Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

ANNUAIRE

Volume XXIX : 1998

NATIONS UNIES
New York, 2000

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/1998

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente : F.99.V.12
ISBN 92-1-233331-1
ISSN 0251-4257

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION v

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

TRENTE ET UNIÈME SESSION (1998)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente et unième session (New York, 1er-12 juin 1998) (A/53/17) 3

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement : extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa quarante-cinquième session (TD/B/45/13 [Vol. I]) 33

C. Assemblée générale : rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente et unième session : rapport de la Sixième Commission (A/53/632) 33

D. Résolution 53/103 de l'Assemblée générale, en date du 8 décembre 1998 34

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

I. CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT

A. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-septième session (Vienne, 20-31 octobre 1997) (A/CN.9/445) 39

B. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-septième session : financement par cession de créances : articles révisés du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.93) 70

C. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-huitième session (New York, 2-13 mars 1998) (A/CN.9/447) 93

D. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-huitième session : financement par cession de créances : articles révisés du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.96) 115

II. COMMERCE ÉLECTRONIQUE

A. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-deuxième session (Vienne, 19-30 janvier 1998) (A/CN.9/446) 137

B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-deuxième session : projet de règles uniformes sur les signatures électroniques : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.73) 171

C. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-deuxième session : incorporation par référence : proposition du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.74) 190

D. Ajout éventuel à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique : projet de disposition sur l'incorporation par référence : note du Secrétariat (A/CN.9/450) 191

Pages

III. PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

Projet de chapitres du guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/444 et Add.1 à 5) 194

IV. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI 267

V. ÉTAT DES CONVENTIONS

État des conventions et des lois types : note du Secrétariat (A/CN.9/449) 269

VI. FORMATION ET ASSISTANCE

Formation et assistance technique : note du Secrétariat (A/CN.9/448) 271

Troisième partie. Annexes

I. AJOUT À LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE : DISPOSITION RELATIVE À L'INCORPORATION PAR RÉFÉRENCE ET AJOUT AU GUIDE POUR L'INCORPORATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE 279

II. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI : NOTE DU SECRÉTARIAT (A/CN.9/463) 281

III. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI 295

IV. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'*ANNUAIRE* 299

INTRODUCTION

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

Ce volume est divisé en trois parties. La première partie contient le rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente et unième session, tenue à New York du 1er au 12 juin 1998, ainsi que les décisions y relatives de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et de l'Assemblée générale.

La deuxième partie reproduit la plupart des documents examinés à la trente et unième 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 une bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la Commission, ainsi qu'une liste des documents dont elle était saisie à sa trente et unième 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 : 43-1-26060-4060 Télex : 135612 Télécopieur : 43-1-26060-5813
Courrier électronique : uncitral@unov.un.or.at
Adresse Internet : http://www.un.or.at/uncitral

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

Volume	*Période considérée*	*Publication des Nations Unies numéro de vente*
I	1968-1970	F.71.V.1
II	1971	F.72.V.4
III	1972	F.73.V.6
III Suppl.	1972	F.73.V.9
IV	1973	F.74.V.3
V	1974	F.75.V.2
VI	1975	F.76.V.5
VII	1976	F.77.V.1
VIII	1977	F.78.V.7
IX	1978	F.80.V.8
X	1979	F.81.V.2
XI	1980	F.81.V.8
XII	1981	F.82.V.6
XIII	1982	F.84.V.5
XIV	1983	F.85.V.3
XV	1984	F.86.V.2
XVI	1985	F.87.V.4
XVII	1986	F.88.V.4
XVIII	1987	F.89.V.4
XIX	1988	F.89.V.8
XX	1989	F.90.V.9
XXI	1990	F.91.V.6
XXII	1991	F.93.V.2
XXIII	1992	F.94.V.7
XXIV	1993	F.94.V.16
XXV	1994	F.95.V.20
XXVI	1995	F.96.V.8
XXVII	1996	F.98.V.7
XXVIII	1997	F.99.V.6

Première partie

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

TRENTE ET UNIÈME SESSION (1998)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente et unième session (New York, 1er-12 juin 1998) (A/53/17) [Original : anglais][a]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-2
I.	ORGANISATION DE LA SESSION	3-11
	A. Ouverture de la session	3
	B. Composition et participation	4-8
	C. Élection du bureau	9
	D. Ordre du jour	10
	E. Adoption du rapport	11
II.	PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ	12-206
	A. Introduction	12-15
	B. Observations générales	16-17
	C. Structure du projet de guide législatif et sujets à traiter	18-22
	D. Examen des projets de chapitres	23-201
	E. Considérations sur la forme définitive des projets de chapitres	202-206
III.	COMMERCE ÉLECTRONIQUE	207-221
	A. Projet de règles uniformes sur les signatures électroniques	207-211
	B. Incorporation par référence	212-221
IV.	FINANCEMENT PAR CESSION DE CRÉANCES	222-231
V.	SUIVI DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958	232-235
VI.	JURISPRUDENCE RELATIVE AUX INSTRUMENTS DE LA CNUDCI	236-238
VII.	FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE	239-245
VIII.	ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI	246-249
IX.	RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE SUR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION	250-256
X.	JOURNÉE DE LA CONVENTION DE NEW YORK ET COLLOQUE D'INFORMATION SUR LE DROIT COMMERCIAL UNIFORME	257-259

[a] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17) (ci-après dénommé le "Rapport").

Paragraphes

XI. COORDINATION ET COOPÉRATION 260-271
A. Droit des transports 260-267
B. Commerce et développement 268
C. Droit international privé régissant le financement par cession de créances . 269-270
D. Union internationale des avocats (UIA) 271

XII. QUESTIONS DIVERSES 272-277
A. Bibliographie 272-273
B. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis 274-275
C. Date et lieu de la trente-deuxième session de la Commission 276
D. Sessions des groupes de travail 277

Annexe

Page

Liste des documents dont la Commission était saisie à sa trente et unième session . . . 33

INTRODUCTION

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international porte sur les travaux de sa trente et unième session, tenue à New York du 1er au 12 juin 1998.

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

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 trente et unième session le 1er juin 1998. La session a été ouverte par le 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 28 novembre 1994 et le 24 novembre 1997, sont les États ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée[1] :

Algérie (2001), Allemagne (2001), Argentine (2004, en alternance annuelle avec l'Uruguay à partir de 1998), Australie (2001), Autriche (2004), Botswana (2001), Brésil (2001), Bulgarie (2001), Burkina Faso (2004), Cameroun (2001), Chine (2001), Colombie (2004), Égypte (2001), Espagne (2004), États-Unis d'Amérique (2004), Fédération de Russie (2001), Fidji (2004), Finlande (2001), France (2001), Honduras (2004), Hongrie (2004), Inde (2004), Iran (République islamique d') (2004), Italie (2004), Japon (2001), Kenya (2004), Lituanie (2004), Mexique (2001), Nigéria (2001), Ouganda (2004), Paraguay (2004), Roumanie (2004), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2001), Singapour (2001), Soudan (2004), Thaïlande (2004) et Uruguay (2004, en alternance annuelle avec l'Argentine à partir de 1999).

5. À l'exception du Brésil, du Burkina Faso, de Fidji, 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 : Arabie saoudite, Bélarus, Bénin, Bolivie, Canada, Côte d'Ivoire, Croatie, El Salvador, Gabon, Guinée, Indonésie, Iraq, Koweït, Maroc, Mongolie, Myanmar, Pologne, République arabe syrienne, République de Corée, République démocratique du Congo,

[1] En application de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, les membres de la Commission sont élus pour un mandat de six ans. Parmi les membres actuels, 17 ont été élus par l'Assemblée à sa quarante-neuvième session le 28 novembre 1994 (décision 49/315) et 19 à sa cinquante-deuxième session le 24 novembre 1997 (décision 52/314). En application de la résolution 31/99 du 15 décembre 1976, le mandat des membres élus par l'Assemblée à sa quarante-neuvième session expirera la veille de l'ouverture de la trente-quatrième session de la Commission, en 2001, et le mandat des membres élus à sa cinquante-deuxième session expirera la veille de l'ouverture de la trente-septième session de la Commission, en 2004.

République de Moldova, République tchèque, Slovaquie, Suède, Suisse, Tunisie, Turquie et Venezuela.

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

a) Système des Nations Unies : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement; Banque mondiale; Fonds monétaire international;

b) Organisations intergouvernementales : Conférence de La Haye de droit international privé;

c) Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission : Association internationale des ports; Association internationale du barreau; Association mondiale des anciens stagiaires et boursiers de l'ONU; Caribbean Law Institute Centre; Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international; Comité maritime international; Groupe de juristes latino-américains pour le droit commercial international; Institut ibéroaméricain de droit international économique; Union internationale des avocats (UIA); University of the West Indies.

8. La Commission a été sensible au fait que les organisations internationales non gouvernementales qui avaient des connaissances spécialisées sur les principaux points de l'ordre du jour de la présente session avaient accepté l'invitation à prendre part à ladite session. Consciente qu'il était crucial pour la qualité des textes élaborés par la Commission que des organisations non gouvernementales compétentes participent à ses sessions et à celles de ses groupes de travail, la Commission a prié le Secrétariat de continuer à inviter de telles organisations à ses sessions, en fonction de leurs compétences particulières.

C. Élection du bureau[2]

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

Président : M. Dumitru Mazilu (Roumanie)

Vice-Présidents : M. Louis-Paul Enouga (Cameroun)
M. Reinhard G. Renger (Allemagne)
Mme Shahnaz Nikanjam (République islamique d'Iran)

Rapporteur : M. Esteban Restrepo-Uribe (Colombie)

[2]L'élection du Président a eu lieu à la 632e séance, le 1er juin 1998, celle des Vice-Présidents à la 639e séance, le 4 juin 1998, et celle du Rapporteur à la 636e séance, le 3 juin 1998. 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, sect. I, A].)

D. Ordre du jour

10. L'ordre du jour de la session, tel qu'adopté par la Commission à sa 632e séance, le 1er juin 1998, était le suivant :

1. Ouverture de la session.
2. Élection du bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Projets d'infrastructure à financement privé.
5. Commerce électronique.
6. Financement par cession de créances.
7. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958.
8. Jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI.
9. Formation et assistance technique.
10. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
11. Résolutions de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission.
12. Journée de la Convention de New York et Colloque d'information sur le droit commercial uniforme.
13. Coordination et coopération.
14. Questions diverses.
15. Date et lieu des réunions futures.
16. Adoption du rapport de la CNUDCI.

E. Adoption du rapport

11. À sa 650e séance, le 12 juin 1998, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

II. PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

A. Introduction

12. À sa vingt-neuvième session, en 1996, la Commission a décidé d'établir un guide législatif sur les projets de construction-exploitation-transfert (CET) et les types de projets apparentés[3]. Elle a pris sa décision après avoir reçu des recommandations à ce propos de nombreux États et après avoir examiné un rapport établi par le Secrétaire général (A/CN.9/424) qui contenait des renseignements sur les travaux entrepris par d'autres organisations dans le domaine, ainsi qu'un aperçu des questions régies par les lois nationales pertinentes. Elle a

[3]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 225 à 230.

jugé qu'il serait utile de définir des lignes directrices à l'intention des États désireux d'élaborer ou de moderniser leur législation applicable à ces projets. Elle a prié le Secrétariat de passer en revue les questions qui pourraient être traitées dans un guide législatif et d'établir un avant-projet qui lui serait soumis.

13. À sa trentième session, en 1997, la Commission était saisie d'une table des matières énumérant les sujets dont il était proposé de traiter dans le guide législatif, suivie d'annotations sur les questions proposées (A/CN.9/438). Elle était également saisie des avant-projets de chapitre premier, "Champ d'application, but et terminologie du guide" (A/CN.9/438/Add.1), de chapitre II, "Parties aux projets et phases d'exécution" (A/CN.9/438/Add.2), et de chapitre V, "Mesures préparatoires" (A/CN.9/438/Add.3).

14. La Commission a procédé à un échange de vues sur la nature des questions à prendre en considération dans le projet de guide législatif et sur les méthodes envisageables pour en traiter; elle a examiné plusieurs suggestions à cet égard[4]. Elle a approuvé dans l'ensemble les orientations proposées par le Secrétariat dans les documents A/CN.9/438 et Add.1 à 3. Elle a prié le Secrétariat de faire appel à des experts extérieurs, selon les besoins, pour rédiger les chapitres futurs. Elle a invité les gouvernements à rechercher des experts qui pourraient aider le Secrétariat dans cette tâche.

15. À la présente session, la Commission était saisie de projets du chapitre d'introduction, intitulé "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", et des chapitres premier, "Considérations générales sur la législation", II, "Structure et réglementation des secteurs", III, "Sélection du concessionnaire", et IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet" (A/CN.9/444/Add.1 à 5), rédigés par le Secrétariat avec l'aide d'experts extérieurs et en consultation avec d'autres organisations internationales. Elle a été informée que les avant-projets des chapitres V à XI étaient en cours de rédaction par le Secrétariat en vue de leur examen par la Commission à sa trente-deuxième session, en 1999.

B. Observations générales

16. On a souligné que la table des matières annotée (A/CN.9/444) avait été établie par le Secrétariat pour permettre à la Commission de prendre une décision en bonne connaissance de cause sur la structure et le contenu proposés pour le projet de guide législatif. Afin d'établir une distinction entre les conseils donnés dans le guide législatif et l'examen des sujets retenus, chaque chapitre de fond était précédé des recommandations concernant la législation relative à ces sujets.

17. La Commission s'est déclarée satisfaite du démarrage des travaux de rédaction d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé. On a observé que de nombreux gouvernements, de même que des organisations internationales et des organismes privés, avaient manifesté un vif intérêt pour les travaux de la Commission sur ces projets. On a rappelé à la Commission qu'il importait de ne pas perdre de vue la nécessité de concilier l'objectif d'attirer les investissements privés dans les projets d'infrastructure et la protection des intérêts du pays hôte et des usagers des équipements.

C. Structure du projet de guide législatif et sujets à traiter

18. La Commission a noté et approuvé généralement la structure proposée pour le projet de guide législatif ainsi que les sujets qu'il était suggéré d'y examiner et qui étaient exposés dans le document A/CN.9/444. On a fait observer que les sujets qu'il était proposé, à ce stade, de traiter séparément dans les futurs chapitres du guide législatif pourraient être regroupés ultérieurement afin de simplifier la structure du guide (phase de construction, phase d'exploitation, par exemple) (voir par. 201, ci-après).

19. La Commission a tenu un débat général sur la présentation du guide et sur l'utilité de rédiger les recommandations législatives sous la forme d'exemples de dispositions qui illustreraient les solutions législatives envisageables pour les sujets traités dans le guide, comme cela avait été suggéré à sa trentième session[5]. On a relevé que le guide législatif, une fois achevé, serait un outil utile pour les pays souhaitant revoir et moderniser leur législation sur les projets d'infrastructure à financement privé, en particulier ceux qui n'avaient pas l'habitude d'exécuter ce type de projet. Un appui a été exprimé en faveur de la suggestion tendant à renforcer l'utilité du guide législatif en y insérant, le cas échéant, à l'intention du lecteur, des dispositions législatives types sur les sujets traités.

20. Cependant, plusieurs intervenants ont fait observer qu'il pourrait être difficile et inopportun de rédiger des dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé étant donné la complexité des problèmes juridiques qu'ils soulevaient généralement, dont certains concernaient l'ordre public, et compte tenu aussi de la diversité des traditions juridiques et des pratiques administratives nationales. Il a également été souligné que, sous leur forme actuelle, les projets de chapitres présentaient la souplesse nécessaire pour permettre aux législateurs, aux organismes chargés de la réglementation et aux autres autorités des différents pays de tenir compte de la réalité locale pour appliquer, comme il conviendrait, les recommandations législatives formulées dans le guide. On a fait valoir que, d'un point de vue pratique, la présentation de clauses contractuelles types pour les accords de projet pourrait être une formule plus utile que la rédaction de dispositions législatives types.

21. Après avoir pris note des différentes vues exprimées, les membres de la Commission ont estimé que celle-ci devait continuer de réfléchir à l'utilité d'élaborer des

[4] Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/52/17 et Corr.1), par. 231 à 246.

[5] Ibid., par. 235.

dispositions législatives types lors de l'examen des recommandations concernant la législation, qui figuraient dans les projets de chapitres, et qu'elle devrait chercher à déterminer les sujets pour lesquels l'élaboration de telles dispositions ajouterait à l'intérêt présenté par le guide (pour plus de détails sur la question des dispositions législatives types et de la présentation des recommandations en général, voir par. 202 à 204 ci-après).

22. La Commission a procédé à un échange de vues sur la nature des sujets à examiner dans le projet de guide législatif et les manières possibles de les traiter. On a noté que, pour chaque sujet, il faudrait établir une distinction entre les catégories suivantes : questions juridiques de caractère général dans le cadre de la législation du pays d'accueil; questions relevant de la législation applicable aux projets d'infrastructure à financement privé; questions relevant éventuellement du domaine réglementaire; et questions de nature contractuelle. Bien qu'une distinction claire ne soit pas toujours possible, on a considéré que le projet de guide législatif devrait porter avant tout sur les questions relatives à la législation régissant les projets d'infrastructure à financement privé ou présentant une importance particulière pour ce type de projet.

D. Examen des projets de chapitres

Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé (A/CN.9/444/Add.1)

23. À sa trentième session, la Commission avait examiné un avant-projet de chapitre premier intitulé "Champ d'application, but et terminologie du guide" (A/CN.9/438/Add.1), qui contenait des informations sur les projets visés par le guide et sur les objectifs de ce dernier, et qui expliquait le sens des termes utilisés fréquemment dans le texte. Elle avait également examiné un avant-projet de chapitre II, intitulé "Parties aux projets et phases d'exécution" (A/CN.9/438/Add.2), qui contenait des informations générales sur la notion de financement de projet, sur les parties à un projet d'infrastructure à financement privé et sur les phases d'exécution.

24. À sa trente et unième session en cours, la Commission a été informée que, lors des consultations menées par le Secrétariat avec des experts extérieurs et des organisations internationales, depuis sa trentième session, il avait été suggéré que l'on pourrait renforcer l'utilité du guide législatif en distinguant plus clairement entre les éléments introductifs et les autres chapitres du guide, qui avaient pour objet de proposer un examen de fond et de donner des conseils en matière de législation. Pour cette raison, les anciens projets de chapitres premier et II ont été regroupés en une seule introduction dans laquelle on a tenu dûment compte des suggestions faites à la trentième session de la Commission au sujet des documents A/CN.9/438/Add.1 et 2[6].

[6]Ibid., par. 238 à 243.

Section A. Introduction

1. *Objectif et portée du guide*

25. Une question a été posée au sujet du paragraphe 5, selon lequel le guide législatif ne s'appliquait pas aux opérations de "privatisation" sans rapport avec la mise en place et l'exploitation d'une infrastructure. On a demandé ce qui justifiait une telle exclusion. Il a été déclaré à ce propos que la distinction faite par le guide entre les projets d'infrastructure à financement privé et les autres opérations de "privatisation" des fonctions ou des biens de l'État pouvait ne pas se justifier dans certains cas et qu'il valait mieux ne pas exclure les opérations de privatisation du champ d'application du guide. En réponse à cet avis, on a souligné qu'à sa trentième session la Commission avait décidé que le guide ne devait pas traiter des opérations de "privatisation" des biens de l'État consistant dans la vente au secteur privé de biens publics ou de parts du capital d'entités appartenant à l'État, car la privatisation soulevait des problèmes législatifs différents de ceux liés aux projets d'infrastructure à financement privé.

26. On a rappelé à la Commission les raisons pour lesquelles le guide ne portait pas sur les projets d'exploitation de ressources naturelles dans le cadre d'une "concession", d'un "permis" ou d'une "licence" délivrés par l'État. À ce propos, on a estimé que la limitation du champ d'application du guide aux projets d'infrastructure était suffisamment claire et qu'il ne s'imposait pas de donner à cet aspect autant de place que le faisait le projet de chapitre.

2. *Terminologie employée dans le guide*

27. À propos de la présentation de cette partie de la section A, on a suggéré que, pour faciliter la lecture, la terminologie y soit présentée sous forme de tableau plutôt que dans le corps du texte. On a relevé, cependant, qu'elle contenait non seulement des définitions, mais aussi des explications de l'emploi de certaines expressions qui revenaient souvent dans le guide.

28. On a estimé que l'emploi d'expressions comme "entité privée" ou "exploitant privé", qui apparaissaient dans la deuxième partie de la Section A et dans l'ensemble du guide, pourrait donner, à tort, l'impression que le guide législatif n'englobait pas les projets d'infrastructure exécutés par des entités publiques. Il a été proposé d'employer des expressions plus neutres et de revoir dans toutes les langues les expressions actuellement utilisées pour désigner les autorités nationales du pays hôte ("gouvernement", "État", "organisme réglementaire", par exemple) pour veiller à la cohérence du texte et éviter les ambiguïtés.

29. On a suggéré d'ajouter la notion de "contrat de gestion de projet" dans la partie du texte portant sur la définition du contrat "clefs en main" et de mentionner dans la définition les éléments de prix fixe et de délai fixe pour l'exécution du contrat.

30. On a suggéré également de réfléchir au bien-fondé, dans certaines langues, de l'emploi de l'expression "consortium de projet", qui pouvait être interprétée de manière restrictive dans certains systèmes juridiques (par exemple comme étant une forme particulière de contrat). On a suggéré de revoir aussi l'emploi des expressions "société de projet" et "actionnaires de la société de projet" qui, dans certaines langues, pourraient donner, à tort, l'impression que le guide ne désignait ainsi qu'un type particulier d'entités juridiques.

Section B. Informations générales sur les projets d'infrastructure

Observations générales

31. On a souligné que la section examinait les aspects fondamentaux des projets d'infrastructure à financement privé tels que la participation du secteur privé à l'infrastructure publique et la notion de financement de projet. Elle décrivait également les principales parties intervenant dans les projets et leurs intérêts respectifs, et résumait les différentes phases d'un projet d'infrastructure à financement privé.

32. À titre d'observation générale, il a été déclaré que certaines parties de la section B étaient trop longues et gagneraient à être abrégées. On a noté que la section était conçue comme une source d'information générale sur les aspects qui étaient examinés d'un point de vue législatif dans les chapitres suivants du guide. Une fois tous les chapitres du guide disponibles, une partie des renseignements figurant dans la section pourrait être restructurée ou présentée de manière plus concise.

33. On a émis l'avis que les sections devraient analyser plus en détail les montages financiers utilisés pour les projets d'infrastructure à financement privé et mettre en évidence l'utilisation et les principales caractéristiques du financement "sans recours" ou "avec recours limité". On a également estimé que le projet de guide législatif devrait souligner le rôle que le financement par le marché des capitaux, y compris l'appel au marché local, pourrait jouer dans le développement des projets d'infrastructure. Une fois ces changements faits, il faudrait éventuellement réorganiser la section.

1. *Secteur privé et infrastructure publique*

34. On a estimé que les parties des sections traitant des aspects historiques de la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure n'étaient pas indispensables et devraient être supprimées ou transférées au début du texte. Il a été dit, à l'encontre de cette position, que les paragraphes 31 à 34 du projet de chapitre donnaient des renseignements utiles, surtout compte tenu de l'expérience des pays qui accordaient traditionnellement des concessions pour la construction et l'exploitation des infrastructures.

2. *Formes de participation du secteur privé*

35. Les paragraphes consacrés aux formes de participation du secteur privé n'ont donné lieu à aucune observation.

3. *Financement des projets d'infrastructure*

36. Selon un avis, le guide devrait souligner l'importance du nantissement de parts de la société de projet pour le financement des projets d'infrastructure. On a estimé toutefois que l'avant-dernière phrase du paragraphe 48, qui mentionnait les parts de la société de projet parmi les garanties fournies par les emprunteurs, devrait être remaniée dans la mesure où elle laissait entendre que la société de projet offrirait ses propres parts en garantie du remboursement des prêts. On a observé en outre que le droit de certains pays excluait le nantissement, à titre de garantie pour les prêts commerciaux, de certaines catégories d'actifs détenus par la société de projet mais qui appartenaient à l'entité publique concédante. Par souci de clarté, il a donc été suggéré d'ajouter les mots "dans la mesure où les lois du pays d'accueil l'autorisent" à la fin de l'avant-dernière phrase du paragraphe 48.

37. À propos de la distinction entre les prêts "non subordonnés" et les prêts "subordonnés", faite dans les paragraphes 48 à 50, on a suggéré que le guide traite des conséquences éventuelles du droit du pays hôte pour les régimes contractuels qui donnent la priorité au paiement de certaines catégories de prêts sur le paiement d'autres dettes de l'emprunteur.

38. Au sujet du paragraphe 50, on a relevé que les sociétés souhaitant avoir accès aux prêts consentis par des fonds d'investissement et autres "investisseurs institutionnels", comme les compagnies d'assurances, les sociétés d'investissement collectif (fonds communs de placement, par exemple) ou les caisses de retraite, devaient normalement remplir certaines conditions, et notamment avoir une cote de crédit positive. Par souci de clarté, il a été suggéré de traiter de ces "investisseurs institutionnels" séparément des autres sources de prêts subordonnés.

39. On a estimé que le guide devrait aussi mentionner la vente d'actions sur les marchés financiers parmi les sources de financement indiquées au paragraphe 51.

40. Il a été estimé que la dernière phrase du paragraphe 53 n'était pas forcément nécessaire puisque toutes les institutions financières, et non pas seulement les institutions financières islamiques, examineraient normalement les hypothèses économiques et financières des projets faisant l'objet d'une demande de financement et surveilleraient étroitement toutes les phases de l'exécution.

41. On a suggéré de mentionner les établissements de crédit à l'exportation et les organismes d'aide et de financement bilatéraux parmi les institutions financières visées aux paragraphes 54 à 56. Au sujet du paragraphe 56, on a suggéré en outre de mentionner la portée limitée des garanties fournies par les institutions financières internationales, qui exigent aussi habituellement que des contre-garanties soient fournies par le pays hôte.

4. *Parties aux projets d'infrastructure*

42. Au sujet du paragraphe 66, on a estimé que le guide devrait préciser que certains pays pourraient être empêchés de favoriser le recrutement de personnel local en raison d'obligations internationales sur la facilitation du commerce ou sur l'intégration économique régionale.

43. On a suggéré de mentionner, au paragraphe 77, les garanties de bonne fin, que la société de projet pourrait être tenue de fournir pour protéger les prêteurs contre les risques antérieurs à l'achèvement du projet.

44. À propos des méthodes de rémunération de la société d'exploitation, on a souligné que, dans la pratique de certains pays, des méthodes autres que celles indiquées au paragraphe 87 pouvaient être utilisées. Ces méthodes pouvaient comprendre : les frais de mise à disposition, la société d'exploitation étant rémunérée pour les services fournis, qu'ils soient ou ne soient pas effectivement utilisés; les frais de services en rapport avec l'entretien et l'exploitation satisfaisants; et les paiements au volume, méthode suivant laquelle des paiements proportionnels à l'intensité de l'utilisation, calculable par des méthodes complexes de mesure de la performance, interviennent sous la forme d'une prime payée à l'exploitant en cas d'usage intensif de l'infrastructure.

45. À propos des modalités d'assurance pour les projets d'infrastructure à financement privé, il a été suggéré d'indiquer au paragraphe 89 que, dans certains pays, les assureurs proposaient des polices d'assurance globales pour éviter que certains risques n'échappent à la couverture en raison de vides entre les diverses polices d'assurance. On a également suggéré d'inclure dans le même paragraphe une référence aux mécanismes de réassurance.

46. On a proposé de mentionner au paragraphe 90 le rôle des conseillers indépendants pouvant être consultés par les prêteurs.

5. *Phases de l'exécution*

47. À titre d'observation générale, il a été déclaré que les paragraphes 93 à 110 contenaient des renseignements utiles, mais anticipaient quelque peu sur des sujets qui seraient examinés plus en détail dans les chapitres du guide législatif consacrés aux questions de fond. Il pourrait donc être nécessaire de revoir et de restructurer ces paragraphes, une fois rédigés les autres projets de chapitres.

48. On a suggéré de remanier le paragraphe 98 afin que l'on n'ait pas l'impression que les procédures de sélection par appel à la concurrence sont limitées aux projets de construction d'infrastructures nouvelles. On a également suggéré d'indiquer dans ce paragraphe que, dans certains cas, le pays hôte pouvait ne pas utiliser la procédure d'appel d'offres pour les projets d'infrastructure. À cet égard, la Commission a été informée de la connotation particulière donnée dans certains systèmes juridiques à des expressions telles que "passation de marchés" et "adjudication du marché", qui n'y étaient pas utilisées à propos de la sélection d'un prestataire de services publics. La Commission a pris note de cette information et décidé de revenir sur la question lorsqu'elle examinerait le projet de chapitre sur la sélection du concessionnaire (A/CN.9/444/Add.4).

49. Étant donné que, dans certains projets d'infrastructure à financement privé, les modalités de financement prévoient parfois des paiements directs de l'État à la société de projet (voir A/CN.9/444/Add.4, par. 60), on a suggéré que les mots "constituent la seule source de fonds", dans la première phrase du paragraphe 107, soient remplacés par une formule du type "sont la principale source de fonds", insérée avant les mots "permettant de rembourser ses dettes".

Chapitre premier. Considérations générales sur la législation (A/CN.9/444/Add.2)

50. On a fait observer que la première section du projet de chapitre premier (ancien chapitre III) portait sur deux sujets en rapport avec le cadre juridique général des projets d'infrastructure à financement privé : l'habilitation législative donnant pouvoir aux collectivités publiques du pays hôte d'entreprendre ce type de projets, et le régime juridique applicable aux projets eux-mêmes. La deuxième section examinait les incidences que d'autres domaines de la législation pourraient avoir sur la bonne exécution des projets. La dernière section avait trait aux conséquences éventuelles des accords internationaux conclus par le pays hôte pour la législation interne régissant les projets d'infrastructure à financement privé.

51. Il a été rappelé qu'à la trentième session de la Commission on avait suggéré que le chapitre consacré aux considérations générales sur la législation examine en détail les différents régimes juridiques applicables à l'infrastructure considérée ainsi que les services fournis par la société de projet, questions pour lesquelles il existait des différences considérables entre les systèmes juridiques. Il avait été également suggéré de se pencher sur les problèmes constitutionnels liés aux projets d'infrastructure à financement privé[7]. On a constaté que le projet de chapitre premier tenait compte de ces suggestions et reprenait en partie le contenu de l'ancien projet de chapitre V, intitulé "Mesures préparatoires" (A/CN.9/438/Add.3).

52. À titre d'observation générale, on a suggéré d'employer une formulation plus ferme pour les recommandations concernant la législation. L'accent devrait être mis sur les principaux objectifs de la législation sur les projets d'infrastructure à financement privé, qui étaient les suivants : donner aux collectivités publiques du pays hôte des pouvoirs suffisants pour leur permettre de mener des transactions pour des projets d'infrastructure à financement privé, réduire à un minimum raisonnable les approbations administratives nécessaires et favoriser la coordination entre les différents niveaux de l'État et entre les différentes administrations. Il a été convenu que le guide ne devrait pas donner l'impression d'encourager le

[7] Ibid., par. 237 *a*.

recours au financement privé pour les projets d'infrastructure, mais devrait attirer l'attention des gouvernements qui avaient opté pour une telle formule sur les problèmes législatifs qu'elle comporte.

Questions constitutionnelles
(recommandation 1 et par. correspondants 1 à 4)

53. Il a été généralement admis qu'il fallait non seulement examiner les dispositions constitutionnelles restreignant la participation du secteur privé à la mise en place et à l'exploitation d'infrastructures, mais aussi s'intéresser aux restrictions imposées par les lois et règlements subordonnés à la Constitution.

54. Étant donné que dans la recommandation 1 on se limitait à conseiller un examen de la législation, il a été suggéré de formuler ce conseil en termes plus forts. Il fallait par contre faire preuve de plus de réserve pour ce qui était des changements pouvant être apportés aux constitutions et autres textes législatifs.

Approches législatives
(recommandation 2 et par. correspondants 5 à 8)

55. On a fait observer que, si les recommandations figurant dans le chapitre devaient être reformulées pour insister sur le fait que les collectivités publiques du pays hôte devaient être habilitées à s'engager dans des opérations concernant des projets d'infrastructure à financement privé (voir ci-dessus par. 52), la recommandation 2 pourrait être fusionnée avec la recommandation 1. On a également observé qu'en plus des lois applicables aux différents secteurs certains États avaient adopté des lois régissant les différents projets d'infrastructure à financement privé, approche législative dont le guide devrait peut-être aussi faire état, mais qui, a-t-il été estimé, n'était peut-être pas avisée.

Autorisation législative d'accorder des concessions
(recommandations 3 et 4 et par. correspondants 10 et 11)

56. On a suggéré de combiner les recommandations 1, 2, 3, 4 et peut-être même 5 et 6. On a proposé aussi d'attirer l'attention, soit dans le cadre de ces recommandations, soit à tout autre endroit approprié sur les points suivants : capacité des collectivités publiques du pays hôte de contracter et d'exécuter des engagements liés à des projets d'infrastructure à financement privé; capacité des collectivités publiques de fournir le site pour les projets en question; pouvoir d'engager ou d'effectuer les expropriations nécessaires; capacité des collectivités publiques de céder aux investisseurs privés des droits sur des biens; capacité des collectivités publiques d'accepter de grever des biens publics afin de créer des sûretés; liberté pour les collectivités publiques d'accepter le recours à l'arbitrage ou à d'autres méthodes de règlement non judiciaire des différends; capacité des collectivités publiques de fournir des garanties pour protéger les droits des investisseurs; et capacité d'autoriser l'indexation des prix des services ou des biens générés par l'infrastructure exploitée par le secteur privé sur les indices des prix.

57. On a fait remarquer que le sujet traité au paragraphe 11, à savoir les mécanismes de calcul et d'ajustement des prix, ne devrait pas figurer sous le titre actuel d'"Autorisation législative d'accorder des concessions".

Régime juridique des projets d'infrastructure à financement privé
(recommandation 5 et par. correspondants 12 à 15)

58. Il a été suggéré de modifier la deuxième phrase de la recommandation 5 de telle sorte qu'elle conseille, de manière positive, l'établissement de règles et mécanismes qui faciliteraient l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé.

Propriété et utilisation de l'infrastructure
(recommandation 6 et par. correspondants 16 à 19)

59. Aucune observation n'a été faite sur la recommandation 6.

Statut juridique des prestataires de services publics
(recommandation 7 et par. correspondants 20 et 21)

60. Hormis quelques suggestions de terminologie concernant la version du document dans certaines langues, aucun commentaire de fond n'a été fait sur la recommandation 7.

Coordination administrative
(recommandations 8, 9, 10 et 11 et par. correspondants 22 à 27)

61. On a estimé qu'il fallait éviter de donner une place exagérée à l'idée de centraliser la délivrance des licences, étant donné que la répartition des pouvoirs entre les différents niveaux de l'État (local, régional et central, par exemple) n'était normalement pas remise en cause par l'existence d'un projet d'infrastructure à financement privé; on devait obvier à tout retard éventuel que pourrait entraîner cette répartition des pouvoirs administratifs, notamment en rendant la procédure d'obtention des licences plus transparente et plus efficace.

62. On a suggéré d'indiquer, dans les annotations accompagnant les recommandations sur la législation, qu'outre la coordination entre les différents niveaux de l'État et les différentes administrations il fallait assurer la cohérence dans l'application des critères pour la délivrance des licences et pour la transparence des procédures administratives.

Autres domaines pertinents de la législation
(recommandation 12 et par. correspondants 28 à 62)

63. Il a été suggéré de modifier la recommandation 12 de manière à éviter de laisser entendre involontairement que certains domaines du droit qui y sont mentionnés (par exemple, droit des garanties, droit des sociétés, protection de l'investissement) ne concernent pas directement les projets d'infrastructure à financement privé.

64. On a également suggéré de faire état aux endroits appropriés des lois sur la protection des consommateurs ou de traiter séparément des problèmes de la protection des consommateurs. On a demandé, en outre, qu'il soit fait état de la nécessité de protéger, chaque fois qu'il convient, les groupes d'autochtones risquant de pâtir des projets d'infrastructure à financement privé.

Protection des investissements (par. 29 à 32)

65. Il a été suggéré de remplacer ce titre par "Promotion et protection des investissements".

66. Au sujet du paragraphe 31, on a suggéré de mentionner qu'il fallait autoriser expressément le transfert de devises pour le remboursement des prêts.

Droit des biens (par. 33 à 35)

67. On a relevé que ce titre ne mentionnait pas les sûretés.

68. On a suggéré de remplacer l'expression "preuve raisonnable", au paragraphe 34, par une formule plus forte du type "preuve claire".

Règles et procédures d'expropriation (par. 36 et 37)

69. Selon un avis, le paragraphe 36 ne devrait pas laisser entendre que la fourniture des terrains doit être systématiquement à la charge des collectivités publiques du pays hôte. S'agissant de terminologie, on a estimé que le terme "expropriation" pourrait ne pas convenir dans certains systèmes juridiques (voir par. 183 ci-dessous).

70. On a jugé qu'il n'était pas approprié de mentionner, dans la troisième phrase du paragraphe 37, les procédures judiciaires comme une cause de retard, sans indiquer en même temps que le fait de confier les procédures d'expropriation aux tribunaux présente des avantages et répond à des objectifs d'ordre public. On a suggéré en outre de restreindre la portée de la dernière phrase du paragraphe 37 en ajoutant une formule du type "dans la mesure où la loi l'autorise".

Droit de la propriété intellectuelle (par. 38 et 39)

71. Il a été proposé de mentionner dans cette sous-section qu'il était souhaitable de renforcer la protection des droits de propriété intellectuelle conformément aux instruments internationaux applicables à ce domaine du droit. Au sujet du passage en italique dans le paragraphe 39, on a accueilli favorablement l'idée d'énumérer, dans le guide, les instruments internationaux concernant les droits de propriété intellectuelle, dans le cadre de l'examen des avantages d'un cadre juridique protégeant ces droits.

72. On a suggéré de mentionner au paragraphe 38 le fait que la protection des brevets se limitait à la juridiction dans laquelle le brevet était enregistré et que cette protection ne s'appliquait pas automatiquement au-delà.

Droit des sûretés (par. 40 à 45)

73. On a souligné qu'il était capital d'offrir des garanties solides aux prêteurs pour assurer la réussite des projets d'infrastructure à financement privé et que la présentation du droit des sûretés devait donc être davantage approfondie, soit dans cette sous-section, soit dans une autre partie du guide. Il a été signalé, par exemple, qu'il serait souhaitable d'analyser les différents types de sûretés et les différents types d'avoirs pouvant être grevés à titre de garanties; on a également relevé que, dans certains systèmes juridiques, le caractère inaliénable des biens publics pouvait faire obstacle à la constitution de sûretés dans le cadre de projets d'infrastructure à financement privé. Toutefois, on a généralement remarqué qu'en raison des différences sensibles entre les systèmes juridiques en matière de droit des sûretés il serait difficile et probablement peu souhaitable d'analyser plus avant les détails techniques de la législation dans ce domaine.

74. On a suggéré de revoir la deuxième phrase du paragraphe 40 pour modifier l'ordre des différents types de garanties en fonction de leur importance pratique et de mentionner la cession d'actifs incorporels autres que les créances. On a aussi suggéré de revoir l'avant-dernière phrase du même paragraphe ainsi que son lien avec la phrase suivante.

75. Il a été suggéré de traiter des droits de "substitution" en faveur des créanciers, qui leur permettraient de reprendre la concession ou l'exploitation du projet d'infrastructure si la société de projet manquait à ses obligations envers eux.

76. On a suggéré également de mentionner les travaux de l'Institut international pour l'unification du droit privé sur les sûretés constituées sur le matériel mobile, qui pourraient aussi présenter un intérêt dans le cadre des projets d'infrastructure à financement privé.

77. On a estimé qu'il fallait dûment indiquer au paragraphe 41 que beaucoup de pays n'avaient pas de registre central des titres de propriété.

Droit des sociétés (par. 46 à 49)

78. Il a été proposé de mentionner, dans la recommandation et dans les annotations sur le droit des sociétés, que certaines législations nationales exigeaient que la société de projet soit constituée en une forme particulière d'entité commerciale répondant le mieux aux divers intérêts intervenant dans le projet, et que certaines législations contenaient aussi des règles impératives sur la définition de l'activité déclarée de la société de projet.

79. On a proposé de mentionner aussi au paragraphe 49 les administrateurs de la société de projet parmi les parties éventuelles aux accords concernant la gestion de la société.

80. On a relevé qu'à plusieurs endroits le guide parlait de consortiums de projet et que de telles mentions avaient une portée trop étroite en ce sens qu'une entité unique pourrait chercher à obtenir une concession, créer une société de

projet et assumer les responsabilités supportées dans d'autres cas par un consortium. On a noté que le guide législatif utilisait souvent, à propos de la société de projet, des termes qui renvoyaient à une forme de société particulière; on a suggéré d'éviter de recourir à cette terminologie, étant donné que les exploitants constituaient des sociétés de formes diverses dont la caractéristique commune était que, pour les obligations contractées par la société, la responsabilité des propriétaires se limitait au montant de leur participation.

81. On a suggéré de mentionner, dans la sous-section sur le droit des sociétés, le règlement des différends entre les propriétaires de la société de projet, la responsabilité des administrateurs et gestionnaires, y compris la responsabilité pénale, et la protection des tiers intéressés.

Pratiques comptables (par. 50)

82. On a relevé que le paragraphe 50 était axé sur les pratiques comptables. Or, il faudrait, pour aller dans le sens du guide, le remanier afin qu'il soit centré sur la législation.

Droit des contrats (par. 51 et 52)

83. On a estimé que la sous-section 8 devrait indiquer plus clairement les types de contrats visés et, en particulier, distinguer entre les contrats qui liaient la société de projet et ses fournisseurs ou ses clients, et l'accord conclu entre les collectivités publiques du pays hôte et le concessionnaire, qui, dans certains systèmes juridiques, relevait davantage du droit administratif que du droit des contrats. On a suggéré de faire état également du droit international privé dans le passage traitant du droit des contrats commerciaux.

Droit de l'insolvabilité (par. 53 et 54)

84. On a suggéré de traiter du rang des créanciers, des rapports de priorité entre l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers, des mécanismes juridiques de réorganisation du débiteur insolvable, des règles particulières destinées à assurer la continuité du service public en cas d'insolvabilité de la société de projet ainsi que des dispositions sur l'annulation des transactions conclues par le débiteur peu avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Droit fiscal (par. 55 à 57)

85. On a déclaré que la stabilité du régime fiscal était essentielle pour la réussite des projets d'infrastructure à financement privé. Il a été suggéré de mentionner la possibilité d'accords entre les collectivités publiques du pays hôte et les investisseurs ou la société de projet établissant la stabilité du régime fiscal applicable à la concession. On a relevé que le pouvoir de créer ou d'augmenter des impôts, ou encore d'appliquer la législation fiscale, pouvait être décentralisé et qu'il fallait le mentionner dans la sous-section. Le guide pourrait aussi énumérer différents types d'incitations fiscales accordées aux investisseurs privés (incitations permanentes ou incitations de durée limitée, par exemple).

Protection de l'environnement (par. 58 à 60)

86. On a fait observer que les questions d'environnement jouaient un grand rôle dans les projets d'infrastructure à financement privé et qu'elles figuraient parmi les causes les plus fréquentes de différends. On a suggéré d'élargir la liste d'exemples donnés dans la deuxième phrase du paragraphe 58 en ajoutant, par exemple, le secteur de la production d'électricité par des centrales thermiques au charbon, le transport de l'électricité, les routes et les chemins de fer. On a suggéré également d'indiquer qu'il était souhaitable d'adhérer aux traités relatifs à la protection de l'environnement.

87. Il a été estimé que le guide devait éviter de donner l'impression que les lois conçues pour protéger l'environnement étaient un obstacle à éliminer si l'on voulait faciliter l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé. Il en allait de même pour la possibilité donnée à toute personne d'engager une procédure d'examen de la conformité du projet aux lois sur l'environnement, possibilité prévue par un certain nombre de législations nationales et actuellement examinée par des instances internationales.

Règlement des différends (par. 61 et 62)

88. On a suggéré de traiter, dans cette partie, des divers types de différends pouvant surgir dans le cadre d'un projet d'infrastructure à financement privé, à savoir les différends liés à la sélection du concessionnaire, les différends entre les sociétés privées intervenant dans la construction et l'exploitation de l'infrastructure, et les différends entre les collectivités publiques du pays hôte ou l'organisme réglementaire et la société de projet durant la phase d'exécution du projet. On a également suggéré de traiter, dans cette partie, les questions du choix de la législation applicable.

89. En réponse à une question, on a indiqué que le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements avait déjà participé au règlement de différends nés de projets d'infrastructure à financement privé et que les affaires qu'il avait examinées pourraient fournir des renseignements utiles dont le guide pourrait faire état avec profit. Il a été suggéré que d'autres institutions chargées d'organiser les procédures d'arbitrage, telles que la Chambre de commerce internationale, pourraient aussi être mentionnées dans le guide.

90. On a estimé que, dans la mesure où elles concernent la législation, d'autres méthodes de règlement des différends comme la conciliation ou la médiation devraient être mentionnées dans le guide.

91. On a également estimé que le guide devrait inviter les États à renforcer l'efficacité de la procédure judiciaire de manière à rendre plus attrayante l'option de l'examen des différends par une juridiction étatique. Il a été déclaré, à l'encontre de cette opinion que, dans le cadre des projets d'infrastructure à financement privé, la perspective d'un règlement judiciaire des différends était souvent perçue par les investisseurs internationaux comme un obstacle à la négociation de ces projets et qu'il ne fallait donc pas

encourager cette méthode de règlement des différends. On a ajouté cependant que, même si la méthode choisie était l'arbitrage, une protection judiciaire efficace des droits des parties intéressées restait essentielle pour la réussite des projets d'infrastructure à financement privé. Il a été suggéré qu'en plus de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères le paragraphe 61 mentionne le régime de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers.

92. Selon un avis, le guide devrait citer la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international parmi les exemples de textes dont l'adoption pourrait créer un climat juridique favorable au règlement des différends.

Législation nationale et accords internationaux (recommandation 13 et par. correspondants 63 à 67)

93. Il a été suggéré de modifier le titre de la recommandation (en particulier la formule "législation nationale"), puisque la recommandation et les annotations portaient essentiellement sur les traités internationaux.

94. On a suggéré de faire mention, dans le guide, des instruments internationaux destinés à éliminer la corruption. Le guide devrait aussi mentionner la protection de l'environnement et préciser que certaines dispositions législatives nationales découlaient de traités d'intégration économique régionale.

95. Selon un avis, il serait utile de mentionner l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce relatif aux marchés publics. Cet accord comptait actuellement quelque 25 parties contractantes et l'on s'efforçait d'en faire un instrument accepté universellement.

Chapitre II. Structure et réglementation des secteurs (A/CN.9/444/Add.3)

Observations générales

96. On a rappelé à la Commission qu'à sa trentième session il avait été noté que les projets d'infrastructure à financement privé soulevaient aussi des questions de structure et de réglementation des marchés dont il importait de tenir compte pour traiter d'un certain nombre de sujets qu'il était proposé de faire figurer dans le guide législatif[8].

97. La Commission a relevé que, pour traiter les questions de la concurrence ainsi que de la structure et de la réglementation des secteurs d'une manière aussi détaillée qu'elle l'avait envisagé, le Secrétariat avait rédigé un chapitre séparé. Elle a remercié le Département du développement du secteur privé de la Banque mondiale, qui avait élaboré l'essentiel du projet de chapitre.

98. La Commission a tenu un échange de vues général sur la portée et le but du chapitre.

99. Selon une opinion, les questions soulevées par les projets d'infrastructure à financement privé n'étaient pas exclusivement de nature juridique mais étaient également étroitement liées à des considérations de politique économique et industrielle. L'insertion d'une partie consacrée à la concurrence dans le guide a été favorablement accueillie en raison des difficultés rencontrées par certains pays à la suite de privatisations ayant substitué des monopoles privés aux monopoles d'État. On a déclaré à ce sujet que le projet de chapitre contenait des informations générales qui pourraient aider les législateurs nationaux à examiner les diverses options possibles.

100. Selon une autre opinion, l'examen des questions de politique générale dans le projet de chapitre était trop détaillé et risquait de donner l'impression que le guide recommandait certaines orientations plutôt que d'autres. On a déclaré que la question de la structure des secteurs et les options envisageables pour établir la structure souhaitée relevaient essentiellement de la politique économique nationale et ne devaient pas prendre une place prééminente dans le guide. On a souligné en outre que plusieurs systèmes juridiques distinguaient entre les secteurs réglementés, comme l'électricité et les télécommunications, où les exploitants étaient autorisés à fournir des services dans le cadre d'une licence délivrée par les autorités compétentes, et les autres secteurs où les exploitants obtenaient des concessions par la voie de contrats conclus avec l'organe public compétent. La Commission a été instamment invitée à réviser le projet de chapitre pour faire en sorte qu'il tienne dûment compte de cette distinction. On s'est en outre inquiété du fait que le texte et le contenu du projet de chapitre semblaient trop directifs et s'accordaient mal avec la nature et le style des autres chapitres.

101. La Commission a examiné différentes solutions envisageables pour répondre aux préoccupations qui s'étaient exprimées. Il a notamment été proposé de transférer dans l'introduction du guide les passages sur la concurrence et la structure des secteurs, qui figuraient pour l'instant à la section A, "Structure du marché et concurrence", et à la section B, "La législation et la réforme sectorielle", ou tout simplement de renvoyer à une autre partie du guide, où seraient traitées ces questions. On a proposé également de transférer la partie consacrée aux questions de réglementation, qui figurait pour l'instant à la section C, "Réglementation des services d'infrastructure", dans un chapitre futur qui porterait sur la phase d'exploitation. On a souligné, à ce sujet, qu'une nouvelle révision du texte pourrait être nécessaire ultérieurement pour harmoniser ces passages avec le reste du guide. On a proposé par ailleurs de regrouper les sections A et B du projet de chapitre dans une partie séparée du guide, une annexe peut-être, et de transférer la majeure partie de la section C dans un chapitre futur portant sur la phase d'exploitation.

102. Après avoir délibéré sur ce point, la Commission a prié le Secrétariat de réorganiser le contenu du projet de chapitre en suivant la première proposition visée au

[8] Ibid., par. 236.

paragraphe 101 et en tenant compte des opinions exprimées lors du débat. Sans préjudice de cette décision, la Commission a tenu un échange de vues sur le fond du projet de chapitre.

Structure du marché et concurrence
(recommandation 1 et par. correspondants 1 à 13)

103. On a suggéré de préciser dans les annotations portant sur la recommandation concernant la législation 1 que l'examen des hypothèses ayant présidé à la création des monopoles d'État comportait un examen des circonstances historiques et de la situation politique qui avaient abouti à la création de ces monopoles.

104. On a estimé qu'il était important de mentionner, dans les annotations correspondantes, les lois sur la concurrence et autres règles similaires qui protégeaient le marché contre les pratiques abusives ou restrictives.

Suppression des barrières et obstacles juridiques
(recommandation 2 et par. correspondants 15 et 16)

105. On a suggéré que le projet de chapitre tienne compte du fait que certains pays, particulièrement les pays en développement, pouvaient avoir un intérêt légitime à promouvoir le développement de certains secteurs de leur économie nationale et pouvaient donc choisir de ne pas ouvrir certains secteurs de l'infrastructure à la concurrence.

106. On a estimé que la formule "autres obstacles juridiques qui s'opposent à la concurrence", figurant dans la recommandation 2, pouvait s'entendre dans un sens exagérément large, englobant des règles d'ordre public comme les règles sur l'environnement ou la protection des consommateurs. On a donc suggéré de restreindre la portée de cette formule en ajoutant une formule du type "et qui ne peuvent pas être justifiés par des motifs d'intérêt public".

Réaménagement du secteur des infrastructures
(recommandation 3 et par. correspondants 18 à 21)

107. On a fait valoir que la façon dont un pays décidait d'organiser tel ou tel secteur d'infrastructure relevait de la politique économique nationale. Par conséquent, en incluant dans le guide législatif une description des mesures qui avaient été prises par certains pays en vue de réaménager plusieurs secteurs de leurs infrastructures, on devrait se garder de donner l'impression que le guide recommande un modèle particulier. Il a également été suggéré que le guide tienne compte des différences de niveau de développement économique et technologique des pays.

Mesures de transition
(recommandations 4 et 5 et par. correspondants 33 à 35)

108. On a fait remarquer que le réaménagement des secteurs d'infrastructure était une opération particulièrement complexe car non seulement il s'accompagnait de mesures de transition de nature technique ou juridique, mais exigeait aussi la prise en considération de toutes sortes d'intérêts politiques, économiques et sociaux dont il devait également être fait mention selon le cas dans le projet de chapitre.

Contrôle des monopoles résiduels
(recommandations 6 et 7 et par. correspondants 37 à 40)

109. En ce qui concerne la référence au recours à des procédures de sélection de l'exploitant par mise en concurrence, qui figure aux paragraphes 37 à 39, il a été dit que, dans certains pays, on considérait traditionnellement que les concessions de services publics impliquaient une délégation des fonctions de l'État et que, de ce fait, l'autorité délégante n'était pas tenue de suivre les procédures qui régissaient l'octroi des contrats publics. Dans ces pays, les concessions pouvaient être attribuées après des négociations directes entre l'autorité délégante et un concessionnaire de son choix, sous certaines conditions, telles que la publication préalable d'un avis à l'intention des parties intéressées qui souhaitaient être associées aux négociations. Cette pratique, a-t-on estimé, n'était pas suffisamment prise en compte dans les paragraphes susmentionnés, qui devraient être remaniés de façon à éviter de donner l'impression que le recours aux appels d'offres ou autres procédures de sélection par mise en concurrence était le seul moyen acceptable pour l'octroi de contrats dans le cadre des projets d'infrastructure. En réponse, il a été déclaré que le guide devrait insister sur la nécessité de recourir à des procédures de sélection faisant appel à la concurrence.

110. En ce qui concerne le paragraphe 40 des annotations, on a fait valoir que, dans certains cas, le maintien de monopoles géographiques pouvait ne se justifier que pendant une période de transition, fait qui devrait être mentionné dans le guide.

Conditions d'octroi des licences et d'attribution des concessions
(recommandation 8 et par. correspondant 50)

111. Selon un point de vue, il faudrait peut-être revoir le paragraphe 50 des annotations pour l'aligner sur les recommandations formulées au chapitre III ("Sélection du concessionnaire").

Réglementation des raccordements et de l'accès aux réseaux
(recommandation 9 et par. correspondants 51 à 54)

112. On a fait observer que le texte de la recommandation concernant la législation et des annotations correspondantes n'établissait pas une distinction suffisamment claire entre les obligations imposées à un exploitant par le cadre réglementaire en vigueur et les droits ou obligations contractuels qui pouvaient être prévus dans un accord de concession bilatéral. Une telle distinction ayant dans certains systèmes de droit des conséquences importantes, il convenait de revoir la recommandation concernant la législation et les annotations.

Encadrement des prix et des marges bénéficiaires (recommandations 10 et 11 et par. correspondants 55 à 57)
Subventions et mission de service public (recommandation 12 et par. correspondant 62)
Normes de résultat (recommandation 13 et par. correspondant 63)

113. On a fait observer que les questions de réglementation visées par les recommandations 10 à 13 se posaient généralement pendant la phase d'exploitation de l'infrastructure, et qu'il serait donc plus indiqué de les aborder dans un chapitre futur concernant la phase d'exploitation plutôt qu'au deuxième chapitre du guide législatif (voir également plus haut les paragraphes 100 et 101).

114. On a estimé que la protection des consommateurs ne se limitait pas à la nécessité d'assurer un accès universel aux services fournis par les exploitants de l'infrastructure et que le guide devait, si besoin était, examiner cette question.

Indépendance et autonomie des organismes réglementaires (recommandations 14 et 15 et par. correspondants 67 à 71)

115. Aux questions concernant la nécessité d'aborder, dans le guide législatif, les fonctions des organismes réglementaires, il a été répondu qu'il était de la plus haute importance que les investisseurs éventuels puissent s'assurer que le cadre réglementaire était juste et stable et qu'il tenait suffisamment compte des intérêts publics et des intérêts de la société de projet. Les notions d'indépendance et d'autonomie des organismes réglementaires recouvraient deux éléments importants qui méritaient un examen plus approfondi dans les annotations correspondant aux recommandations 14 et 15, à savoir : l'autonomie fonctionnelle de l'organisme réglementaire au sein de la structure administrative du pays hôte et son indépendance vis-à-vis des entreprises dont il réglementait les activités.

116. On a fait remarquer que la référence faite dans le texte de la recommandation 15 aux décisions fondées sur des raisons techniques prises par l'organisme réglementaire pouvait être interprétée, dans certains systèmes de droit, comme supposant la stricte application d'une règle sans qu'il soit tenu compte du contexte particulier dans lequel ladite règle était appliquée. On a estimé qu'il serait préférable de parler de raisons "de fond" ou "objectives".

Compétences sectorielles des organismes réglementaires (recommandation 16 et par. correspondants 72 et 73)

117. On a relevé que les compétences des organismes réglementaires ne se limitaient pas toujours à un secteur particulier puisque, dans certains pays, elles pouvaient s'étendre à plusieurs secteurs dans une région donnée.

Mission des organismes réglementaires (recommandation 17 et par. correspondant 74)

118. Selon un point de vue, il pouvait y avoir contradiction entre les recommandations 17 et 15. On a noté que, d'après la recommandation 15 (voir par. 116 ci-dessus), il fallait donner aux organismes réglementaires assez d'autonomie pour qu'ils puissent fonder leurs décisions sur des raisons techniques plutôt que politiques. Or, les objectifs généraux sur lesquels les organismes réglementaires devaient orienter leur action, d'après la recommandation 17 (ouverture à la concurrence, protection des intérêts des usagers, satisfaction de la demande, efficacité du secteur, viabilité financière des prestataires de services publics, protection de l'intérêt général ou de la mission de service public et protection des droits des investisseurs), n'étaient pas d'ordre strictement technique. On a recommandé que l'articulation des deux recommandations soit mieux définie dans les annotations.

Attributions des organismes réglementaires (recommandation 18 et par. correspondants 75 à 78)

119. À l'exception d'observations d'ordre rédactionnel ou linguistique ou de remarques générales reprises de phases antérieures du débat, telles que la proposition d'évoquer la protection des consommateurs, aucune observation particulière n'a été faite à propos de la recommandation 18 et des annotations correspondantes.

Composition des organismes réglementaires (recommandations 19 et 20 et par. correspondants 80 et 81)

120. Selon un point de vue, le guide devait mieux distinguer entre les conseils sur la législation, d'une part, et les conseils pratiques, d'autre part, concernant la fonction de réglementation. Il a été estimé que, sur le fond, la recommandation 19, qui avait trait au nombre idéal de membres que devaient comporter les organismes réglementaires constitués sous forme de commission, ne relevait pas de la législation. On pouvait trouver des exemples similaires dans d'autres recommandations du projet de chapitre. Il a été répondu que, pour appliquer certains des conseils pratiques figurant dans le guide (concernant, notamment, la composition des organismes réglementaires), des dispositions législatives pourraient être nécessaires et qu'il serait donc indiqué d'aborder la question des conseils d'ordre pratique dans le guide.

Obligation de divulgation (recommandation 21 et par. correspondants 84 à 86)

121. Selon un point de vue, l'obligation de divulgation qui s'imposait aux prestataires de services aux termes de la recommandation 21 (à savoir, l'obligation de communiquer à l'organisme réglementaire des informations sur le fonctionnement de leur société) pourrait poser des difficultés pratiques eu égard aux recommandations 22 et 23, lesquelles envisageaient notamment la mise à la disposition des parties intéressées des décisions des organismes réglementaires. Le guide devrait tenir compte du souci légitime des entreprises dont les activités sont réglementées de préserver le caractère confidentiel des éléments d'information dont elles ont la propriété exclusive.

Sanctions (recommandation 24 et par. correspondant 94); Appels (recommandation 25 et par. correspondant 95)

122. À l'exception d'observations d'ordre rédactionnel ou linguistique, ou de remarques générales reprises de phases antérieures du débat, aucune observation particulière n'a été faite à propos des recommandations 24 et 25 et des annotations correspondantes.

Chapitre III. Sélection du concessionnaire (A/CN.9/444/Add.4)

Observations générales

123. Il a été noté que le projet de chapitre III (anciennement chapitre IV), qui portait sur les méthodes et procédures recommandées pour l'octroi de contrats relatifs à des projets d'infrastructure à financement privé, traitait également des questions liées aux propositions spontanées, comme l'avait suggéré la Commission à sa trentième session[9].

124. On a estimé que l'objectif général du guide était d'aider les pays hôtes à encourager les investissements dans les projets d'infrastructure en leur donnant des conseils sur les éléments indispensables à un cadre juridique favorable. Un de ces éléments était l'existence de procédures de sélection appropriées. L'un des principaux obstacles pratiques à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé était la longueur des négociations entre les collectivités publiques du pays hôte et les investisseurs éventuels. En proposant des procédures appropriées pour l'octroi de contrats relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé, qui visaient à assurer l'efficacité et à réaliser des économies ainsi qu'à garantir la transparence et l'équité des procédures de sélection, le guide pouvait devenir un outil précieux pour les collectivités publiques des pays hôtes.

125. Il a été noté qu'aucune législation internationale type n'avait été conçue spécialement pour les procédures de sélection faisant appel à la concurrence dans le cadre des projets d'infrastructure à financement privé. À cet égard, on a estimé que les recommandations de ce chapitre seraient d'autant plus utiles qu'elles seraient axées sur les questions d'ordre législatif et formulées dans toute la mesure possible de façon à pouvoir être incorporées dans le droit interne.

126. En ce qui concerne la préférence donnée dans le chapitre au recours à des méthodes de sélection des concessionnaires faisant appel à la concurrence, on a déclaré que le fait que d'autres méthodes pouvaient également être utilisées par les pays en fonction de leurs traditions juridiques devrait être plus clairement reconnu dans le guide. Il a été fait remarquer que, dans la tradition juridique de certains pays, les projets d'infrastructure à financement privé supposaient la délégation, par l'entité publique compétente, du droit et de l'autorité de fournir un service d'utilité publique. Ces projets relevaient, de ce fait, d'un régime juridique spécial qui différait à maints égards de celui applicable, en règle générale, à la passation de marchés publics de biens, de travaux ou de services.

127. Dans ces pays, lors de l'octroi des contrats publics de biens ou de services, les autorités concernées avaient le choix entre plusieurs procédures qui obéissaient généralement à certaines conditions en matière de publicité, de concurrence et de stricte application de critères d'octroi préétablis. La procédure la plus courante était la méthode d'adjudication par laquelle le contrat était attribué au moins-disant. Il existait certes d'autres procédures moins rigides, telles que les appels d'offres, qui permettaient de prendre en considération d'autres éléments que le prix (comme les dépenses d'exploitation, la supériorité technique, les délais d'exécution prévus), mais le recours à des négociations n'intervenait que dans des circonstances exceptionnelles. Les pays mentionnés plus haut n'en appliquaient pas moins des procédures différentes pour l'octroi des contrats relatifs à des projets d'infrastructure à financement privé. Étant donné la nature très particulière des services à fournir (en termes de complexité, de volume des investissements, de délais d'exécution), les procédures utilisées mettaient l'accent sur la liberté laissée à l'autorité délégante de choisir l'exploitant qui répond le mieux à ses besoins en termes de compétence professionnelle, d'assise financière, de capacité à assurer la continuité du service, de traitement équitable des usagers et de qualité du projet. La liberté de négociation n'était pas pour autant synonyme de choix arbitraire, car les lois de ces pays prévoyaient des dispositions visant à assurer la transparence et l'équité dans le cadre des procédures de sélection.

128. Outre leurs procédures spéciales de sélection des exploitants d'ouvrages d'infrastructure, l'autre différence importante de ces pays avait trait au mode de paiement de l'exploitant, qui était distinct de celui utilisé dans le cas d'un fournisseur ou d'un entrepreneur. Dans presque tous les cas, le paiement pour l'exécution d'un contrat public dans ces pays prenait la forme d'une somme versée par l'organisme d'État au fournisseur ou à l'entrepreneur. Dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé, toutefois, le paiement s'échelonnait sur plusieurs années et provenait habituellement de l'exploitation de l'infrastructure, généralement sous la forme des redevances versées par les usagers. La durée du projet était calculée de façon à ce que l'exploitant récupère les capitaux qu'il avait investis et dégage une marge bénéficiaire équivalente à un montant librement fixé dans l'accord de projet.

129. Compte tenu de ces considérations, il a été suggéré que le chapitre explicite davantage le fait que les procédures faisant appel à la concurrence généralement utilisées en vue de la passation de marchés de biens, de travaux ou de services n'étaient pas toujours adaptées aux projets d'infrastructure à financement privé. Il a été noté que les procédures de sélection décrites dans le chapitre différaient des méthodes de passation de marchés prévues dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, et que de nouveaux ajustements pourraient être nécessaires. Une attention particulière devait être accordée à la nécessité d'éviter de recourir à une terminologie qui, dans certains systèmes juridiques, s'appliquait normalement aux

[9] Ibid., par. 237 *b*.

méthodes de passation de marchés de biens, de travaux et de services.

130. On a approuvé l'idée directrice du chapitre, qui consistait à proposer un cadre structuré et transparent en vue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative pour la sélection du concessionnaire. Toutefois, en exprimant une préférence pour les procédures de sélection faisant appel à la concurrence, on devait se garder de donner l'impression que le guide excluait le recours à toute autre procédure.

Procédures de sélection visées par le guide (par. 3 à 5)

131. En ce qui concerne l'alinéa *a* du paragraphe 3 des annotations, il a été proposé de mentionner, dans le texte, le fait que, dans de nombreux pays, la vente de parts d'entreprises de services publics exigeait l'autorisation préalable du pouvoir législatif. Il a été également suggéré que, parmi les méthodes de cession, soit mentionnée celle qui consiste à offrir des actions sur le marché boursier.

Objectifs d'ensemble des procédures de sélection (par. 6 à 14)

132. On a constaté avec satisfaction que le chapitre abordait la question des objectifs d'économie, d'efficacité, d'intégrité et de transparence. On a fait observer que ces objectifs servaient non seulement les intérêts du pays hôte, mais aussi des parties qui souhaitaient investir dans des projets d'infrastructure dans le pays en question. Un corollaire important de ces objectifs était l'existence de procédures de recours administratif et judiciaire contre les décisions prises par les autorités adjudicatrices, et il a été suggéré que le chapitre aborde cette question à l'endroit voulu.

133. On a fait observer que le principal objectif des projets d'infrastructure à financement privé était de permettre au pays hôte d'obtenir des services publics de meilleure qualité. Il a par conséquent été suggéré de beaucoup plus insister, au paragraphe 8, sur les avantages pouvant découler de la participation d'entreprises étrangères à la procédure de sélection.

134. Il a été fait remarquer que pour qu'il y ait transparence il ne fallait pas simplement que les règles et les procédures de sélection du concessionnaire soient clairement énoncées, mais aussi que les décisions ne soient pas entachées d'irrégularité. Aussi le chapitre devrait-il porter également sur les mesures à prendre pour lutter contre la corruption ou les pratiques abusives en matière de sélection. L'une des mesures qu'il serait peut-être bon de mentionner dans le guide était la conclusion d'accords dits d'intégrité en vertu desquels toutes les sociétés invitées à participer à la procédure de sélection s'engageaient à ne pas chercher à influencer indûment la décision des représentants de l'État chargés de la sélection et à ne pas fausser la concurrence par le biais d'offres collusoires ou d'autres pratiques illicites.

135. Il a été commenté à plusieurs reprises que l'adoption de mesures appropriées pour garantir le caractère confidentiel des informations exclusivement détenues par les entreprises était un des moyens essentiels de susciter la confiance des investisseurs dans les procédures de sélection. Il a donc été suggéré de mentionner ce fait au paragraphe 10 et de faire figurer, à l'endroit approprié dans le guide, des recommandations concrètes visant à garantir le caractère confidentiel de telles informations.

136. Il a été proposé de mentionner les objectifs consistant à assurer la continuité des services publics et l'accès universel à ces services parmi les critères à prendre en considération lors de l'octroi de contrats relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé.

Méthode de sélection appropriée (recommandations 1 et 2 et par. correspondants 15 à 25)

137. S'agissant de la discussion sur la gamme des soumissionnaires à inviter, on a fait observer que les directives applicables à la passation des marchés de certaines institutions financières multilatérales interdisaient l'utilisation de procédures de présélection visant à limiter à l'avance le nombre de soumissionnaires.

138. Il a été suggéré que le paragraphe 22 mentionne que les autorités adjudicatrices exigeaient communément que les soumissionnaires prouvent de façon suffisante que les solutions techniques proposées ont été testées auparavant et qu'elles répondent de façon satisfaisante aux normes de sécurité et autres internationalement acceptées.

139. Il a été suggéré que le paragraphe 24 précise la distinction entre les critères de qualification et d'évaluation.

140. Il a été suggéré que le paragraphe 25 mette en garde contre des négociations libres entre l'autorité adjudicatrice et le consortium de projet sélectionné.

Préparatifs pour la procédure de sélection (par. 26 à 32)

141. Il a été suggéré que le paragraphe 27 comprenne une référence au rôle des conseils indépendants et à la nécessité de les engager au début du projet.

142. Il a été suggéré d'employer les termes "études de préfaisabilité" au lieu de "études de faisabilité" dans les paragraphes 28 et 29. On a en outre estimé qu'il pourrait être utile de mentionner, dans ces paragraphes, le fait que, dans certains pays, il était jugé utile de prévoir une forme de participation du public à l'évaluation préliminaire de l'impact d'un projet donné sur l'environnement et des différentes solutions proposées pour réduire au minimum cet impact. Il a été suggéré d'indiquer, dans le texte, que l'étude d'impact sur l'environnement devrait notamment être réalisée par les autorités du pays hôte dans le cadre de leurs études de faisabilité.

143. On a dit que la disponibilité de documents normalisés rédigés en des termes suffisamment précis était un moyen important de faciliter les négociations entre les consortiums de projet et les bailleurs de fonds et investisseurs éventuels. Il a été suggéré d'inclure des références appropriées en ce sens dans le paragraphe 31.

Présélection des consortiums de projet (recommandations 3 à 7 et par. correspondants 33 à 46)

144. À titre d'observation générale, il a été noté que les procédures de sélection ayant la préférence dans ce chapitre comportaient des phases de présélection et de sélection finale complexes et une phase de négociation définitive de l'accord de projet relativement courte. La pratique de certains pays, toutefois, laissait une plus grande place à la négociation de l'accord final une fois le consortium de projet sélectionné, du fait de la complexité et de l'ampleur des projets d'infrastructure. À ce propos, la vue a été exprimée selon laquelle les procédures de sélection recommandées dans le présent chapitre, qui à maints égards s'inspiraient des méthodes de passation des marchés prévues dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, mériteraient peut-être d'être adaptées plus avant afin de répondre, comme il convient, à certains impératifs liés aux projets d'infrastructure à financement privé.

145. Il a été noté que, à partir du paragraphe 34, le lecteur était renvoyé, à différentes occasions, aux dispositions de la Loi type. Il a été suggéré que, pour faciliter la lecture, il serait préférable d'inclure dans le corps du texte, selon que de besoin, les dispositions pertinentes de la Loi type. Il a été également suggéré qu'éliminer les renvois réciproques entre les deux textes permettrait aussi de souligner le caractère particulier de la procédure de sélection décrite dans ce chapitre.

146. Il a été déclaré que le caractère des procédures décrites aux paragraphes 33 à 36 différait, à maints égards, de celui des procédures de présélection traditionnelles telles qu'appliquées à la passation de marchés de biens et de services. Afin d'éviter la connotation de qualification (ou de rejet) automatique liée à ces procédures de présélection traditionnelles, il serait plus approprié, a-t-on estimé, d'employer dans la version anglaise du projet de chapitre l'expression *"pre-selection proceedings"*.

147. Il a été proposé d'ajouter aux critères mentionnés au paragraphe 36 des critères supplémentaires qui pourraient être particulièrement utiles pour les projets d'infrastructure à financement privé, tels que l'aptitude à gérer les aspects financiers du projet et l'expérience antérieure en matière d'exploitation d'infrastructures publiques ou de fourniture de services sous contrôle réglementaire.

148. S'agissant de la dernière phrase du paragraphe 37, l'obligation de fixer un pourcentage minimum pour la prise de participation pourrait, selon une opinion, ne pas être conforme aux accords multilatéraux régissant le commerce des services.

149. Il a été suggéré que les paragraphes 39 et 40 établissent une distinction entre les subventions et les incitations prévues dans la législation nationale pour certaines branches d'activité et régions et les préférences accordées aux entreprises nationales par rapport aux concurrents étrangers qui soumissionnaient pour le même projet. Le texte devait préciser que la question des préférences nationales ne se posait que lorsque l'autorité adjudicatrice invitait à soumissionner tant des entreprises nationales que des entreprises étrangères. Toutefois, il a également été suggéré que les paragraphes 39 et 40 devraient indiquer que le recours à des préférences nationales n'était pas autorisé dans les directives de certaines institutions financières internationales et qu'il risquait d'être contraire aux obligations internationales souscrites par de nombreux États dans le cadre d'accords d'intégration économique régionale ou de facilitation du commerce.

150. Des commentaires favorables ont été formulés à propos du paragraphe 42, qui se référait à la pratique de certains pays consistant à autoriser l'autorité adjudicatrice à envisager des dispositions pour indemniser les candidats présélectionnés lorsqu'il n'était pas donné suite au projet pour des raisons indépendantes de leur volonté ou pour participer aux frais assumés par eux après la phase de présélection.

151. Selon une opinion, le paragraphe 45 devrait être remanié pour éviter de donner involontairement l'impression qu'il préconisait l'utilisation d'un système de notation automatique qui risquerait de limiter indûment le pouvoir discrétionnaire de l'autorité adjudicatrice en matière d'évaluation des qualifications des consortiums de projet.

Procédures de sollicitation de propositions (recommandations 8 à 19 et par. correspondants 47 à 80)

152. On a demandé si la procédure à deux étapes décrite aux paragraphes 47 à 52 signifiait qu'après les discussions avec les consortiums de projet l'autorité adjudicatrice devait publier une série de spécifications indiquant la nature des intrants souhaités. On a suggéré à ce sujet que, même au stade final de la procédure, l'autorité adjudicatrice pourrait décider de formuler ses spécifications uniquement en termes de produit escompté.

153. Pour plus de clarté, on a suggéré que le mot "négociations" soit remplacé, aux paragraphes 51 et 52, par le mot "discussions".

154. On a suggéré de souligner, au paragraphe 60, que les critères d'évaluation devraient accorder une importance particulière aux aspects liés à l'exploitation de l'infrastructure et ne devraient pas se concentrer sur la phase de construction.

155. À propos de la possibilité, visée au paragraphe 62, de rejeter les propositions pour des motifs tels que la politique des autorités à l'égard du secteur concerné, on a suggéré qu'un motif de ce type ne devrait être invoqué que si l'autorité adjudicatrice les avait fait figurer parmi les critères de présélection.

156. On a suggéré d'inclure, parmi les éléments des propositions financières mentionnés au paragraphe 67, l'obligation pour les consortiums de projet de soumettre des lettres d'intention émanant des prêteurs éventuels ou toute autre pièce prouvant de manière satisfaisante que ces prêteurs s'engagent à fournir le financement nécessaire au projet.

157. On a demandé pour quelle raison les études de viabilité financière visées au paragraphe 68 *c* devaient indiquer le taux interne de rentabilité financière par rapport au coût effectif des investissements correspondant aux arrangements financiers proposés. On a estimé que, du point de vue des collectivités publiques du pays hôte, les facteurs essentiels pour évaluer les propositions devraient être la qualité des services et la viabilité générale des arrangements financiers, plutôt que le bénéfice net escompté par l'exploitant.

158. On a suggéré que le paragraphe 70 recommande clairement la remise de garanties de soumission par les consortiums de projet.

159. À propos de la dernière phrase du paragraphe 72, on a relevé que, si les critères appliqués pour la présélection des consortiums ne devaient pas être soumis de nouveau à pondération au stade de l'évaluation, il était justifié que l'autorité adjudicatrice exige, à tout stade de la procédure de sélection, que les participants fassent de nouveau la preuve de leurs qualifications conformément aux critères déjà utilisés pour les présélectionner.

160. En réponse à une question sur la nécessité d'indiquer, au paragraphe 75, que les propositions doivent être ouvertes à une heure spécifiée antérieurement dans la sollicitation de propositions, on a fait observer qu'une telle condition contribuait à réduire le risque que les propositions soient modifiées ou falsifiées d'autre manière et qu'elle était importante pour garantir l'honnêteté de la procédure.

161. On a estimé que lorsqu'une procédure à deux étapes avait été utilisée pour solliciter des propositions l'autorité adjudicatrice devrait aussi avoir le droit de rejeter les propositions dont on constatait qu'elles s'écartaient sensiblement de la première sollicitation de propositions. Au sujet de l'évaluation de la conformité des propositions, mentionnée au paragraphe 76, on a suggéré que le paragraphe 76 précise que les propositions non conformes n'étaient pas seulement les propositions incomplètes ou partielles, mais aussi toutes les propositions s'écartant des termes de la sollicitation de propositions.

162. Des opinions divergentes ont été exprimées au sujet de l'importance relative du prix unitaire proposé pour l'utilisation du produit escompté comme critère d'évaluation. Selon un point de vue, dans l'intérêt de l'objectivité et de la transparence, le prix unitaire devrait être considéré, autant que possible, comme un élément décisif pour choisir entre des propositions également conformes. Selon un autre point de vue, la notion de "prix" ne pouvait pas avoir la même valeur pour l'octroi de contrats relatifs à des projets d'infrastructure à financement privé que pour la passation de marchés de biens et de services. La rémunération du concessionnaire était souvent constituée à la fois de redevances acquittées par les usagers, de recettes secondaires et de subventions ou paiements directs versés par la collectivité publique octroyant le contrat. En outre, des critères non liés au prix, comme la qualité des services, y compris les garanties offertes pour assurer leur continuité et leur universalité, devaient être pris pleinement en considération. Dans ce contexte, si le prix unitaire pour le produit escompté demeurait un important élément de comparaison entre les propositions, il ne pouvait pas être considéré comme l'aspect le plus important. On a estimé que le guide devait approfondir ces sujets, comme le suggérait la note placée après le paragraphe 77.

163. On a estimé que le texte des recommandations concernant la législation ne traitait pas pleinement du sujet examiné dans les annotations correspondantes. On a par conséquent suggéré de formuler des recommandations supplémentaires, notamment à propos des aspects traités au paragraphe 77.

164. Au sujet des négociations finales visées aux paragraphes 78 et 79, on a estimé que le guide législatif devrait distinguer plus clairement entre la négociation du contrat définitif, une fois que le contrat a été octroyé, et la procédure de sollicitation des propositions. On a considéré que la mention, faite au paragraphe 53, de la sollicitation de propositions sur la base des spécifications et des clauses contractuelles révisées pourrait laisser entendre que les conditions du contrat étaient ouvertes à la négociation avant même l'octroi final. Une telle situation n'était pas jugée souhaitable car les propositions devaient porter sur les aspects techniques et financiers du projet et non pas sur les conditions du contrat. En réponse, on a déclaré que la connaissance de certaines clauses du contrat, par exemple sur la répartition des risques envisagée par l'autorité adjudicatrice, était importante pour permettre aux consortiums participants de formuler leurs propositions et de discuter de la "bancabilité" du projet avec les prêteurs éventuels. Aussi était-il souhaitable de fournir le projet de contrat le plus tôt possible aux consortiums participants.

165. On a suggéré d'ajouter les mots "ou des consommateurs" après les mots "au détriment des autorités du gouvernement hôte", figurant au paragraphe 78.

Négociations directes
(recommandations 20 à 24 et par. correspondants 81 à 93)

166. On s'est dit favorable à l'inclusion, aux paragraphes 81 à 84, d'une analyse des avantages et des inconvénients pouvant découler des négociations directes pour l'octroi de contrats relatifs à des projets d'infrastructure à financement privé.

167. On a estimé que les paragraphes 81 à 84 devraient examiner plus précisément les méthodes envisageables pour assurer la transparence et introduire des éléments de concurrence dans les négociations directes.

168. On a noté que la liste de circonstances exceptionnelles autorisant le recours aux négociations directes, figurant au paragraphe 85, n'était pas exhaustive et que d'autres circonstances pouvaient justifier l'utilisation des négociations directes, à savoir : les motifs de défense nationale; les cas où il n'existait qu'une seule source capable de fournir les services voulus (par exemple, parce que ces services supposaient l'utilisation d'une technologie brevetée ou d'un savoir-faire particulier); le manque de personnel expérimenté ou l'absence d'une structure administrative appropriée pour appliquer les procédures de

sélection par appel à la concurrence; ou les cas où une autorité administrative supérieure du pays hôte avait autorisé une exception à cette fin pour des raisons d'intérêt public. On a suggéré de préciser, au paragraphe 85, que la liste qui figurait dans ce texte avait seulement valeur d'illustration.

169. On a demandé quelle était la probabilité d'un besoin urgent d'assurer la fourniture immédiate du service qui justifie le recours aux négociations directes plutôt qu'à des procédures de sélection faisant appel à la concurrence. En réponse, on a fait observer qu'une autorisation exceptionnelle de ce type était nécessaire, par exemple en cas d'interruption de la fourniture d'un service déterminé ou si un concessionnaire en titre ne procurait pas le service conformément à des normes acceptables, alors que l'ouverture d'une procédure de sélection faisant appel à la concurrence ne serait pas envisageable compte tenu du besoin urgent d'assurer la continuité du service. On s'est toutefois interrogé sur le bien-fondé du recours au financement privé en cas d'urgence.

170. En réponse à une question sur les raisons pour lesquelles l'application de l'alinéa *a* du paragraphe 85 était limitée aux cas où les circonstances à l'origine de l'urgence n'étaient ni prévisibles par l'autorité adjudicatrice ni la conséquence d'un comportement dilatoire de sa part, on a indiqué que cette restriction avait pour but de rendre l'autorité adjudicatrice comptable.

171. On a par ailleurs constaté avec satisfaction que les paragraphes 87 à 93 traitaient des problèmes soulevés par les propositions spontanées. On a relevé que les propositions spontanées avaient été utilisées dans un certain nombre de pays et qu'il était souhaitable de formuler des recommandations concrètes sur le traitement à leur réserver. À ce propos, on a suggéré que l'entité soumettant une proposition spontanée devait être généralement tenue de se conformer essentiellement aux mêmes critères de qualification que ceux auxquels sont soumis les soumissionnaires participant à la procédure de sélection par appel à la concurrence décrite dans le chapitre. On a également estimé que les propositions spontanées devaient être conformes à des normes techniques et de qualité acceptable pour pouvoir être prises en considération par l'autorité adjudicatrice.

172. On a estimé que l'expression "pouvoirs publics", utilisée au paragraphe 88, pouvait s'interpréter dans un sens restreint excluant les autorités locales ou municipales. On a suggéré d'utiliser plutôt des expressions comme "collectivités publiques" ou "entreprises publiques" pour tenir compte du fait que d'autres entités du pays hôte pouvaient être compétentes pour négocier des propositions spontanées.

173. Selon un avis, les recommandations formulées au sujet des propositions spontanées n'étaient pas de nature législative et ne devaient donc figurer que dans les annotations.

Procédures de recours (par. 94)

174. On a souligné que l'existence de recours administratifs ou judiciaires était un élément essentiel pour assurer la transparence et l'équité d'une procédure de sélection. On a donc suggéré que le guide analyse plus précisément la question des procédures de recours et mentionne les procédures et les recours généralement prévus par les droits nationaux; on a estimé qu'il pourrait être utile de formuler à ce propos des recommandations concernant la législation.

Procès-verbal de la procédure de sélection (recommandation 25 et par. correspondants 95 à 99)

175. On a noté qu'il était nécessaire de protéger le secret des renseignements réservés et confidentiels, mentionnés aux paragraphes 95 et 96. On a suggéré d'examiner les catégories de renseignements qui devraient être rendus publics et les informations dont la connaissance devrait être réservée aux collectivités publiques du pays hôte et aux soumissionnaires.

Chapitre IV. Conclusion et conditions générales de l'accord de projet (A/CN.9/444/Add.5)

176. La Commission a noté que la première section du projet de chapitre IV (ancien chapitre VI) contenait des considérations générales sur l'accord de projet et examinait notamment les différentes approches adoptées par les législations nationales à propos de cet accord (de celles qui mentionnaient à peine l'accord de projet à celles qui contenaient des dispositions impératives détaillées sur les clauses à faire figurer dans l'accord). Les autres sections portaient sur les droits et obligations de la société de projet qui, tout en étant mentionnés dans l'accord de projet, pouvaient être réglementés utilement dans la législation puisqu'ils pouvaient mettre en cause les intérêts de tiers.

Section A. Considérations générales (recommandations 1 et 2 et par. correspondants 1 à 6)

177. On a suggéré d'indiquer au paragraphe 2 les avantages et les inconvénients des approches législatives examinées.

178. On a estimé que le guide devrait souligner qu'il fallait préciser clairement les personnes ou les organismes publics qui avaient compétence pour contracter des engagements au nom des autorités aux différents stades des négociations et pour signer l'accord de projet. Il faudrait, à cette occasion, tenir dûment compte du fait que différents niveaux de l'administration (fédéral, provincial ou municipal, par exemple) pouvaient intervenir dans un projet d'infrastructure à financement privé.

179. L'avis a été exprimé que le guide devrait indiquer les inconvénients que comportait la subordination de l'entrée en vigueur de l'accord de projet à une autorisation préalable sous forme de loi adoptée pour la circonstance. On a fait observer, en réponse à cet avis, que, dans certains cas ou dans certains États, il existait de bonnes raisons de prévoir l'approbation législative des projets d'infrastructure à financement privé. De l'avis général, l'approbation législative ne signifiait pas que le Parlement serait appelé à modifier telle ou telle disposition de l'accord de projet.

180. On a observé que ce que le guide définissait comme “l’accord de projet” consistait souvent, dans la pratique, en plusieurs accords distincts conclus entre les collectivités publiques du pays hôte et la société de projet.

Section B. Conditions générales de l’accord de projet

1. *Le site du projet*
(recommandation 3 et par. correspondants 8 à 12)

181. On a suggéré de revoir la deuxième phrase du paragraphe 10, qui semblait décourager les autorités de procurer à la société de projet les terrains nécessaires aux projets d’infrastructure à financement privé.

182. On a proposé de remplacer, au paragraphe 11, l’expression “les plus expéditives” par la formule “les plus efficaces” pour qualifier les procédures d’expropriation afin de ne pas donner involontairement l’impression que le désir d’accélérer les procédures d’expropriation pourrait l’emporter sur la protection des intérêts des propriétaires touchés.

183. L’opinion a été émise qu’il faudrait remplacer le mot “expropriation”, du fait que dans certains systèmes juridiques il avait une connotation négative et pouvait faire penser à une confiscation sans indemnisation rapide ni suffisante. D’autres termes ont été proposés, comme “domaine éminent”, “achat autoritaire” et “expropriation moyennant juste indemnisation”. Il a été décidé que la terminologie à employer devrait éviter la connotation négative mentionnée plus haut et devrait être facilement comprise dans des systèmes juridiques différents.

2. *Droit de passage et autres servitudes*
(recommandation 4 et par. correspondants 13 à 16)

184. On a suggéré de mentionner, au paragraphe 14, l’intérêt public et d’autres conditions pour l’obtention d’une servitude par voie d’expropriation.

3. *Exclusivité*
(recommandation 5 et par. correspondants 17 à 21)

185. Au sujet de la deuxième phrase du paragraphe 21, on a estimé que l’avis exprimé dans ce passage pouvait laisser entendre que les parties devaient, pour traiter de la question des changements ultérieurs de la politique des collectivités publiques du pays hôte, s’en remettre aux clauses générales de l’accord de projet consacrées aux changements de circonstances. On a indiqué qu’il fallait éviter une telle interprétation et que le guide devait au contraire promouvoir la certitude et la prévisibilité des conséquences que pouvaient avoir les changements de la politique des collectivités publiques du pays.

186. On a estimé que la question de l’exclusivité abordée dans la recommandation 5 soulevait d’importants problèmes de portée générale et concernait les intérêts des consommateurs et d’autres intérêts publics, et qu’il ne fallait donc pas qu’elle relève uniquement de la négociation entre les parties dans le cadre d’un projet donné. La législation en la matière pourrait, par exemple, porter sur la durée pour laquelle les collectivités publiques du pays hôte pouvaient s’engager à respecter les droits exclusifs de la société de projet pour la prestation de services publics.

187. On a suggéré de revoir le texte consacré à l’exclusivité (par exemple, la première phrase du paragraphe 17 et la première phrase du paragraphe 19) pour indiquer explicitement qui était le bénéficiaire de l’exclusivité et qui pouvaient être les concurrents éventuels.

188. On a proposé de ne pas employer l’expression “régime général” au paragraphe 18, car beaucoup d’États n’avaient pas de législation correspondant à un tel régime général.

4. *Statut juridique du concessionnaire*
(recommandations 6 à 8 et par. correspondants 22 à 34)

189. Au sujet de la première phrase du paragraphe 22, il a été jugé nécessaire de préciser le sens de l’expression “statut juridique” du concessionnaire de manière à coordonner le texte à ce sujet avec celui des paragraphes 20 et 21 du projet de chapitre premier intitulé “Considérations générales sur la législation” (A/CN.9/444/Add.2) et d’indiquer clairement dans quelle mesure l’accord de projet pouvait traiter de la question de savoir si le concessionnaire devait être constitué sous la forme d’une entité indépendante. On a relevé que, dans la pratique, les sociétés de projet étaient généralement constituées en entités juridiques distinctes des promoteurs du projet mais que, du point de vue de la législation, il n’était pas toujours nécessaire qu’il en soit ainsi.

190. À propos de la dernière phrase du paragraphe 32, on a fait valoir que certains copropriétaires de la société de projet pourraient s’inquiéter des risques que comporterait la participation de cette dernière à d’autres projets qui lui auraient été octroyés à l’issue d’un processus de sélection distinct.

191. Au sujet de la troisième phrase du paragraphe 33, la question a été posée de savoir si le guide législatif devait faire sienne la condition d’un vote positif des collectivités publiques du pays hôte et si certains des objectifs qui justifiaient cette condition pouvaient être atteints par des moyens moins interventionnistes.

192. On a indiqué que certains membres d’origine du consortium de projet et actionnaires de la société de projet pourraient avoir un intérêt légitime à céder leur place à d’autres entités en tant qu’actionnaires et qu’il n’était pas nécessaire de donner aux collectivités publiques du pays hôte la prérogative absolue d’approuver de tels remplacements.

5. *Transfert de concession*
(recommandations 9 et 10 et par. correspondants 35 à 38)

193. On a jugé souhaitable que la législation permette aux parties de s’entendre sur un droit de “substitution”, c’est-à-dire le droit de faire transférer la concession aux prêteurs ou à une autre entité désignée par eux si la société

de projet manque à l'exécution de ses obligations. Dans ce contexte, on a déclaré que, si les autorités avaient le droit de s'opposer au transfert d'une concession, ce droit devrait être soumis à la condition que le refus ne soit pas opposé de manière déraisonnable. Une restriction similaire devrait être imposée au droit des collectivités publiques du pays hôte d'approuver l'octroi d'une sous-concession par le concessionnaire (par. 37).

194. On a souligné toutefois que l'approbation préalable par les autorités du transfert d'une concession était exigée dans de nombreux systèmes juridiques et se justifiait par des raisons d'intérêt public. Les entités publiques concernées avaient un intérêt légitime à empêcher le transfert de la responsabilité de fournir des services publics à des entités qui n'avaient pas été choisies par elles.

195. Il a été suggéré d'insérer, au début de la recommandation 9, les mots "sauf en cas de cession aux prêteurs pour constitution de sûretés,".

6. *Sûretés*
(recommandations 11 à 13 et par. correspondants 39 à 45)

196. On a déclaré que, dans la pratique, les prêteurs s'attendaient à obtenir les garanties les plus étendues possibles sur les biens de la société de projet, y compris les actifs incorporels. L'existence de telles garanties était jugée cruciale pour l'obtention d'un financement pour les projets d'infrastructure à financement privé. Dans ces conditions, le guide législatif devrait recommander que les obstacles à l'octroi de telles garanties soient éliminés de la législation.

197. On a fait observer cependant que les actifs gérés par la société de projet restaient souvent propriété de l'État, que cette propriété était inaliénable et qu'il n'était donc pas possible d'utiliser ces actifs comme garanties.

198. À propos de la possibilité de constituer des sûretés sur les parts sociales de la société de projet, il a été noté que, dans certains systèmes juridiques, le nantissement des actions était soit interdit, soit restreint. En outre, il était probable que les circonstances qui inciteraient les créanciers à exercer leur droit sur les actions constituées en sûretés provoqueraient également une forte perte de la valeur de ces actions, ce qui rendait ce type de garantie incertain et potentiellement illusoire. On a toutefois fait observer que l'objectif des créanciers souhaitant obtenir le nantissement d'actions n'était pas de vendre ces dernières en cas de défaillance de la société de projet, mais de prendre le contrôle de celle-ci. La possibilité d'utiliser les actions de la société de projet comme garantie était cruciale pour la "bancabilité" des projets d'infrastructure à financement privé, et, pour faciliter ces projets, les États feraient bien d'adopter une législation spéciale à ce sujet. Il a cependant été noté que le nantissement des actions de la société de projet soulevait essentiellement les mêmes problèmes que ceux qui se posaient lorsque la société de projet elle-même ou la concession était transférée à une autre entité ou à un autre consortium.

199. Dans la mesure où il était possible de constituer une sûreté sur les actions de la société de projet et où les créanciers pouvaient prendre le contrôle de cette société en cas de défaillance, on a fait observer qu'il était souhaitable de préciser si, dans l'hypothèse d'une "substitution" au profit des créanciers, les obligations des collectivités publiques du pays hôte et des anciens promoteurs du projet s'en trouvaient modifiées.

7. *Durée de la concession*
(recommandation 14 et par. correspondants 46 et 47)

200. On a estimé que la législation ne devait pas fixer un nombre maximal d'années pour la durée des concessions accordées. Des dispositions impératives de ce type se révélaient en fait des obstacles à la conclusion d'accords sur des solutions commercialement raisonnables. En outre, de telles limites ne pouvaient pas tenir compte d'éventuels changements de circonstances qui rendraient nécessaire la prolongation de la concession. On a fait observer que le droit des collectivités publiques du pays hôte de racheter la concession au concessionnaire offrait une autre possibilité d'aborder avec souplesse la question de la durée de la concession.

Section C. Dispositions particulières (par. 48)

201. Au sujet du paragraphe 48, qui indiquait les questions à traiter dans les chapitres suivants du guide, des suggestions d'ordre général ont été faites selon lesquelles il pourrait être utile de regrouper les chapitres prévus et il faudrait veiller à bien distinguer entre les questions qui relevaient de la législation et celles qui devaient être négociées par les parties.

E. Considérations sur la forme définitive des projets de chapitres

202. Il a été suggéré que les recommandations concernant la législation qui doivent figurer dans les différents chapitres du guide soient complétées, lorsqu'il y a lieu, par des dispositions législatives types comprenant, si possible, plusieurs variantes. On a estimé que de telles dispositions types rendraient le guide législatif plus pratique et plus facile à utiliser. On a expliqué que l'idée n'était pas de rédiger une loi type mais de faciliter autant que possible la tâche des législateurs dans les pays souhaitant mettre en place un cadre juridique favorable pour les projets d'infrastructure à financement privé.

203. En sens contraire, on a estimé que la matière traitée dans le guide abordait de nombreuses questions de droit public et d'ordre public et qu'il serait donc difficile de rédiger des dispositions types tenant compte de façon satisfaisante des différences entre les systèmes juridiques et de la diversité des choix envisageables. L'importance qu'il y avait à ménager une souplesse suffisante aux législateurs des pays souhaitant promouvoir les investissements privés d'infrastructure a été soulignée. À cette fin, un ensemble de recommandations claires concernant la législation, suivies d'un exposé explicatif des questions pertinentes et des différentes options envisageables, pourraient être plus utiles qu'une série de dispositions types que certains législateurs pourraient juger difficiles à adapter à la situation de leur pays.

204. Après avoir examiné les différentes opinions qui s'étaient exprimées, la Commission a prié le Secrétariat de rédiger les recommandations concernant la législation sous forme de principes de législation concis, ce qui réduirait le nombre de recommandations, et, lorsqu'il le jugerait possible et approprié, d'élaborer à des fins d'illustration des exemples de dispositions et de les soumettre à l'examen de la Commission.

205. On a également estimé que le guide devrait s'en tenir aux avis concernant la législation sur les projets d'infrastructure à financement privé, sans chercher à donner aussi des avis sur les négociations et sur les aspects contractuels. Les discussions relatives à ces deux derniers points ne devraient être présentées que dans la mesure où il fallait expliquer la nécessité d'une solution législative particulière. On a estimé que le guide devrait, s'il y a lieu, renvoyer à d'autres documents contenant des avis sur les aspects contractuels, comme les lignes directives de l'ONUDI pour le développement des infrastructures des projets de construction-exploitation-transfert (CET) et les publications de la Banque mondiale.

206. La Commission a examiné la méthode à suivre pour finaliser le guide législatif, notamment l'opportunité de confier l'élaboration des chapitres futurs à un groupe de travail. Après délibération, il a été convenu que la nécessité éventuelle de recourir à un groupe de travail devrait être examinée à la trente-deuxième session de la Commission. Il a également été jugé souhaitable, au stade actuel, d'autoriser le Secrétariat à entreprendre la préparation des chapitres futurs, en vue de les soumettre à la Commission à sa prochaine session. Cette préparation ainsi que la révision des projets existants devraient être réalisées avec l'aide d'experts extérieurs, conformément à la pratique suivie jusqu'alors. Le Secrétariat a été prié de faire tous les efforts raisonnables pour obtenir l'avis d'experts des secteurs public et privé et de consulter des experts de pays en développement, de pays développés, ainsi que de pays en transition.

III. COMMERCE ÉLECTRONIQUE

A. Projet de règles uniformes sur les signatures électroniques

207. Il a été rappelé qu'à sa trentième session, en mai 1997, la Commission avait confié au Groupe de travail sur le commerce électronique la rédaction de règles uniformes sur les aspects juridiques des signatures numériques et des autorités de certification. On s'était alors accordé à reconnaître qu'aucune décision ne pouvait être prise à un stade aussi précoce quant au champ d'application et à la forme exacts de ces règles. On avait estimé également que, s'il était justifié que le Groupe de travail axe son attention sur les questions relatives aux signatures numériques, étant donné le rôle apparemment prédominant joué par la cryptographie à clef publique dans la nouvelle pratique du commerce électronique, les règles uniformes à rédiger devraient cependant être compatibles avec l'approche techniquement neutre adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Ainsi, les règles uniformes ne devraient donc pas décourager l'utilisation d'autres techniques d'authentification. En outre, s'agissant de la cryptographie à clef publique, il pourrait être nécessaire que les règles uniformes prennent en considération divers niveaux de sécurité et reconnaissent les divers effets juridiques et niveaux de responsabilité correspondant aux différents types de services fournis dans le contexte des signatures numériques. S'agissant des autorités de certification, la Commission a certes reconnu la valeur des normes issues du marché, mais il a été largement considéré que le Groupe de travail pourrait utilement envisager l'établissement d'un ensemble minimal de normes que les autorités de certification devraient strictement respecter, en particulier dans les cas de certification transnationale[10].

208. À la présente session, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/446). Elle s'est félicitée des travaux effectués par le Groupe de travail dans la préparation d'un projet de règles uniformes sur les signatures électroniques. Il a été noté que le Groupe de travail avait eu des difficultés manifestes, à ses trente et unième et trente-deuxième sessions, à parvenir à une position commune sur les nouvelles questions juridiques découlant de l'utilisation accrue des signatures numériques et autres signatures électroniques. Il a été également noté qu'il n'y avait toujours pas de consensus sur la manière dont ces questions pourraient être abordées dans un cadre juridique internationalement acceptable. Toutefois, la Commission a estimé, dans l'ensemble, que les progrès accomplis jusqu'ici étaient le signe que le projet de règles uniformes sur les signatures électroniques prenait progressivement la forme d'une structure utilisable. La Commission a réaffirmé la décision qu'elle avait prise à sa trente et unième session sur la faisabilité de la rédaction de telles règles uniformes[11] et s'est déclarée certaine que le Groupe de travail progresserait encore dans ses travaux à sa trente-troisième session (New York, 29 juin-10 juillet 1998) sur la base du projet révisé établi par le Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76). Au cours du débat, la Commission a noté avec satisfaction que le Groupe de travail était désormais considéré comme un forum international particulièrement important pour les échanges de vues sur les problèmes juridiques du commerce électronique et la recherche des solutions correspondantes.

209. La Commission a noté qu'à la fin de la trente-deuxième session du Groupe de travail il avait été proposé que le Groupe envisage à titre préliminaire d'entreprendre l'élaboration d'une convention internationale fondée sur les dispositions de la Loi type et du projet de règles uniformes. Le Groupe de travail avait convenu que ce sujet devrait peut-être être inscrit à l'ordre du jour de sa trente-troisième session, sur la base de propositions plus détaillées que pourraient faire éventuellement les délégations intéressées. La conclusion préliminaire du Groupe de travail avait toutefois été que l'élaboration d'une convention devrait en tout état de cause être considérée comme un projet distinct

[10] Ibid., par. 250.

[11] Ibid., par. 249 et 250.

à la fois de l'élaboration des règles uniformes et de tout autre supplément éventuel à la Loi type. En attendant une décision finale quant à la forme des règles uniformes, la proposition d'élaborer une convention à un stade ultérieur ne devrait pas détourner le Groupe de travail de sa tâche actuelle, qui était de se concentrer sur l'élaboration d'un projet de règles uniformes sur les signatures numériques et autres signatures électroniques, ni de son hypothèse de travail actuelle selon laquelle les règles uniformes prendraient la forme d'un projet de dispositions législatives. Il avait aussi été généralement entendu que l'élaboration éventuelle d'un projet de convention ne devait pas être utilisée comme moyen de revenir sur des questions réglées dans la Loi type, ce qui risquait d'avoir un effet négatif sur l'usage croissant de cet instrument déjà couronné de succès (A/CN.9/446, par. 212).

210. La Commission a noté qu'une proposition précise et détaillée concernant l'élaboration d'une convention avait été présentée par une délégation au Groupe de travail afin qu'il l'examine à une session future (A/CN.9/WG.IV/WP.77). Des opinions divergentes ont été exprimées à ce sujet. Selon un point de vue, une convention fondée sur les dispositions de la Loi type était nécessaire parce qu'il n'était pas certain que cette dernière suffise pour créer un cadre juridique universel pour le commerce électronique. Étant donné la nature de l'instrument, les dispositions de la Loi type étaient susceptibles d'être modifiées par toute législation nationale les adoptant, ce qui compromettrait l'harmonisation souhaitée des règles juridiques applicables au commerce électronique. Le point de vue opposé était que, étant donné l'évolution rapide du support technique du commerce électronique, le sujet ne se prêtait pas aisément à l'approche rigide typique d'une convention internationale. Il a été souligné que la Loi type avait une valeur particulière en tant qu'ensemble de principes qui pouvaient être repris dans la législation nationale sous diverses formulations pour tenir compte du recours croissant au commerce électronique.

211. L'avis qui a prévalu a été qu'il serait prématuré d'entreprendre l'élaboration de la convention proposée. Plusieurs délégations ont déclaré que des projets de réformes juridiques fondés sur les dispositions de la Loi type étaient en cours dans leurs pays. Il fallait craindre que l'élaboration d'une convention internationale fondée sur la Loi type ne nuise à la mise en vigueur largement répandue de la Loi type elle-même qui, deux ans seulement après son adoption par la Commission, s'appliquait déjà dans un nombre considérable de pays. En outre, on a estimé généralement que le Groupe de travail ne devait pas se détourner de sa tâche actuelle, qui était de préparer un projet de règles uniformes sur les signatures électroniques, conformément à la décision prise par la Commission. Une fois cette tâche terminée, le Groupe de travail aurait tout le loisir, dans le cadre de la fonction consultative qu'il exerce en matière de commerce électronique, de faire à la Commission des propositions de travaux futurs dans ce domaine. Les partisans d'une convention ont estimé que le sujet devrait éventuellement être de nouveau examiné à une session ultérieure de la Commission et dans le cadre du Groupe de travail, peut-être lors de consultations officieuses. Il a été rappelé que, s'il n'était pas exclu qu'une convention soit rédigée dans l'avenir, d'autres sujets avaient également été proposés, notamment les questions relatives à la compétence au droit applicable et au règlement des différends sur l'Internet[12].

B. Incorporation par référence

212. À différents stades de l'élaboration de la Loi type, on avait suggéré d'insérer dans le texte une disposition tendant à ce que certaines conditions pouvant être incorporées dans un message de données par simple référence se voient reconnaître les mêmes effets juridiques que si elles avaient été formulées intégralement dans le message. Cette technique était généralement appelée "incorporation par référence"[13].

213. À sa trentième session, en mai 1997, la Commission a entériné la conclusion adoptée par le Groupe de travail à sa trente et unième session, selon laquelle de nombreux aspects liés au conflit de formulaires et aux contrats d'adhésion devraient relever des législations nationales applicables pour des raisons touchant, par exemple, à la protection des consommateurs et à d'autres considérations d'intérêt général (voir A/CN.9/437, par. 155)[14].

214. À sa trente-deuxième session, le Groupe de travail avait examiné la question de l'incorporation par référence à partir des divers textes qu'il avait été proposé d'ajouter éventuellement à la Loi type. Ses débats à ce sujet étaient résumés dans son rapport sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/446, par. 14 à 23), où figurait également le texte des diverses propositions examinées. À l'issue de ces débats, le Groupe de travail avait adopté le texte du projet de disposition ci-après:

> "L'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle est incorporée par référence dans un message de données."

Le Groupe de travail avait décidé que ce projet de disposition devait être soumis à la Commission pour qu'elle l'examine et qu'elle l'incorpore éventuellement dams la Loi type en tant que nouvel article 5 *bis*; il avait prié le Secrétariat de rédiger une note explicative qui serait ajoutée dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type (A/CN.9/446, par. 24). Un projet de texte établi conformément à cette décision pour insertion éventuelle

[12]Ibid., par. 251.

[13]Pour d'autres informations sur l'incorporation par référence, voir les documents suivants, correspondant aux travaux de la Commission et du Groupe de travail sur le commerce électronique et aux notes établies par le Secrétariat sur la question : Ibid., par. 248 à 250; ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 217* (A/51/17), par. 222 et 223; A/CN.9/450; A/CN.9/446, par. 14 à 24; A/CN.9/437, par. 151 à 155; A/CN.9/421, par. 109 et 114; A/CN.9/407, par. 100 à 105 et 117; A/CN.9/406, par. 90, 178 et 179; A/CN.9/360, par. 90 à 95; A/CN.9/350, par. 95 et 96; A/CN.9/333, par. 66 à 68; A/CN.9/WG.IV/WP.74; A/CN/9/WG.IV/WP.71, par. 77 à 93; A/CN.9/WG.IV/WP.69, par. 30, 53, 59, 60 et 91; A/CN.9/WG.IV/WP.66; A/CN.9/WG.IV/WP.65; A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 109 à 113; et A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 77 et 78.

[14]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/52/17 et Corr. 1), par. 249 à 251.

dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type figure à l'annexe II de la note établie par le Secrétariat (A/CN.9/450).

215. À la présente session, la Commission a noté que le texte adopté par le Groupe de travail correspondait à une approche minimaliste de la question de l'incorporation par référence. D'après les délibérations antérieures du Groupe de travail (A/CN.9/437, par. 155 et A/CN.9/446, par. 14 à 23), ce texte ne cherchait pas à unifier les règles applicables du droit national sur la question. Au contraire, il réaffirmait, à propos de l'incorporation par référence, le principe général de non-discrimination énoncé à l'article 5 de la Loi type. Le texte adopté par le Groupe de travail visait à faciliter l'incorporation par référence dans le commerce électronique en éliminant l'incertitude pouvant exister dans certaines juridictions quant à savoir si les règles applicables à l'incorporation par référence traditionnelle dans les documents papier s'appliquaient également dans un environnement électronique. Le texte cherchait aussi à marquer clairement qu'il ne devait pas être porté atteinte aux lois sur la protection des consommateurs ni à d'autres lois nationales ou internationales impératives (comme les règles protégeant les parties plus faibles dans les contrats d'adhésion).

216. La Commission a en général estimé que, dans sa forme actuelle, le texte présupposait que les États adoptants avaient une certaine connaissance de la notion d'incorporation par référence. Toutefois, bien que l'expression "incorporation par référence" ait été employée invariablement par le Groupe de travail pour désigner de manière concise une série complexe de situations de droit et de fait, elle n'avait pas nécessairement le même sens dans tous les États adoptants. Pour aplanir les difficultés qui pourraient surgir dans l'interprétation du texte, on a suggéré d'utiliser une formule plus descriptive comme la suivante, calquée sur la formulation adoptée par le Groupe de travail :

> "L'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle n'est pas incorporée dans le message de données supposé produire ces effets juridiques, mais qu'il y est uniquement fait référence."

217. Plusieurs autres libellés ont été proposés, exprimant de manière plus positive les effets à donner à l'incorporation par référence. Toutefois, on a généralement estimé que toute tentative d'établir une règle positive sur les problèmes de l'incorporation par référence pourrait entrer en conflit avec des règles du droit national en vigueur sur la question. La Commission est convenue généralement qu'il fallait éviter tout conflit de ce type et que la position minimaliste adoptée par le Groupe de travail devait être maintenue. Au cours de ce débat, il a été estimé, toutefois, qu'une disposition sur l'incorporation par référence fondée sur une telle approche était tout à fait inutile.

218. Après un débat, la Commission a estimé que, sur le fond, le texte proposé (voir par. 216 ci-dessus) était généralement acceptable. Sur la forme, on a jugé souhaitable que la disposition indique plus clairement que l'incorporation par référence devait être distinguée d'une simple référence. On a proposé le texte suivant :

> "L'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle n'est pas incorporée dans le message de données supposé produire ces effets juridiques, mais qu'il y est fait référence dans le message de données comme faisant partie de ce message."

219. Après un débat, la Commission a décidé de retenir la proposition initiale (voir par. 216 ci-dessus) en remplaçant, dans le texte anglais, le mot *"purported"* par le mot *"purporting"*.

220. Quant à l'endroit où devrait figurer la disposition supplémentaire, on a suggéré que le texte devrait constituer la nouvelle partie III de la Loi type, mais il a été généralement admis qu'il valait mieux en faire un nouvel article 5 *bis*, comme l'avait proposé le Groupe de travail.

221. À propos du projet de section supplémentaire à insérer dans le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type (voir A/CN.9/450, annexe II) établi par le Secrétariat, ce dernier a été prié de veiller à ce que le texte indique clairement que l'article 5 bis nouvellement adopté ne devait pas être interprété comme créant un régime juridique spécial pour l'incorporation par référence dans un environnement électronique. Au contraire, en posant le principe de la non-discrimination, il devait s'interpréter comme rendant les règles du droit interne applicables à l'incorporation par référence dans un environnement papier également applicable à l'incorporation par référence aux fins du commerce électronique.

IV. FINANCEMENT PAR CESSION DE CRÉANCES

222. Il a été rappelé que la Commission avait examiné les questions juridiques relatives à la cession de créances de sa vingt-sixième à sa vingt-huitième session (1993 à 1995)[15] et qu'elle avait chargé, à sa vingt-huitième session, en 1995, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de préparer une loi uniforme sur le financement par cession de créances[16].

223. Le Groupe de travail a commencé ses travaux à sa vingt-quatrième session (Vienne, 13 au 24 novembre 1995) et les a poursuivis à ses vingt-cinquième et vingt-sixième sessions (respectivement tenues à New York du 8 au 19 juillet 1996 et à Vienne du 11 au 22 novembre 1996). Il a été noté qu'à sa vingt-quatrième session le Groupe de travail avait été instamment prié de s'efforcer d'élaborer un texte juridique qui ait pour effet d'accroître l'offre de crédits à des taux plus bas (A/CN.9/420, par. 16). En outre, il a été noté qu'à ses vingt-cinquième et vingt-sixième

[15] Ibid., *quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 297 à 301; ibid., *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr. 1), par. 208 à 214; et ibid., *cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 374 à 381.

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

sessions le Groupe de travail avait décidé, à titre d'hypothèse de travail, que le texte à élaborer revêtirait la forme d'une convention (A/CN.9/432, par. 28) et qu'il comprendrait des dispositions du droit international privé (A/CN.9/434, par. 262).

224. À sa trente et unième session, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-septième et de sa vingt-huitième sessions (A/CN.9/445 et A/CN.9/447). Dès le début, la Commission a noté que les travaux menés par ce groupe sur le financement par cession de créances avaient suscité l'intérêt de la communauté financière et commerciale internationale, car ils étaient susceptibles d'accroître l'accès à un crédit meilleur marché. En outre, elle a noté que le Groupe de travail avait beaucoup progressé sur un certain nombre d'autres questions, dont la validité de la cession de créances futures et de créances non identifiées individuellement (par exemple les cessions globales), ainsi que les cessions effectuées malgré l'existence d'une clause de non-cession figurant dans le contrat au titre duquel des créances sont cédées et les questions relatives à la protection du débiteur. En particulier, la Commission a noté qu'à sa vingt-huitième session le Groupe de travail avait adopté des dispositions traitant de la relation entre cédant et cessionnaire ainsi que des dispositions traitant de la protection du débiteur (respectivement projets d'articles 14 à 16 et 18 à 22), et qu'il avait prié le Secrétariat de remanier la disposition ayant trait au droit du cessionnaire à recevoir paiement et aux questions liées au produit des créances (projet d'article 17; voir A/CN.9/447, respectivement par. 161 à 164, et 68).

225. Parallèlement, il a été noté qu'un certain nombre de questions n'étaient toujours pas réglées, notamment celles ayant trait au champ d'application du projet de Convention, les questions d'ordre public se posant dans le cadre de la protection du débiteur, les conflits de priorité entre plusieurs ayants droit et les questions de droit international privé.

226. Pour ce qui est du champ d'application, de nombreux intervenants ont considéré qu'il était trop étendu et qu'il devrait être limité aux créances contractuelles cédées en vue d'obtenir un financement. On a fait observer qu'une telle approche serait conforme à l'objectif général du projet, qui était de faciliter la cession de créances à des fins de financement et d'augmenter ainsi l'offre de crédit bon marché. En outre, il a été déclaré que, dans le cadre de cette approche, le projet de Convention serait plus acceptable pour un certain nombre d'États qui étaient prêts à adopter une législation particulière en vue de répondre aux besoins en matière de transactions financières modernes, mais non à refondre complètement leurs lois sur la cession de créances. De surcroît, une telle approche permettrait de ne pas toucher aux pratiques qui fonctionnaient déjà de façon satisfaisante sur la base de règles bien établies. En ce qui concerne la portée territoriale du projet de Convention, on a fait remarquer qu'une solution fondée sur le principe du choix de la loi tel qu'il est appliqué dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ne serait pas appropriée.

227. Pour ce qui est des questions d'ordre public, on a fait observer qu'il serait préférable d'introduire, dans le projet de Convention, un seuil de protection du débiteur suffisamment élevé pour répondre aux préoccupations de tous les États et faire en sorte que ceux-ci n'aient pas à recourir à une réserve générale d'ordre public, ce qui risquerait de porter atteinte à la certitude découlant du projet de Convention et aurait ainsi des effets négatifs sur le coût et la disponibilité du crédit.

228. S'agissant des conflits de priorité, un large appui a été exprimé en faveur de l'approche adoptée dans le projet de Convention consistant à combiner des règles de fond et des règles de droit international privé en matière de priorité. Il a été déclaré que permettre aux États de choisir, au moyen d'une déclaration, entre une règle de priorité fondée sur le moment de la cession et une règle fondée sur le moment de l'enregistrement, qui ne prendrait effet qu'après la mise en place d'un système d'enregistrement approprié, aurait pour effet de rendre plus acceptable le projet de Convention.

229. S'agissant des dispositions du droit international privé figurant dans le projet de Convention, la Commission a noté avec satisfaction qu'une réunion d'experts avait été organisée par la Conférence de La Haye de droit international privé en coopération avec le Secrétariat de la Commission. Elle a constaté que, lors de cette réunion, il avait été confirmé que les dispositions du droit international privé relatives à la priorité figurant dans le projet de Convention seraient appropriées, sous réserve que leur application se limite aux transactions entrant dans le champ d'application du projet de Convention. En outre, il a été noté que le bureau permanent de la Conférence élaborerait un rapport sur cette réunion, qu'il présenterait au Groupe de travail (voir aussi par. 269 et 270 ci-dessous).

230. Au cours de la discussion, un large appui a été exprimé en faveur de l'hypothèse de travail du Groupe de travail selon laquelle le texte à élaborer revêtirait la forme d'une convention. Il a été déclaré que, compte tenu des différences existant entre les différents systèmes juridiques en matière de cession, une convention assurerait le degré approprié d'unification en assurant la certitude et la prévisibilité nécessaires pour que des crédits soient octroyés sur la base de créances.

231. La Commission s'est félicitée des travaux accomplis et a prié le Groupe de travail de poursuivre sa tâche sans délai en vue de l'achever en 1999 et de présenter le projet de Convention pour adoption par la Commission à sa trente-troisième session (2000).

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

232. Il a été rappelé que la Commission, à sa vingt-huitième session, en 1995, avait approuvé le projet, entrepris en commun avec le Comité D de l'Association

internationale du barreau, visant à suivre l'application, dans les lois nationales, de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)[17]. On a souligné que le projet, tel qu'il avait été approuvé par la Commission, se limitait à cet objectif et, en particulier, n'avait pas pour but de suivre toutes les décisions judiciaires appliquant la Convention. Afin de pouvoir établir un rapport sur la question, le Secrétariat avait envoyé aux États parties à la Convention un questionnaire relatif au régime juridique régissant, dans ces États, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

233. Jusqu'à la présente session de la Commission, le Secrétariat avait reçu 54 réponses. La Commission a exhorté les États parties à la Convention qui n'avaient pas encore répondu au questionnaire à le faire le plus rapidement possible ou, au besoin, à informer le Secrétariat de tout fait nouveau survenu depuis leur réponse précédente. Le Secrétariat a été prié d'établir, pour une prochaine session de la Commission, une note présentant les conclusions tirées de l'analyse des renseignements ainsi recueillis.

234. Au cours du débat, on a fait remarquer que la Convention constituait désormais un facteur essentiel de facilitation du commerce international et que, outre l'incorporation de la Convention dans la législation, la Commission aurait intérêt à examiner aussi son interprétation. L'examen de cet aspect, ainsi que les renseignements que le Secrétariat établirait pour cet examen serviraient à promouvoir la Convention et à en faciliter l'utilisation par les praticiens. On a souligné que les renseignements sur l'interprétation de la Convention n'étaient pas disponibles dans toutes les langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, si bien que la Commission était l'organe le plus indiqué pour les rassembler. La Commission n'a pris aucune décision concernant cette proposition.

235. Il a été noté que, dans le courant de la session, le 10 juin 1998, la Commission organiserait une "Journée de la Convention de New York" pour célébrer le quarantième anniversaire de la Convention (voir par. 257 ci-dessous); on se pencherait aussi, à cette occasion, sur les aspects juridiques non couverts par la Convention et à propos desquels la Commission voudrait déterminer peut-être s'il est souhaitable et possible qu'elle entreprenne des travaux et, dans l'affirmative, sous quelle forme. La Commission a estimé qu'il serait utile d'envisager la possibilité de travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage à sa trente-deuxième session, en 1999, et elle a prié le Secrétariat d'établir, pour ladite session, une note sur la base de laquelle la Commission examinerait cette possibilité. Les délibérations de la Journée de la Convention de New York et celles du Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial (Paris, 3-6 mai 1998) pourraient être prises en compte pour l'établissement de la note.

[17]Ibid., par. 401 à 404 et ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 238 à 243.

VI. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX INSTRUMENTS DE LA CNUDCI

236. La Commission a noté avec satisfaction que, depuis sa trentième session (1997), cinq compilations supplémentaires de sommaires de décisions judiciaires et de sentences arbitrales relatives à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international avaient été publiées (A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/13-17). Elle a noté aussi avec satisfaction qu'un moteur de recherche avait été mis en place sur le site Web du Secrétariat de la CNUDCI (http://www.un.or.at/uncitral) en vue de permettre aux utilisateurs du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI d'effectuer des recherches dans les textes des décisions et autres documents du Recueil. Le Secrétariat a été encouragé à poursuivre ses efforts visant à rendre plus accessibles les documents de la CNUDCI sur l'Internet dans les six langues officielles de l'Organisation.

237. La Commission a aussi noté 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 officielles de l'ONU et les publier dans les six langues officielles de l'Organisation, adresser sur demande les sommaires et le texte intégral des décisions et des sentences aux parties intéressées et assurer la mise en place et le bon fonctionnement du moteur de recherche pour le Recueil de jurisprudence, avait considérablement augmenté du fait de la multiplication des décisions et des sentences figurant dans le Recueil. La Commission a en conséquence demandé que des ressources suffisantes soient mises à la disposition de son secrétariat pour lui permettre d'assurer l'exploitation efficace du Recueil de jurisprudence.

238. La Commission a rendu hommage aux correspondants nationaux et au Secrétariat pour leur travail et a instamment prié les États de coopérer avec le Secrétariat pour assurer l'exploitation du Recueil de jurisprudence et de faciliter la tâche des correspondants nationaux. Elle a souligné l'importance du Recueil de jurisprudence pour la promotion de l'application uniforme des textes juridiques résultant de ses travaux. On s'est accordé à reconnaître que le Recueil, qui était publié dans les six langues officielles de l'Organisation, constituait un outil inestimable pour les praticiens, les universitaires et les responsables des administrations. Afin que le Recueil de jurisprudence devienne un système couvrant de façon exhaustive toute la jurisprudence disponible sur les instruments de la CNUDCI, la Commission a instamment prié les États qui n'avaient pas encore nommé un correspondant national de le faire. Elle a en outre instamment prié les États de veiller à ce que les informations figurant dans le Recueil soient mises à la disposition des juges, des arbitres, des praticiens et des universitaires dans le pays.

VII. FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE

239. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/448) présentant les activités entreprises depuis la

dernière session et esquissant l'orientation des futures activités prévues. Il a été noté que les séminaires et missions d'information de la CNUDCI à l'intention des fonctionnaires avaient pour but d'expliquer les principales caractéristiques et l'intérêt des instruments de droit commercial international mis au point par la CNUDCI.

240. Il a été indiqué que des séminaires et des missions d'information avaient été organisés depuis la dernière session à Stellenbosch (Afrique du Sud), le 11 mars 1997; à Cartagena, les 14 et 15 avril 1997; et à Bogota, les 17 et 18 avril 1997; à Quito, les 21 et 22 avril 1997; à Lima, du 24 au 26 avril 1997; à Thessalonique (Grèce), les 12 et 13 septembre 1997; à Nicosie, les 9 et 10 octobre 1997; à Doubaï, le 10 décembre 1997; et à La Valette, les 24 et 25 février 1998. Le Secrétariat a indiqué que, pour le reste de l'année 1998 et jusqu'à la prochaine session de la Commission, en mai 1999, des séminaires et des missions d'information étaient prévus en Afrique, en Amérique latine, en Asie et en Europe orientale.

241. La Commission a remercié le Secrétariat pour les activités entreprises depuis la dernière session et souligné combien le programme de formation et d'assistance technique était important pour mieux faire connaître ses travaux et diffuser des informations sur les textes juridiques qu'elle avait élaborés. On a fait observer que les séminaires et les missions d'information étaient particulièrement utiles aux 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'un droit commercial uniforme, en particulier des textes juridiques établis par la CNUDCI, pour les nombreux pays ayant entamé un effort d'intégration économique, et elle a souligné le rôle important que pouvaient jouer à cet égard les activités de formation et d'assistance technique du Secrétariat.

242. La Commission a noté que l'assistance technique offerte par le Secrétariat pouvait prendre des formes diverses : examen de projets préliminaires de textes de loi, aide à l'élaboration de projets de loi, commentaires sur les rapports des commissions de réforme du droit, réunions d'information à l'intention des législateurs, des juges, des arbitres et d'autres utilisateurs finals des textes juridiques de la CNUDCI incorporés dans le droit interne. Elle a encouragé le Secrétariat à trouver des moyens de tenir compte de l'augmentation continue et sensible de l'importance qu'accordaient les gouvernements, les milieux d'affaires nationaux et internationaux et les organismes d'aide multilatérale et bilatérale à l'amélioration du cadre juridique du commerce et de l'investissement internationaux.

243. 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 des situations dans lesquelles l'assistance internationale risquerait de conduire à l'adoption, au niveau national, de lois qui ne correspondraient pas aux normes convenues au niveau international, notamment aux conventions et aux lois types de la CNUDCI.

244. La Commission a noté avec satisfaction les contributions versées par la Grèce et la Suisse au titre du programme de séminaires. Elle a également exprimé ses remerciements aux autres États et organisations qui avaient contribué à son programme de formation et d'assistance technique en accueillant des séminaires. Soulignant l'importance des ressources extrabudgétaires pour le financement des activités de formation et d'assistance technique, la Commission a de nouveau appelé tous les États, les organisations internationales et les autres entités intéressées à envisager de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI, afin de faciliter la planification et de permettre au Secrétariat de faire face à la demande croissante de formation et d'assistance technique émanant des pays en développement et des États nouvellement indépendants.

245. D'aucuns se sont dits préoccupés par le fait que la majorité des participants au programme de stages du Secrétariat était composée de ressortissants de pays développés. Il a été demandé à tous les États d'envisager de soutenir les programmes encourageant la participation de ressortissants de pays en développement au programme de stages.

VIII. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI

246. Sur la base d'une note du Secrétariat (A/CN.9/449), 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). Elle a noté avec satisfaction les nouvelles mesures prises par les États après le 30 mai 1997 (date de la clôture de la trentième session de la Commission) concernant les instruments ci-après :

a) *Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, conclue à New York le 14 juin 1974 et modifiée par le Protocole du 11 avril 1980.* Nouvelles mesures : République de Moldova; nombre d'États parties : 17;

b) *Convention [non modifiée] sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974).* Nouvelles mesures : République de Moldova; nombre d'États parties : 23;

c) *Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg).* Nombre d'États parties : 25;

d) *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980).* Nouvelles mesures : Croatie, Grèce, Lettonie et Mongolie; nombre d'États parties : 52;

e) *Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988).* Deux États étaient parties à la

Convention. Il fallait huit adhésions supplémentaires pour qu'elle entre en vigueur;

f) *Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991).* Un État était partie à la Convention. Il fallait quatre adhésions supplémentaires pour qu'elle entre en vigueur;

g) *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 1995).* Deux États étaient parties à la Convention. Il fallait trois adhésions supplémentaires pour qu'elle entre en vigueur;

h) *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, 1985.* Nouveaux pays qui avaient adopté une législation fondée sur la Loi type : Allemagne, Iran (République islamique d'), Lituanie et Oman;

i) *Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, 1992;*

j) *Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, 1994.* Nouveaux pays qui avaient adopté une législation fondée sur la Loi type : Kirghizistan et Slovaquie;

k) *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, 1996;*

l) *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, 1997;*

m) *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958).* Nouvelles mesures : Arménie, El Salvador, Liban, Népal et Paraguay; nombre d'États parties : 117.

247. On s'est félicité des mesures législatives prises sur la base des textes élaborés par la Commission. Il a été demandé aux États qui avaient adopté ou étaient sur le point d'adopter une loi type élaborée par la Commission ou qui envisageaient de prendre des mesures législatives concernant une Convention issue des travaux de la Commission d'en informer le Secrétariat de la Commission. Une telle information pourrait être utile aux autres États qui envisageaient des mesures législatives analogues. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by ont été mentionnées comme exemple d'instruments pour lesquels ce type d'information serait particulièrement souhaitable.

248. Les représentants et observateurs d'un certain nombre d'États ont indiqué que des mesures officielles étaient envisagées en vue d'adhérer aux diverses conventions et d'adopter des lois fondées sur les différentes lois types élaborées par la CNUDCI.

249. Il a été noté que malgré l'intérêt et l'utilité universels de ces textes, de nombreux États n'en avaient pas encore adopté un seul. Si l'on considère que les textes législatifs issus des travaux de la Commission bénéficiaient de l'appui d'un grand nombre de praticiens et d'universitaires dans des pays ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents, le rythme d'adoption de ces instruments n'était pas suffisamment rapide. Un appel a été lancé aux représentants et observateurs participant aux réunions de la Commission et de ses groupes de travail pour qu'ils contribuent, dans la mesure où ils le jugeaient eux-mêmes approprié, à faciliter l'examen des textes de la Commission par les organes législatifs de leurs pays respectifs.

IX. RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE SUR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION

250. La Commission a pris note avec satisfaction de la résolution 52/158 de l'Assemblée générale, en date du 15 décembre 1997, dans laquelle l'Assemblée savait gré à la Commission d'avoir mis au point et adopté la Loi type sur l'insolvabilité internationale. Au paragraphe 3 de cette même résolution, l'Assemblée avait recommandé à tous les États d'examiner leur législation régissant les aspects internationaux de l'insolvabilité afin de s'assurer qu'elle répondait aux objectifs d'un régime moderne et efficace en la matière et, à l'occasion de cet examen, d'envisager favorablement la Loi type en tenant compte de la nécessité de disposer d'une législation harmonisée au plan international qui régisse les cas d'insolvabilité internationale.

251. La Commission a aussi pris note avec satisfaction de la résolution 52/157 de l'Assemblée générale, datée également du 15 décembre 1997, relative au rapport de la Commission sur les travaux de sa trentième session, tenue en 1997. Il a été noté en particulier qu'au paragraphe 6 de la résolution l'Assemblée avait réaffirmé 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 et, à cet égard, avait engagé tous les organismes des Nations Unies et invité 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; elle avait en outre recommandé à la Commission de continuer, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres organes et organismes internationaux, y compris les organismes régionaux qui s'occupaient du droit commercial international.

252. La Commission s'est également félicitée de la décision de l'Assemblée générale de réaffirmer, au paragraphe 7 de sa résolution 52/157, 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, pour l'élaboration de législations nationales fondées sur les textes juridiques issus de ses travaux et d'affirmer, au paragraphe 8 de cette même résolution, qu'il était 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.

253. La Commission a aussi constaté avec satisfaction que l'Assemblée générale, à l'alinéa *b* du paragraphe 8 de sa résolution 52/157, avait invité 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 et, le cas échéant, à financer des projets spéciaux. De plus, il a été noté qu'au paragraphe 9 de cette même résolution l'Assemblée générale avait engagé le Programme des Nations Unies pour le développement et d'autres organismes responsables de l'aide au développement, tels que la Banque mondiale 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.

254. On s'est par ailleurs félicité que l'Assemblée générale, au paragraphe 10 de sa résolution 52/157, ait invité 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 l'octroi d'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, pour assurer la pleine participation de tous les États Membres aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail. (Ce fonds d'affectation spéciale avait été établi en application de la résolution 48/32 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1993.) La Commission a noté avec satisfaction qu'au paragraphe 11 l'Assemblée générale avait décidé de continuer à envisager, dans le cadre de la grande commission compétente au cours de sa cinquante-deuxième session, d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays les moins avancés qui étaient membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général.

255. La Commission s'est félicitée de ce que l'Assemblée générale, au paragraphe 12 de cette même résolution, ait prié le Secrétaire général de veiller à l'application effective du programme de la Commission. La Commission espérait, en particulier, que des ressources suffisantes seraient allouées au Secrétariat pour lui permettre de faire face à la demande accrue de formation et d'assistance. Elle a toutefois déploré qu'en dépit de la demande de l'Assemblée son secrétariat n'ait pas, en général, les moyens de financer la publication de l'Annuaire de la CNUDCI et des brochures où figuraient les textes issus de ses travaux.

256. La Commission a enfin noté avec satisfaction que l'Assemblée générale, au paragraphe 13 de sa résolution, avait souligné qu'il importait de donner effet aux conventions issues des travaux de la Commission et, à cette fin, avait invité instamment les États qui ne l'avaient pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer.

X. JOURNÉE DE LA CONVENTION DE NEW YORK ET COLLOQUE D'INFORMATION SUR LE DROIT COMMERCIAL UNIFORME

257. À sa trente et unième session, le 10 juin 1998, la Commission a organisé la Journée de la Convention de New York pour célébrer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958). Outre les représentants des États membres de la Commission et des observateurs, quelque 300 invités ont participé à cette célébration. L'allocution d'ouverture a été faite par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. En sus des allocutions des anciens participants de la conférence diplomatique qui a adopté la Convention, des experts éminents des questions d'arbitrage ont présenté des exposés sur des questions liées à l'importance de la Convention; sa promotion, son adoption et son application; l'interaction entre la Convention et d'autres textes juridiques internationaux sur l'arbitrage commercial international (tels que la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Genève, 1961); et les questions juridiques dont la Convention ne traitait pas. Dans ces exposés, plusieurs propositions ont été avancées afin de présenter à la Commission certains problèmes mis en évidence dans la pratique de façon qu'elle puisse déterminer s'il serait souhaitable et faisable qu'elle les examine (voir aussi par. 235 ci-dessus).

258. Le 11 juin 1998, la Commission a tenu le Colloque d'information sur le droit commercial uniforme, auquel ont participé des représentants des États membres de la Commission et des observateurs, ainsi que quelque 250 invités. Des experts de renom y ont présenté leurs vues et leurs commentaires sur les questions juridiques touchant au commerce électronique, les projets d'infrastructure à financement privé, le financement par cession de créances et l'insolvabilité internationale. Le Colloque avait pour but de fournir des informations succinctes sur les thèmes d'actualité dans ces domaines juridiques et d'échanger des vues qui pourraient être utiles à la Commission pour examiner ces questions.

259. La Commission a exprimé le souhait que le Secrétariat publie, aussi rapidement que possible, un rapport sur la Journée de la Convention de New York, ainsi qu'un rapport sur le Colloque d'information.

XI. COORDINATION ET COOPÉRATION

A. Droit des transports

260. Il a été rappelé qu'à la trentième session (26 février-8 mars 1996) du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées (rebaptisé par la suite Groupe de travail sur le commerce électronique) on avait observé dans divers contextes que les lois nationales et les conventions internationales existantes comportaient de sérieuses lacunes en ce qui concernait 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, ainsi que la situation juridique des organismes qui finançaient une partie au contrat de transport. Certains États avaient des dispositions concernant ces questions mais leur caractère disparate et leur absence, dans de nombreux États, constituaient un obstacle à la libre circulation des biens et augmentaient le coût des transactions. Le recours de plus en plus fréquent aux moyens de communication électroniques dans le cadre du transport de marchandises aggravait encore les conséquences de ces lois fragmentaires et disparates et rendait nécessaire l'adoption de dispositions uniformes traitant les questions en rapport avec l'utilisation des nouvelles technologies[18].

261. Compte tenu de ces considérations, il avait été proposé, à la vingt-neuvième session de la Commission, en 1996, d'inscrire au programme de travail de la Commission l'examen des pratiques et des lois actuelles en matière de transport international de marchandises par mer en vue de déterminer les domaines dans lesquels il était nécessaire d'adopter des règles uniformes et d'uniformiser davantage les lois existantes. Il avait été suggéré à cette session que le Secrétariat soit prié de demander non seulement aux gouvernements, mais aussi, en particulier, aux organisations intergouvernementales et non gouvernementales représentant les divers intérêts en jeu dans le transport international des marchandises par mer d'exprimer leurs vues et de formuler des suggestions. On estimait qu'une analyse de ces vues et suggestions permettrait au Secrétariat de présenter, à une prochaine session, un rapport grâce auquel la Commission pourrait se prononcer en toute connaissance de cause sur la marche à suivre. Les informations recueillies à cette fin par le Secrétariat devraient porter sur une large gamme de questions touchant au transport de marchandises par mer ainsi que des domaines connexes comme les opérations effectuées par les exploitants de terminaux de transport et le transport multimodal.

262. Plusieurs réserves avaient été émises à cette session à propos de cette suggestion. Tout d'abord, les questions à traiter étaient nombreuses et complexes, ce qui risquait de grever excessivement les ressources limitées du Secrétariat. En outre, étant donné que différents traités régissant la responsabilité dans le cadre du transport de marchandises par mer continuaient de coexister et que les États étaient lents à adhérer à la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer (Règles de Hambourg), il était peu probable qu'un nouveau traité permette d'harmoniser davantage les lois. Enfin, on avait souligné que toute entreprise qui consiste à réexaminer le régime de responsabilité risquait fort de décourager les États d'adhérer aux Règles de Hambourg, résultat pour le moins fâcheux. Il avait été signalé que, si une quelconque analyse devait être effectuée, il fallait en exclure le régime de responsabilité, car les Règles de Hambourg avaient déjà apporté des solutions modernes. En réponse à cet argument, on avait cependant fait valoir que si certains aspects liés à la responsabilité pouvaient être concernés, le réexamen du régime de responsabilité n'était pas le principal objectif des travaux envisagés. Il fallait plutôt apporter des solutions modernes aux questions qui n'étaient pas abordées dans les traités de manière satisfaisante ou qui n'étaient pas du tout abordées.

263. Les avis divergeant, la Commission n'avait pas, pour le moment, inscrit l'examen des points suggérés à son ordre du jour. Elle avait toutefois décidé que le Secrétariat centraliserait la collecte d'informations, d'idées et d'opinions concernant les problèmes qui se posaient dans la pratique et les solutions que l'on pouvait y apporter. Pour cette opération, qui devait être aussi étendue que possible, il convenait de faire appel non seulement aux gouvernements, mais aussi aux organisations internationales qui représentaient les secteurs commerciaux intervenant dans le transport de marchandises par mer, telles que le Comité maritime international, la Chambre de commerce internationale, l'Union internationale d'assurances transports, la Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés, la Chambre internationale de la marine marchande et l'Association internationale des ports.

264. À sa trente et unième session, la Commission a entendu une déclaration faite au nom du Comité maritime international dans laquelle celui-ci se félicitait de l'invitation à coopérer avec le Secrétariat pour obtenir les vues des secteurs intervenant dans le transport international des marchandises et analyser ces informations afin de permettre à la Commission de se prononcer en toute connaissance de cause sur la marche à suivre.

265. Il a été dit que les travaux exploratoires ne seraient pas axés sur le régime de responsabilité mais consisteraient plutôt en un examen général des problèmes et besoins actuels résultant des pratiques commerciales modernes en matière de transport international des marchandises et de l'utilisation de nouvelles méthodes de transport et de communication. La Commission a été informée que le Comité maritime international avait déjà pris des mesures, en consultation avec le Secrétariat, en vue d'organiser la collecte et l'analyse des informations en question. On ferait d'emblée appel à un large éventail d'organisations internationales concernées par le transport international de marchandises. Une approche aussi approfondie et diversifiée demandait du temps mais était jugée indispensable pour obtenir des informations complètes et précises au sujet des pratiques et problèmes actuels et pour parvenir à déterminer, en tenant compte de toutes les données, s'il était souhaitable et réaliste de rechercher des solutions juridiques harmonisées sur le plan international.

266. La Commission a fermement approuvé les travaux exploratoires entrepris par le Comité maritime international et le Secrétariat. Elle a remercié le Comité d'avoir accepté de se lancer dans cet important projet d'envergure, pour lequel aucun précédent ou presque n'existait au niveau international. Elle espérait être informée des progrès accomplis et pouvoir examiner les opinions et suggestions qui seraient formulées.

267. Ensuite, une déclaration a été faite au nom de l'Association internationale des ports, en faveur de l'étude

[18]Ibid., par. 210 et A/CN.9/421, par. 104 à 108.

de l'impact des nouvelles méthodes de transport sur le droit régissant le transport des marchandises et exprimant la volonté de contribuer à la recherche de solutions juridiques harmonisées.

B. Commerce et développement

268. Un représentant de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a rappelé plusieurs exemples de coopération avec la Commission. Celle-ci a été informée que la CNUCED souhaitait coopérer avec elle au sujet des règles régissant le commerce électronique. La CNUCED s'intéressait en particulier aux moyens de mieux intégrer les pays en développement au commerce électronique international. On espérait que le Secrétariat de la Commission serait en mesure de participer aux activités qu'elle entreprendrait dans ce domaine. Outre le commerce électronique, la collaboration entre les deux organisations pouvait s'étendre à des domaines tels que le règlement des différends relatifs au commerce et aux investissements. La Commission a salué les travaux de la CNUCED, a réaffirmé son souhait de coopérer avec elle et a approuvé l'idée d'établir des plans de coopération entre les secrétariats des deux organisations.

C. Droit international privé régissant le financement par cession de créances

269. La Commission a été informée que la Conférence de La Haye de droit international privé avait organisé, en coopération avec le Secrétariat, une réunion d'experts à La Haye en vue d'examiner les questions de droit international privé soulevées par le projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement sur lequel travaillait le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de la Commission. À cette réunion, les experts avaient examiné les questions de droit international privé soulevées par les dispositions de fond du projet de Convention; les dispositions du droit international privé relatives à la priorité qui complétaient les dispositions de fond en la matière figurant dans le projet de Convention; et les dispositions du droit international privé que l'on pouvait également appliquer à des transactions n'entrant pas dans le champ d'application du projet de Convention. En outre, en vue d'aider le Groupe de travail de la CNUDCI, le Bureau de la Conférence établirait à son intention un rapport sur la réunion d'experts.

270. La Commission s'est félicitée de la coopération avec la Conférence de La Haye. On a estimé que cette coopération était nécessaire pour utiliser au mieux les ressources dont disposaient les deux organisations en vue de faire progresser l'unification du droit dans le domaine.

D. Union internationale des avocats (UIA)

271. Il a été déclaré, au nom de l'Union internationale des avocats (UIA), que celle-ci continuerait à faire connaître les travaux de la Commission par l'intermédiaire de ses comités et au moyen des conférences et séminaires qu'elle organisait. En outre, l'Union était disposée à fournir des services d'expert à la Commission dans plusieurs domaines auxquels cette dernière s'intéressait activement, notamment celui des projets d'infrastructure à financement privé. La Commission a accueilli la déclaration avec satisfaction et a affirmé qu'elle souhaitait renforcer sa coopération avec l'Union.

XII. QUESTIONS DIVERSES

A. Bibliographie

272. La Commission a pris note avec satisfaction de la bibliographie recensant les ouvrages publiés récemment au sujet de ses travaux (A/CN.9/452) et du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (A/CN.9/442).

273. La Commission a souligné qu'il importait 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 universités et les autres organisations intéressées d'envoyer au Secrétariat des exemplaires de ces publications.

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

274. La Commission a été informée que l'Institut de droit commercial international de la faculté de droit de Pace University (New York) avait organisé le cinquième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis à Vienne du 4 au 9 avril 1998. Les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants participant au Concours se fondaient, notamment, sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux. Cinquante-huit équipes représentant des facultés de droit d'une trentaine de pays ont participé au Concours de 1998. Le sixième Concours se tiendra à Vienne du 26 mars au 1er avril 1999.

275. 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.

C. Date et lieu de la trente-deuxième session de la Commission

276. Il a été décidé que la Commission tiendrait sa trente-deuxième session à Vienne du 17 mai au 4 juin 1999.

D. Sessions des groupes de travail

277. 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-neuvième session à Vienne, du 5 au 16 octobre 1998, et sa trentième session à New York, du 1er au 12 mars 1999;

b) Le Groupe de travail sur le commerce électronique tiendrait sa trente-troisième session à New York, du 29 juin au 10 juillet 1998, et sa trente-quatrième session à Vienne, du 8 au 19 février 1999.

ANNEXE

Liste des documents dont la Commission était saisie à sa trente et unième session.

[Voir troisième partie du présent *Annuaire.*]

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement : extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa quarante-cinquième session (TD/B/45/13 [Vol. I])[a]

"I.G. Point 8 de l'ordre du jour : Autres questions relatives au commerce et au développement : développement progressif du droit commercial international : trente et unième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

9. À sa 899e séance plénière, le 16 octobre 1998, le Conseil a pris note du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente et unième session (A/53/17) et a décidé d'inviter un représentant de la CNUDCI à présenter le rapport de la Commission à la session ordinaire du Conseil de 1999."

[a]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 15* (A/53/15).

C. Assemblée générale : rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente et unième session : rapport de la Sixième Commission (A/53/632) [Original : anglais]

INTRODUCTION

1. À sa 3e séance plénière, le 15 septembre 1998, l'Assemblée générale a décidé, sur la recommandation du Bureau, d'inscrire à l'ordre du jour de sa cinquante-troisième session la question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente et unième session" et de la renvoyer à la Sixième Commission.

2. La Sixième Commission a examiné ce point à ses 3e, 4e et 26e séances, les 12 et 13 octobre et le 11 novembre 1998. Les opinions exprimées par les représentants au cours de l'examen de ce point par la Commission sont consignées dans les comptes rendus analytiques pertinents (A/C.6/53/SR.3, 4 et 26).

3. Pour l'examen de ce point, la Commission était saisie du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente et unième session[1].

4. À la 3e séance, le 12 octobre, le Président de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa trente et unième session a présenté le rapport de la Commission sur les travaux de cette session (voir A/C.6/53/SR.3).

5. À la 4e séance, le 13 octobre, le Président de la Commission a fait une déclaration à la lumière des débats (voir A/C.6/53/SR.4).

I. EXAMEN DU PROJET DE RÉSOLUTION A/C.6/53/L.7

6. À la 26e séance, le 11 novembre, le représentant de l'Autriche a présenté un projet de résolution intitulé

[1]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17).

"Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente et unième session" (A/C.6/53/L.7) au nom des pays suivants : Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Bolivie, Botswana, Brésil, Bulgarie, Burkina Faso, Canada, Chili, Chine, Chypre, Colombie, Côte d'Ivoire, Croatie, Danemark, Égypte, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, Finlande, France, Grèce, Guatemala, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, Kenya, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malaisie, Maroc, Mexique, Mongolie, Myanmar, Nigéria, Norvège, Ouganda, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Soudan, Suède, Thaïlande, Turquie, Uruguay, Venezuela et Zimbabwe.

7. À la même séance, la Commission a adopté sans vote le projet de résolution A/C.6/53/L.7 (voir par. 8).

II. RECOMMANDATION DE LA SIXIÈME COMMISSION

8. La Sixième Commission recommande à l'Assemblée générale d'adopter le projet de résolution ci-après :

[Le texte n'est pas reproduit dans la présente section. Le projet de résolution a été adopté avec des modifications de forme par l'Assemblée générale en tant que résolution 53/103 (voir sect. D ci-dessous).]

D. Résolution 53/103 de l'Assemblée générale, en date du 8 décembre 1998

53/103. *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente et unième 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 sur les travaux de sa trente et unième session[1],

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 les activités entreprises par d'autres organismes des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international sans coordination avec la Commission n'aboutissent à un gaspillage d'efforts, allant ainsi 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,

Soulignant qu'il importe de poursuivre l'élaboration du Recueil de jurisprudence relative aux instruments de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international afin de promouvoir l'application uniforme des textes juridiques résultant des travaux de la Commission et d'accroître leur utilité pour les administrations, les praticiens et les universitaires,

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

2. *Félicite* la Commission de l'avancement de ses travaux sur le financement par cession de créances, le commerce électronique, les projets d'infrastructure à financement privé et la transposition dans les législations nationales de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères faite à New York le 10 juin 1958[2];

3. *Félicite également* la Commission d'avoir organisé la "Journée de la Convention de New York" pour célébrer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et un Colloque d'information sur le droit commercial uniforme pour fournir des informations sur des

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17).

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

thèmes d'actualité et susciter un débat de spécialistes pouvant être utile pour l'examen de ces thèmes par la Commission;

4. *Engage* les gouvernements qui ne l'ont pas encore fait à répondre au questionnaire sur le régime juridique régissant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères qui leur a été adressé par le Secrétariat;

5. *Invite* les États à désigner des personnes qui collaboreraient avec la fondation privée créée pour encourager le secteur privé à apporter un appui à la Commission;

6. *Réaffirme* que la Commission, en tant que principal organe juridique 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 organismes des Nations Unies et invite les autres organisations internationales à garder à l'esprit le mandat de la Commission et la nécessité d'éviter tout 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 organismes internationaux, y compris les organismes régionaux qui s'occupent du droit commercial international;

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, pour l'élaboration de législations nationales fondées sur les textes juridiques issus de ses travaux;

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 en Afrique du Sud, à Chypre, en Colombie, dans les Émirats arabes unis, en Équateur, en Grèce, à Malte et au Pérou;

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, à aider de toute autre manière le secrétariat de la Commission à financer et à 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 pour leur permettre de participer à ces séminaires et colloques;

9. *Engage* le Programme des Nations Unies pour le développement et les 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 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, pour assurer la pleine participation de tous les États Membres aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail;

11. *Décide*, afin d'assurer la pleine participation de tous les États Membres aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de continuer à envisager, dans le cadre de la grande commission compétente au cours de la cinquante-troisième 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;

12. *Prie* le Secrétaire général de veiller à l'application effective du programme de la Commission;

13. *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.

83e séance plénière
8 décembre 1998

Deuxième partie

ÉTUDES ET RAPPORTS SUR DES SUJETS ÉTUDIÉS PAR LA COMMISSION

I. CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT

A. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-septième session (Vienne, 20-31 octobre 1997) (A/CN.9/445) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

INTRODUCTION 1-14

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS 15-17

II. PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT 18-235

Article 23. Droits concurrents de plusieurs cessionnaires 18-29

Article 24. Droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant 30-44

CHAPITRE V. CESSIONS SUBSÉQUENTES 45-51

Article 25. Cessions subséquentes 45-51

CHAPITRE VI. CONFLIT DE LOIS 52-74

A. Remarques générales 52-55

B. Examen des projets d'articles 56-74

Article 26. Loi applicable aux droits et obligations du cédant et du cessionnaire 56-64

Article 27. Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur 65-69

Article 28. Loi applicable aux conflits de priorité 70-74

CHAPITRE VII. CLAUSES FINALES 75-82

Article 29. Conflits avec les accords internationaux 75-76

Article 30. Enregistrement 77-78

Article 31. Effet des déclarations 79-80

Article 32. Réserves 81-82

ANNEXE AU PROJET DE CONVENTION 83-119

A. Observations générales 83-93

B. Examen des projets d'articles 94-119

Article premier. Création d'un registre 94-98

Article 2. Fonctions du registre 99-103

Article 3. Enregistrement 104-111

Article 4. Durée, reconduction et modification de l'enregistrement 112-114

Article 5. Droit du cédant de supprimer ou de modifier les données enregistrées 115-117

Article 6. Recherche dans le registre 118-119

Paragraphes

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION 125-179

Article premier. Champ d'application 125-145

Article 2. Cession de créances 146-153

Article 3. Internationalité 154-167

Article 4. Exclusions 168-179

CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES 180-203

Article 5. Définitions et principes d'interprétation 180-190

Article 6. Autonomie des parties 191-194

Article 7. Protection du débiteur 195-198

Article 8. Principes d'interprétation 199-200

Article 9. Obligations internationales de l'État contractant 201-203

CHAPITRE III. FORME ET EFFETS DE LA CESSION 204-235

Article 10. Forme de la cession 204-210

Article 11. Effet de la cession 211-220

Article 12. Moment du transfert des créances 221-226

Article 13. Conventions limitant le droit de cession du cédant 227-231

Article 14. Transfert de sûretés 232-235

CHAPITRE IV. TRAVAUX FUTURS 236-237

INTRODUCTION

1. Lors de sa vingt-septième session, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a poursuivi les travaux qu'il avait entrepris conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt-huitième session (Vienne, 2-26 mai 1995) en vue de l'élaboration d'une loi uniforme sur la cession de créances à des fins de financement[1]. Cette session était la quatrième consacrée à l'élaboration de cette loi uniforme, intitulée provisoirement projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement.

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 XXIe 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 (New York, 14-25 juillet 1980) de renvoyer l'examen à plus tard[2].

3. De sa vingt-sixième à sa vingt-huitième session (1993 à 1995), la Commission a examiné trois rapports du Secrétariat relatifs à certains aspects juridiques de la cession de créances (A/CN.9/378/Add.3, A/CN.9/397 et A/CN.9/412). Ces rapports concluaient 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[3].

4. À sa vingt-quatrième session, le Groupe de travail a commencé par examiner un avant-projet de règles uniformes contenu dans un rapport du Secrétaire général

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 374 à 381.

[2] Ibid., *trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 26 à 28.

[3] Ibid., *quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 297 à 301; ibid., *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), par. 208 à 214; et ibid., *cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 374 à 381.

intitulé "Examen et avant-projet de règles uniformes" (A/CN.9/412). À cette session, 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 (A/CN.9/420, par. 16).

5. Pour les travaux de sa vingt-cinquième session, le Groupe de travail était saisi d'une note du Secrétariat qui contenait des dispositions portant sur divers éléments et notamment sur la forme et la teneur de la cession, les droits et obligations du cédant, du cessionnaire, du débiteur et des autres tiers, les cessions subséquentes et la question des conflits de lois (A/CN.9/WG.II/WP.87).

6. À sa vingt-sixième session, le Groupe de travail a examiné une note établie par le Secrétariat qui contenait une version révisée du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement (A/CN.9/WG.II/WP.89).

7. À sa trentième session (1997), la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses vingt-cinquième et vingt-sixième sessions (A/CN.9/432 et A/CN.9/434). Elle a noté que le Groupe de travail était parvenu à un accord sur un certain nombre de questions et que les principales questions en suspens portaient sur les effets de la cession sur les tiers, c'est-à-dire les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité du cédant[4].

8. La Commission a noté que le projet de Convention avait suscité l'intérêt des milieux spécialisés dans le financement par cession de créances et des gouvernements, car il pouvait accroître la disponibilité de crédits à des taux plus abordables et elle a exprimé l'espoir que le Groupe de travail, aux termes de trois sessions supplémentaires devant se tenir à Vienne en octobre 1997, à New York en mars 1998 (2-13 mars 1998) et à Vienne en octobre 1998, serait en mesure de soumettre le projet de Convention à la Commission pour examen à sa trente-deuxième session en 1999[5].

9. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt-septième session à Vienne du 20 au 31 octobre 1997. Les États membres du Groupe de travail énumérés ci-après étaient représentés à la session : Algérie, Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Autriche, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Finlande, France, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Japon, Mexique, Nigéria, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Slovaquie, Soudan, Thaïlande et Uruguay.

10. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants : Azerbaïdjan, Bélarus, Canada, Costa Rica, Géorgie, Grèce, Indonésie, Iraq, Irlande, Koweït, Liban, Malaisie, Namibie, Oman, Pakistan, Philippines, Qatar, République de Corée, République populaire démocratique de Corée, République tchèque, Roumanie, Suède, Suisse, Turquie et Venezuela.

11. Les organisations internationales suivantes étaient également représentées par des observateurs : Association du barreau de la ville de New York (ABCNY), Association internationale du barreau (AIB), Banque des Règlements internationaux (BRI), Commercial Finance Association (CFA), Conférence de La Haye de droit international privé, Factors Chain International (FCI), Fédération bancaire de l'Union européenne, Interamerican Bar Association (IABA) et Union internationale des avocats (UIA).

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

Président : M. David Morán Bovio (Espagne)

Rapporteur : M. Moses O. Adediran (Nigéria)

13. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.94) et note du Secrétariat contenant les articles révisés du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement (A/CN.9/WG.II/WP.93).

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

1. Élection du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Cession de créances à des fins de financement.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

15. Rappelant sa décision d'examiner les questions de droit international privé au début de sa vingt-septième session (A/CN.9/434, par. 262) et étant donné que ces questions ont surgi pour la première fois dans le cadre du projet d'article 23, qui est l'une des dispositions les plus importantes du projet de Convention n'ayant pas encore fait l'objet d'un accord, le Groupe de travail a décidé de commencer ses délibérations par l'examen du projet d'article 23.

16. Le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 23 à 32, ainsi que l'annexe du projet de Convention, et les articles premier à 14-1 apparaissant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.93.

17. Il est rendu compte des délibérations et conclusions du Groupe de travail, y compris de l'examen par celui-ci des différentes dispositions du projet, dans les chapitres III et IV ci-après. Il a été demandé au Secrétariat d'établir, à partir de ces conclusions, une version révisée des articles 23 à 32, ainsi que des dispositions figurant à l'annexe du projet de Convention, et des articles premier à 14-1, ainsi que des autres dispositions du projet de Convention.

[4] Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 254.

[5] Ibid., par. 256.

II. PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT

Article 23. *Droits concurrents de plusieurs cessionnaires*

18. Le texte du projet d'article 23 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Avant la création du système d'enregistrement prévu à l'article premier de l'annexe à la présente Convention, la priorité entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances du même cédant [est déterminée en fonction du moment de la cession] [sera régie par la loi déterminée en vertu du paragraphe 1 de l'article 28].

2. Après la création du système d'enregistrement prévu à l'article premier de l'annexe à la présente Convention, la priorité entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances du même cédant sera régie par les paragraphes 3 et 4 du présent article. Toutefois, si un État fait la déclaration visée au paragraphe 1 de l'article 30, la priorité sera [déterminée en fonction du moment de la cession] [régie par la loi déterminée en vertu du paragraphe 1 de l'article 28].

3. Le cessionnaire qui a enregistré certaines informations au sujet de la cession en vertu de la présente Convention a la priorité sur le cessionnaire des mêmes créances du même cédant qui n'a pas enregistré ou a enregistré plus tard. Si aucun des deux cessionnaires n'a enregistré, la priorité est déterminée en fonction du moment de la cession.

4. Le cessionnaire qui fait valoir sa priorité en vertu des dispositions de la présente Convention a la priorité sur le cessionnaire qui fait valoir sa priorité en se fondant sur des motifs autres que les dispositions de la présente Convention. Toutefois, si l'État dont la loi est applicable en vertu du paragraphe 1 de l'article 28 a fait la déclaration visée au paragraphe 2 de l'article 30, la priorité sera déterminée en fonction du moment de la cession.

5. Nonobstant les paragraphes précédents du présent article, les conflits de priorité peuvent être réglés par convention entre les cessionnaires en concurrence."

Paragraphe 1

19. Le Groupe de travail a d'abord étudié s'il serait préférable d'adopter une règle de droit matériel ou une règle de conflit pour traiter du problème des droits concurrents de plusieurs cessionnaires.

20. Dans l'ensemble, il a été convenu qu'une approche fondée sur une règle de droit matériel serait préférable, car elle offrirait une plus grande certitude. Tant la solution consistant à adopter une règle de droit matériel fondée sur le moment de la cession que la solution fondée sur le moment de l'enregistrement ont reçu un certain appui.

21. Les tenants d'une règle de priorité fondée sur le moment de la cession ont indiqué qu'une telle règle serait simple, pratique et conforme à la tradition juridique d'un certain nombre de pays. À l'appui d'une approche fondée sur l'enregistrement, plusieurs arguments ont été avancés : en particulier, cette solution favorisait la certitude et la prévisibilité, ce qui aurait un impact positif sur l'offre et le coût du crédit. En outre, il a été déclaré que, notamment dans le cas de cessions successives, le moment de la cession sera peut-être difficile à déterminer. L'adoption d'une règle fondée sur la cession, a-t-on noté, exigerait que les cessionnaires successifs entreprennent de vérifier à grand coût le moment de la première cession, ce qui serait sans doute incompatible avec la pratique moderne, notamment dans le cas de cessions globales.

22. Après un débat, le Groupe de travail a conclu qu'il ne serait pas possible d'arriver à un accord sur une disposition de droit matériel et qu'il faudrait examiner l'approche fondée sur une règle de conflit. Il a été déclaré qu'une telle approche n'assurait certes pas une uniformité absolue, mais qu'elle faciliterait l'offre de crédit à des taux plus favorables. Il a été expliqué que, vu les incertitudes quant à la loi applicable aux questions de priorité, les cessionnaires devraient satisfaire aux exigences de plusieurs juridictions, afin de s'assurer qu'ils obtiendraient la priorité, processus qui alourdirait le coût du crédit. Une règle de conflit claire aurait un impact positif sur le coût et l'offre du crédit, dans la mesure où elle permettrait aux cessionnaires de savoir quelle loi s'appliquait aux questions de priorité et de préserver leurs droits en satisfaisant aux conditions de la loi applicable. En outre, on a souligné qu'une règle de conflit aurait l'avantage de résoudre un autre problème, celui des conflits entre les cessionnaires en vertu de la Convention et les cessionnaires ne relevant pas de la Convention, car cette question serait régie par la loi applicable. En outre, une règle de conflit rendrait le projet de Convention plus acceptable aux États, dans la mesure où les lois nationales régissant la priorité seraient préservées.

23. Toutefois, selon un avis, une telle approche pourrait être source de conflits entre le projet de Convention et la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980)[a], ci-après dénommée la "Convention de Rome", dont l'article 12 traite de la cession. Il a été répondu qu'un instrument régional applicable aux obligations contractuelles tel que la Convention de Rome ne devrait pas empêcher d'élaborer un régime juridique particulier d'application universelle pour le financement par cession de créances. Il a été ajouté que les opinions des juristes divergeaient quant au point de savoir si l'article 12 de la Convention de Rome était applicable aux questions de priorité ou à toute autre question liée aux droits de propriété. De plus, il a été noté que l'article 21 de la Convention de Rome disposait expressément que ladite Convention ne portait pas "atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un État contractant est ou sera partie".

24. Le débat a ensuite porté sur le point de savoir si la priorité entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances provenant du même cédant devrait être "régie par la loi déterminée en vertu du paragraphe 1 de l'article 28", c'est-à-dire "par la loi régissant la créance sur laquelle

[a] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1605, n° 28023.

porte la cession" ou "par la loi du pays dans lequel le cédant a son établissement".

25. Selon un avis, cette question devrait être régie par la loi "régissant la créance sur laquelle porte la cession". En effet, une telle règle serait conforme à l'article 12 de la Convention de Rome renvoyant à la loi applicable au contrat entre le cédant et le débiteur. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il faudrait adopter une règle en vertu de laquelle la priorité serait régie par la loi du pays dans lequel le cédant a son établissement. En effet, une telle règle offrirait la certitude recherchée par les financiers, ce qui permettrait un financement à moindre coût sur la base de créances cédées globalement, si elle s'accompagnait d'une règle claire permettant de déterminer l'établissement du cédant. En outre, il a été noté que le choix de la loi régissant la créance pourrait avoir des effets négatifs sur le coût et l'offre de crédit, car les cessionnaires devraient étudier le contrat d'où découleraient les créances pour déterminer la loi applicable.

26. À la fin de ce débat, il a été rappelé au Groupe de travail que le paragraphe 1 devait s'appliquer, "jusqu'à la création d'un système d'enregistrement", en tant que règle de priorité "provisoire" et, après la création d'un système d'enregistrement, en tant que variante pour les États ne souhaitant pas être liés par les dispositions du projet de Convention relatives à l'enregistrement. Vu les objections, dans certains pays, à un système d'enregistrement, il a été proposé qu'une règle de conflit fondée sur l'établissement du cédant soit la seule règle de priorité impérative du projet de Convention. Ainsi, les dispositions relatives à l'enregistrement, au lieu d'être impératives pour tous les États contractants, étant entendu que des réserves étaient possibles (mécanisme de "renonciation"), pourraient être transformées en un ensemble de dispositions optionnelles, que les États contractants seraient libres d'adopter (mécanisme d'"option positive"). Une telle restructuration du projet de Convention, a-t-on noté, présenterait des avantages : ce serait au marché de démontrer les avantages du système d'enregistrement; le projet de Convention serait plus facilement acceptable; et diverses dispositions du projet de Convention seraient simplifiées, notamment le projet d'article 23, dont les paragraphes 2, 3 et 4 ne seraient plus nécessaires à cet endroit.

27. Le Groupe de travail a estimé qu'aucune décision définitive ne pourrait être prise durant la session en cours, mais cette proposition a suscité un intérêt et un appui considérables. En attendant la poursuite du débat sur les questions de priorité, il a été décidé que le paragraphe 1 serait libellé comme suit : "La priorité entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances du même cédant est régie par la loi du pays où le cédant a son établissement." Il a été convenu qu'il faudrait peut-être ajouter une explication, afin de préciser que la référence à "la loi du pays où le cédant a son établissement" doit être interprétée comme ne visant que le droit matériel dudit pays, afin d'éviter les cas éventuels de renvoi.

Paragraphes 2, 3 et 4

28. Vu la décision ci-dessus, il a été convenu que les paragraphes 2, 3 et 4 seraient déplacés à un autre endroit du projet de Convention et seraient appliqués par les États choisissant d'"opter pour" le système d'enregistrement. Il a en outre été convenu que ces dispositions devraient sans doute être réexaminées quant au fond à un stade ultérieur.

Paragraphe 5

29. Le paragraphe 5 a été jugé dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Article 24. *Droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant*

30. Le texte du projet d'article 24 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Avant la création du système d'enregistrement prévu à l'article premier de l'annexe à la présente Convention, la priorité entre un cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant sera régie par [le paragraphe 3 du présent article] [la loi déterminée conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 28].

2. Après la création du système d'enregistrement prévu à l'article premier de l'annexe à la présente Convention, les conflits de priorité visés au paragraphe 1 du présent article seront régis par le paragraphe 4 du présent article. Toutefois, si un État fait la déclaration visée au paragraphe 1 de l'article 30, la priorité sera régie par [le paragraphe 3 du présent article] [la loi déterminée conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 28].

[3. Le cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si :

a) les créances [ont été cédées] [sont nées] [ont été obtenues du fait de l'exécution d'une obligation] avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la saisie;

ou

b) le cessionnaire a la priorité pour des motifs autres que les dispositions de la présente Convention.]

4. Le cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si :

a) les créances [ont été cédées] [sont nées] [ont été obtenues du fait de l'exécution d'une obligation], et des informations sur la cession ont été enregistrées conformément à la présente Convention, avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la saisie;

ou

b) le cessionnaire a la priorité pour des motifs autres que les dispositions de la présente Convention.

5. Sauf disposition contraire du présent article, la présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits

de l'administrateur de l'insolvabilité ni sur les droits des créanciers du cédant.

[6. La présente Convention n'a pas d'incidences :

a) sur le droit des créanciers du cédant de résoudre ou de faire invalider, ou d'engager une action pour résoudre ou faire invalider, une cession au motif qu'il s'agit d'un transfert frauduleux ou préférentiel;

b) sur le droit de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant,

i) de résoudre ou de faire invalider, ou d'engager une action pour résoudre ou faire invalider, une cession au motif qu'il s'agit d'un transfert frauduleux ou préférentiel,

ii) de résoudre ou de faire invalider, ou d'engager une action pour résoudre ou faire invalider, une cession de créances qui n'étaient pas nées au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité,

iii) de déduire des créances cédées les dépenses encourues par l'administrateur de l'insolvabilité pour exécuter le contrat initial, ou

iv) de déduire des créances cédées les dépenses encourues par l'administrateur de l'insolvabilité pour maintenir, préserver ou obtenir les créances à la demande et au profit du cessionnaire;

c) [au cas où les créances cédées constituent une garantie de dette ou d'autres obligations,] sur les règles ou procédures d'insolvabilité régissant généralement l'insolvabilité du cédant :

i) qui permettent à l'administrateur de l'insolvabilité de déduire des créances cédées les créances privilégiées au titre des impôts, des salaires et autres créances similaires, sous réserve que le cessionnaire bénéficie d'un traitement juste et équitable avec les autres créanciers dont les créances peuvent être grevées de la même manière,

ii) qui prévoient la suspension du droit des cessionnaires ou créanciers individuels du cédant d'encaisser les créances pendant la procédure d'insolvabilité;

iii) qui permettent le remplacement des créances cédées par de nouvelles créances au moins de même valeur;

iv) qui prévoient le droit de l'administrateur de l'insolvabilité d'emprunter en utilisant les créances cédées à titre de garantie dans la mesure où leur valeur excède les obligations garanties, ou

v) sur d'autres règles et procédures ayant un effet similaire et d'application générale dans l'insolvabilité du cédant [expressément décrites par l'État contractant dans une déclaration faite au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation et de l'approbation de la présente Convention ou de l'accession à la présente Convention.]

7. Le cessionnaire qui fait valoir des droits en vertu du présent article n'a pas moins de droits que le cessionnaire qui fait valoir des droits en vertu d'une autre loi.

[8. Aux fins du présent article :

a) la "procédure d'insolvabilité" désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans laquelle les biens et les activités du cédant sont soumis à contrôle ou supervision par un tribunal aux fins de redressement ou de liquidation;

b) l'"ouverture d'une procédure d'insolvabilité" est réputée avoir eu lieu quand l'ordonnance d'ouverture de la procédure produit ses effets, qu'elle soit ou non [définitive] [sujette à appel]; et

c) une "saisie" est réputée avoir eu lieu quand l'ordonnance de saisie des créances cédées produit ses effets, qu'elle soit ou non [définitive] [sujette à appel].]"

Observations générales

31. Du fait de la décision du Groupe de travail relative à l'article 23 (voir par. 26 et 27 ci-dessus), le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 1 du projet d'article 24 comporterait une règle de droit international privé, que les paragraphes 2 et 4 seraient déplacés dans une autre partie ou dans une annexe du projet de Convention dont l'application serait optionnelle, et que le paragraphe 3 serait supprimé.

Paragraphe 1

32. Pour ce qui est de la teneur de la règle de droit international privé qui serait incluse dans le projet d'article 24, le Groupe de travail convient que les droits concurrents du cessionnaire et des créanciers du cédant devraient être distingués des droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant.

33. Pour ce qui est des conflits de priorité entre le cessionnaire et les créanciers du cédant, il a été suggéré qu'ils soient régis par la loi du pays où le cédant avait son établissement. À l'appui de cette suggestion, il a été déclaré qu'une telle solution offrirait la certitude souhaitée, car la même loi serait applicable, quel que soit le pays où les créanciers du cédant pourraient obtenir d'un tribunal qu'il ordonne la saisie des créances cédées, ou le pays dans lequel serait demandée l'exécution des créances des créanciers du cédant.

34. Cette suggestion a été bien accueillie, mais un certain nombre d'observations ont été faites. Selon un avis, une telle solution s'écarterait de ce qui semblait être la règle normale dans un certain nombre de pays, c'est-à-dire la soumission de ces conflits de priorité à la loi du pays dans lequel était situé le débiteur. Il a été répondu que l'approche fondée sur la loi du pays où était situé l'établissement du débiteur ne serait pas appropriée, car le projet d'article 24 traitait des droits concurrents des créanciers du cédant et non des droits et obligations du débiteur. Selon un autre avis, si cette suggestion était acceptable, l'application d'une telle règle risquerait d'avoir pour conséquence que le cessionnaire pourrait ne pas obtenir paiement, à moins que le débiteur ne soit situé dans un État contractant, au seul motif que le cessionnaire satisferait aux conditions de notification de la loi applicable, mais non à celles imposées par la loi du pays du débiteur. Selon un autre avis, la règle proposée n'offrirait la certitude voulue que si les parties pouvaient aisément déterminer l'établissement pertinent du cédant (par exemple, si le terme "établissement" désignait l'établissement statutaire).

35. Pour ce qui est des conflits entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité du cédant, il a été suggéré qu'ils soient également régis par la loi du pays où le cédant avait son établissement. À l'appui de cette suggestion, il a été noté que le choix de l'établissement du cédant en tant que facteur de rattachement présentait l'avantage de la simplicité et de la prévisibilité pour un certain nombre de raisons : il offrait un point de référence unique; il pouvait être déterminé au moment d'une cession, même globale; il serait approprié même dans les systèmes juridiques pratiquant l'enregistrement; et il aurait pour conséquence l'application de la loi qui régirait la procédure d'insolvabilité du cédant, si cette procédure était ouverte dans le pays où était situé l'établissement du cédant ou dans un pays qui aurait adopté le projet de Convention.

36. Cette suggestion a certes reçu un certain appui, mais on a craint que la règle proposée ne soit pas compatible avec les règles nationales en matière d'insolvabilité ou avec des conventions internationales traitant de l'insolvabilité (par exemple, la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité) faisant intervenir des considérations d'ordre public. Afin de tenir compte de cette préoccupation, il a été proposé que le projet de Convention ne traite pas des droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant.

37. On a objecté que, si le projet de Convention n'était pas suffisamment certain et prévisible quant aux droits du cessionnaire en cas d'insolvabilité du cédant, il éluderait en fait l'un des plus importants problèmes que posait le financement par cession de créances et n'atteindrait pas l'objectif visé qui était d'améliorer l'offre de crédits à un taux plus favorable. En outre, il a été déclaré que, bien qu'il ne soit pas évident que le projet de Convention soit incompatible avec telle ou telle convention internationale traitant de l'insolvabilité, un tel conflit pourrait être réglé dans le contexte des projets d'articles 9 et 29 relatifs aux relations entre le projet de Convention et d'autres conventions internationales.

38. Il a été proposé qu'avant de décider comment traiter les effets du projet de Convention sur la loi applicable à l'insolvabilité du cédant l'on examine la question plus avant, en consultation avec des experts de l'insolvabilité, afin de déterminer s'il serait préférable, soit de laisser cette question à la loi applicable du pays où le cédant avait son établissement, soit de la traiter de manière détaillée dans le projet de Convention, soit encore de ne la traiter qu'en termes généraux, les détails étant alors laissés à la loi applicable à l'insolvabilité du cédant.

39. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 1 serait révisé, afin de disposer que les droits concurrents du cessionnaire et des créanciers du cédant seraient régis par la loi du pays où le cédant avait son établissement.

40. Pour ce qui est des droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant, le Groupe de travail a décidé provisoirement que ceux-ci seraient également régis par la loi du pays où le cédant avait son établissement. Parallèlement, il a décidé que la relation entre le projet de Convention et la loi applicable à l'insolvabilité du cédant serait examinée plus avant à un stade ultérieur (voir par. 41 à 43 ci-après).

Paragraphes 5 et 6

41. Le Groupe de travail s'est demandé si les paragraphes 5 et 6 devraient être conservés ou non. Il a été déclaré que, comme mentionné ci-dessus (par. 38 et 40), trois solutions étaient possibles et devraient être examinées ultérieurement, après consultation avec des experts de l'insolvabilité. Une solution consistait à supprimer les paragraphes 5 et 6 et à laisser la question des droits du cessionnaire à l'encontre de l'administrateur de l'insolvabilité à la loi du pays où le cédant avait son établissement. Selon une autre solution, on conserverait le paragraphe 5 et on supprimerait le paragraphe 6; on traiterait ainsi de la question en termes généraux, mais on la laisserait en fait à la loi applicable en cas d'insolvabilité du cédant. Selon une autre solution encore, on pourrait supprimer le paragraphe 5 et conserver le paragraphe 6; on traiterait ainsi la question en détail.

42. À l'appui du maintien du paragraphe 5 ou 6, on a déclaré que, si la procédure d'insolvabilité était ouverte dans un pays autre que le pays du cédant, il y aurait incertitude quant aux droits du cessionnaire à l'encontre de l'administrateur de l'insolvabilité. En outre, si l'on conservait le paragraphe 5 ou 6, les règles du for en matière d'insolvabilité pourraient être appliquées, même si la loi applicable était la loi du pays où le cédant avait son établissement, ce qui donnerait à l'administrateur de l'insolvabilité des droits dont il ne pourrait peut-être pas se prévaloir en vertu de la loi applicable (par exemple, réorganiser les biens et les affaires du cédant insolvable).

43. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver les paragraphes 5 et 6 entre crochets.

Paragraphes 7 et 8

44. Le principe énoncé au paragraphe 7, selon lequel des cessionnaires faisant valoir leurs droits en vertu du projet de Convention ne devraient pas avoir moins de droits que des cessionnaires faisant valoir des droits en vertu d'une autre loi applicable, a reçu un certain appui, de même que le maintien du paragraphe 8, encore que le Groupe de travail n'ait pas disposé de suffisamment de temps pour examiner les définitions énoncées dans ce dernier paragraphe. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver les paragraphes 7 et 8.

Chapitre V. Cessions subséquentes

Article 25. *Cessions subséquentes*

45. Le texte du projet d'article 25 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "1. La présente Convention s'applique aux cessions internationales de créances et aux cessions de créances internationales par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire à des cessionnaires subséquents, même si la cession initiale n'est pas régie par la présente Convention.
>
> [2. Un cessionnaire subséquent jouit des droits que la présente Convention accorde à un cessionnaire et est soumis aux exceptions et aux *droits* à compensation reconnus au débiteur par la présente Convention.]
>
> [3. Une créance cédée par le cessionnaire à un cessionnaire subséquent est transférée nonobstant toute convention limitant d'une manière ou d'une autre le droit du cédant de céder ses créances. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou responsabilités découlant d'une violation d'une telle convention, mais le cessionnaire subséquent n'est pas responsable du chef de la violation de cette convention.]
>
> 4. Nonobstant le fait que l'invalidité d'une cession invalide toutes les cessions subséquentes, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire conformément aux instructions de paiement données dans la première notification."

Observations générales

46. Il a été déclaré que le projet d'article 25 était l'un des articles les plus importants du projet de Convention, notamment pour les financiers participant aux opérations d'affacturage international. Il a été expliqué que, dans l'affacturage international, le cédant cédait les créances à un cessionnaire de son propre pays (facteur-exportateur) et ce dernier les cédait à un cessionnaire du pays du débiteur (facteur-importateur). Vu que le débiteur n'était normalement avisé que de la deuxième cession, il fallait disposer qu'une telle notification valait notification de la première cession, afin de préserver le droit du facteur-importateur d'exécuter sa créance à l'encontre du débiteur. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'ajouter au projet d'article 25 une disposition similaire au paragraphe 2 de l'article 11 de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (Ottawa, 1988; appelée ci-après "Convention d'Ottawa"), qui dispose que "... la notification au débiteur de la cession successive constitue également notification de la cession à l'entreprise d'affacturage".

Paragraphe 1

47. Le principe énoncé au paragraphe 1, selon lequel le projet de Convention s'applique aux cessions subséquentes entrant dans son champ d'application, même si la cession initiale n'était pas régie par le projet de Convention (par exemple, cessions dans des opérations de titrisation), a reçu un large appui.

Paragraphes 2 et 3

48. Si le principe énoncé au paragraphe 2, selon lequel un cessionnaire subséquent est un cessionnaire, a reçu un certain appui, on a craint qu'en citant deux types de cas dans lesquels ce principe était applicable on ne risque d'exclure, sans que cela soit le résultat souhaité, les autres cas dans lesquels ce principe serait également applicable. Afin de tenir compte de cette préoccupation, il a été proposé de supprimer le paragraphe 2.

49. Pour ce qui est du paragraphe 3, on a craint que le fait d'exclure la responsabilité du cessionnaire en cas de violation d'une clause de non-cession ne soit considéré comme une invitation faite au cédant de violer ses obligations contractuelles envers le débiteur, ce qui irait à l'encontre du principe de la bonne foi. Il a été proposé de traiter cette préoccupation dans le contexte du projet d'article 13 portant sur des questions similaires à celles visées au paragraphe 3.

50. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver les paragraphes 2 et 3 entre crochets et de revenir sur le paragraphe 3 après avoir achevé son examen du projet d'article 13.

Paragraphe 4

51. Le principe selon lequel l'invalidité d'une cession ne devrait pas empêcher la libération du débiteur ayant payé conformément aux instructions données dans la notification a reçu un certain appui. Il a toutefois été convenu que ce qui était visé était la protection du débiteur lorsque toute cession, et non seulement une cession subséquente, n'était pas valide. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'envisager de déplacer le paragraphe 4, peut-être en l'incorporant au projet d'article 18.

Chapitre VI. Conflit de lois

A. *Remarques générales*

52. Il a été rappelé au Groupe de travail que la question du champ d'application des règles de conflit de lois devrait être examinée. Si ces règles avaient pour objet de combler les lacunes laissées par le projet de Convention, leur champ d'application devrait se limiter à celui du projet de Convention (et, afin d'éviter tout cas de renvoi, elles ne devraient s'appliquer que dans le cas où le for est situé dans un État contractant, et non par le biais des règles de conflit du for). Si, toutefois, le Groupe de travail préférait établir un régime uniforme relatif au conflit de lois en matière de cession, comme l'a suggéré le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (A/CN.9/WG.II/WP.90, par. 4 à 7), le champ des dispositions du projet de Convention relatives au conflit de lois devrait être plus large que celui du projet de Convention. Les articles 1-3, 21 et 22 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 1995)[b], appelée ci-après "Convention des Nations Unies sur les garanties et les lettres de crédit stand-by", constituaient un précédent à cet égard.

53. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si des dispositions relatives au conflit de lois devraient être incluses ou non dans le projet de Convention. À l'appui de l'inclusion de telles règles, il a été déclaré qu'elles auraient un rôle utile, en tant que dispositions conduisant à l'application du projet de Convention (en vertu du paragraphe 1 *b* du projet d'article premier), ou en tant que règles particulières traitant de questions ne pouvant être traitées au moyen d'une disposition de droit matériel (par exemple, la priorité). En outre, il a été noté que l'inclusion de telles dispositions dans le projet de Convention pourrait contribuer à assurer une unification mondiale et à préciser la question de la loi applicable aux cessions.

54. À l'appui de la suppression de ces règles, il a été noté qu'elles risqueraient d'être contraires à l'objectif d'unification, car elles ne constituaient pas un régime juridique global unifiant la question du conflit de lois en cas de cessions. En outre, l'inclusion de telles dispositions risquerait d'être à l'origine d'incompatibilités entre le projet de Convention et la Convention de Rome, ce qui rendrait le projet de Convention moins acceptable aux États parties à la Convention de Rome. Il a été répondu que le projet de Convention, en tant qu'ensemble de règles spécialisées, pouvait s'écarter naturellement des règles générales énoncées dans la Convention de Rome. On a cité en exemple la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (La Haye, 1955)[c], dont les dispositions différaient de celles de la Convention de Rome, mais ne semblaient pas poser des problèmes particuliers, car elles ne faisaient que refléter le principe bien établi selon lequel un instrument spécialisé peut s'écarter d'un instrument plus général. En outre, on a estimé que le projet de Convention pouvait également être considéré comme une occasion unique de faire bénéficier de dispositions utiles en matière de conflit de lois des pays qui n'étaient pas parties à la Convention de Rome.

55. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'il ne déterminerait si le chapitre VI devait rester dans le projet de Convention qu'après avoir réexaminé le champ d'application général du projet de Convention en vertu du projet d'article premier (voir par. 140 à 145 ci-après). Dans l'attente de cette décision finale, le Groupe de travail a entrepris d'examiner quant au fond les projets d'articles figurant au chapitre VI.

B. *Examen des projets d'articles*

Article 26. *Loi applicable aux droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

56. Le texte du projet d'article 26 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "1. [À l'exception des questions qui sont traitées dans la présente Convention,] la [production d'effets] [validité] d'une cession entre le cédant et le cessionnaire et les droits et obligations entre le cédant et le cessionnaire sont régis par la loi [expressément] choisie par le cédant et le cessionnaire.
>
> 2. Faute d'un choix [valide], la [production d'effets] [validité] d'une cession entre le cédant et le cessionnaire et les droits entre le cédant et le cessionnaire sont régis par la loi du [pays dans lequel le cédant a son établissement] [pays avec lequel [le contrat de] [la] cession a le lien le plus étroit].
>
> [3. À moins qu'il n'apparaisse clairement que [le contrat de] [la] cession est plus étroitement lié[e] à un autre pays, [*il*] [elle] est réputé[e] avoir le lien le plus étroit avec le pays dans lequel la partie qui doit exécuter l'obligation caractéristique [du contrat de] [de la] cession a son établissement au moment de la conclusion [du contrat de] [de la] cession.]"

Paragraphe 1

57. Il a été convenu que le principe fondamental énoncé au paragraphe 1, à savoir l'autonomie illimitée laissée aux parties pour la détermination de la loi applicable à la relation contractuelle entre le cédant et le cessionnaire, était approprié. À ce propos, on a estimé que le projet de Convention devrait inclure une disposition aux termes de laquelle les clauses relatives au choix de la loi applicable ne devaient pas être utilisées par les parties pour s'écarter de dispositions d'ordre public ou d'autres dispositions impératives de la loi de leur pays. Il a été proposé qu'une telle disposition se fonde sur l'article 7 de la Convention de Rome.

[b] Résolution 50/48 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1995, annexe.

[c] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 510, n° 7411.

58. Pour ce qui est du libellé du paragraphe 1, il a été dans l'ensemble convenu de conserver entre crochets le premier membre de phrase ("[À l'exception des questions qui sont traitées dans la présente Convention,]"), en attendant la décision du Groupe de travail à propos du champ d'application du projet de Convention.

59. Pour ce qui est du choix entre la "production d'effets" et la "validité" de la cession, il a été jugé dans l'ensemble que la notion de "validité" n'était pas très claire et pouvait avoir diverses interprétations. En outre, dans la pratique, il n'était pas rare que des lois différentes régissent la validité de la cession (ou la "cessibilité" d'une créance), d'une part, et la relation contractuelle entre le cédant et le cessionnaire, d'autre part. Certains se sont donc prononcés en faveur de la référence à la "production d'effets" de la cession. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, une référence soit à la "production d'effets", soit à la "validité" de la cession, risquerait d'être par trop restrictive et le principe de l'autonomie des parties devrait être plus largement reconnu.

60. Pour ce qui est de la référence aux "droits et obligations entre le cédant et le cessionnaire", on a estimé qu'un tel libellé risquerait de restreindre par trop le champ de cette disposition. Bien que cette expression ait été tirée de la Convention de Rome, l'intention étant d'englober à la fois les effets contractuels et les effets patrimoniaux découlant de la cession entre les parties, il a été dans l'ensemble convenu d'adopter un libellé plus clair, afin d'indiquer que la loi choisie par les parties devrait régir non seulement leurs droits et obligations, mais également l'ensemble du contrat de cession et qu'elle devrait également aller au-delà de la sphère contractuelle pour s'appliquer également aux droits patrimoniaux découlant de la cession. À ce propos, il a été déclaré que la Convention de Rome n'était peut-être pas le modèle approprié pour la rédaction d'une telle disposition, car son champ d'application était limité au domaine contractuel. Des doutes ont été exprimés quant à la manière dont le paragraphe 1 pourrait s'appliquer, au-delà de la sphère contractuelle, aux effets patrimoniaux de la cession. S'il était peut-être souhaitable que la loi choisie par les parties régisse également, par exemple, le transfert de propriété de la créance entre le cédant et le cessionnaire, on pouvait se demander si des questions telles que la cessibilité d'une créance et le moment du transfert devaient être régies par la loi choisie par les parties. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que la loi choisie par les parties en vertu du paragraphe 1 s'appliquerait à la fois au contrat de cession et aux effets patrimoniaux de la cession. Le Secrétariat a été prié d'élaborer un projet révisé tenant compte des débats ci-dessus.

61. Pour ce qui est de savoir si le paragraphe 1 devrait disposer que le choix de la loi doit être effectué "expressément" par les parties, divers avis ont été exprimés. Selon une opinion, il ne serait pas approprié que le projet de Convention traite des modalités de l'accord des parties, car il ne devrait être axé que sur le point de savoir si les parties avaient ou non conclu un accord. À l'appui de cette opinion, on a déclaré que toute disposition aux termes de laquelle l'accord devrait être "exprès" pourrait poser des problèmes difficiles en matière de preuve, problèmes qui ne pourraient être surmontés que par une disposition détaillée sur la manière dont l'accord pourrait être attesté. Selon un autre avis, pour des raisons de conformité avec la tradition juridique de certains pays et avec certains instruments internationaux, il faudrait conserver une référence au choix "exprès" des parties. Quant à la manière dont une telle référence pourrait être libellée, il a été rappelé que, par exemple, en vertu de l'article 7 de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (Mexico, 1994)[d], ci-après dénommée "la Convention interaméricaine", l'accord des parties sur le choix de la loi applicable devait être exprès ou, s'il n'y avait pas accord exprès, devait ressortir à l'évidence du comportement des parties et des clauses du contrat considéré dans son ensemble. Après un débat, il a été convenu d'inclure entre crochets un libellé inspiré de la Convention interaméricaine et de le soumettre au Groupe de travail à une session future.

Paragraphes 2 et 3

62. Divers avis ont été exprimés quant aux options offertes au paragraphe 2, à propos de la désignation de la loi applicable en l'absence d'accord des parties. À l'appui de l'adoption, en tant que règle par défaut, de "la loi du pays dans lequel le cédant a son établissement", il a été déclaré qu'une telle loi était facile à déterminer, ce qui irait dans le sens de la certitude et de la prévisibilité. À l'appui du maintien de "la loi du pays avec lequel la cession a le lien le plus étroit", il a été déclaré qu'une règle aussi souple serait plus conforme à la tradition juridique d'un certain nombre de pays, ainsi qu'à la Convention de Rome. Il a toutefois été noté que l'exécution du contrat de cession pouvait avant tout dépendre soit du cédant, soit du cessionnaire, en fonction du type de cession envisagé, ce qui serait source d'incertitudes inacceptables quant à la loi applicable.

63. Il a été dans l'ensemble convenu que, dans la plupart des cas, l'adoption de la loi du pays dans lequel le cédant a son établissement serait une solution acceptable. Toutefois, étant donné qu'un litige serait plus probable dans les cas où les parties n'avaient pu convenir de la loi applicable, on a estimé, généralement, que le juge ou l'arbitre qui connaîtrait ultérieurement de ce litige pourrait tirer avantage d'une règle relativement souple. En outre, l'adoption d'une telle règle pourrait inciter utilement les parties à convenir de la loi applicable en vertu du paragraphe 1.

64. Dans le souci de promouvoir tant la certitude, en tant que critère fondamental, que la souplesse, pour les situations exceptionnelles, le Groupe de travail a décidé de combiner les paragraphes 2 et 3 qui comporteraient : une référence à la loi du pays avec lequel la cession a le lien le plus étroit; une présomption selon laquelle la cession est le plus étroitement liée à la loi du pays où le cédant a son établissement au moment de la conclusion du contrat de cession; et une possibilité de réfuter cette présomption dans des circonstances exceptionnelles. Pour ce qui est de la

[d] *International Legal Materials*, vol. XXXIII, n° 3 (Washington, D.C., 1994).

rédaction, il a été convenu en général qu'il faudrait éviter des notions telles que "production d'effets" et "validité" de la cession pour les raisons mentionnées à propos du paragraphe 1. Le Secrétariat a été prié d'élaborer un projet révisé des paragraphes 2 et 3 pour tenir compte de cette décision.

Article 27. *Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur*

65. Le texte du projet d'article 27 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"[À l'exception des questions qui sont régies par la présente Convention, la cessibilité d'une créance, le droit du cessionnaire d'obtenir paiement, l'obligation du débiteur d'effectuer le paiement suivant les instructions données dans la notification de la cession, la libération du débiteur et les exceptions du débiteur sont régies par la loi [régissant la créance sur laquelle porte la cession] [du pays dans lequel le débiteur se trouve].]"

66. Le Groupe de travail a décidé de n'examiner le champ d'application du projet d'article 27 qu'après l'examen du champ d'application du projet de Convention.

67. Il a été convenu que la loi régissant la créance sur laquelle porte la cession était préférable. Le principal avantage d'une telle règle tenait au fait qu'elle était conforme au principe généralement accepté selon lequel la cession ne devait pas modifier la situation du débiteur, si ce n'est dans la mesure autorisée par la loi en vertu de laquelle le débiteur contractait une obligation envers le cédant. En outre, il a été noté qu'une telle règle ne posait pas de problème pratique, car il n'était pas rare que le cédant et le cessionnaire spécifient dans la cession la loi régissant la créance, de manière à éviter que le cessionnaire n'ait à examiner l'opération à l'origine de la créance cédée. De plus, il a été noté que l'application de la loi du pays dans lequel le débiteur à son établissement poserait des problèmes dans le cas de cessions globales faisant intervenir des débiteurs situés dans différents pays.

68. Il a été noté que la loi régissant la créance serait normalement la loi de l'opération à l'origine de la créance (par exemple, lorsque la créance découlait d'un contrat de vente, la loi applicable audit contrat). Toutefois, on a craint que, à moins que la Convention ne comporte des dispositions permettant de déterminer la loi applicable à l'opération à l'origine de la créance, on ne puisse assurer une pleine uniformité, car chaque État pourrait appliquer ses propres règles concernant la loi applicable aux obligations contractuelles, afin de déterminer la loi régissant la créance. Il a été noté que, pour assurer une pleine uniformité, le projet de Convention devrait inclure des dispositions supplémentaires sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, car il portait également sur les créances non contractuelles.

69. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que la loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur serait la loi régissant la créance cédée.

Article 28. *Loi applicable aux conflits de priorité*

70. Le texte du projet d'article 28 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. La priorité entre plusieurs cessionnaires ayant obtenu les mêmes créances du même cédant est régie par la loi [régissant la créance sur laquelle porte la cession] [du pays dans lequel le cédant a son établissement].

2. [La priorité entre un cessionnaire et] [La production des effets d'une cession à l'égard de] l'administrateur d'insolvabilité [est régie] [sont régies] par la loi [régissant l'insolvabilité] [du pays dans lequel le cédant a son établissement].

3. [La priorité entre un cessionnaire et] [La production des effets d'une cession à l'égard des] créanciers du débiteur [est régie] [sont régies] par la loi du pays dans lequel le cédant a son établissement."

71. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si, compte tenu de la décision du Groupe de travail de transformer les projets d'articles 23 et 24 en des règles de conflit traitant des questions de priorité (voir par. 27 et 31 ci-dessus), il faudrait ou non conserver le projet d'article 28.

72. Selon un avis, la question de la priorité étant déjà traitée dans les projets d'articles 23 et 24, le projet d'article 28 n'était plus nécessaire et pouvait être supprimé. Selon un avis similaire, on pouvait supprimer les paragraphes 1 et 3, car les questions dont ils traitaient avaient déjà été réglées dans les projets d'articles 23 et 24, mais il faudrait conserver le paragraphe 2, car les questions sur lesquelles il portait ne l'avaient pas encore été.

73. Selon un autre avis, le Groupe de travail ne devrait pas prendre de décision à ce propos avant d'avoir achevé son examen du champ d'application et de l'objet des règles de conflit du projet de Convention. Il a été expliqué que, si l'objet des règles de conflit était de combler les lacunes du projet de Convention, le projet d'article 28 ne serait pas nécessaire, car les projets d'articles 23 et 24 étaient des règles de conflit et non des dispositions de droit matériel. Toutefois, si les règles de conflit avaient pour objet de faire office de dispositions uniformes relatives à l'application du projet de Convention en vertu du paragraphe 1 *b* de l'article premier, il faudrait conserver l'article 28 dans son intégralité.

74. Après un débat, le Groupe de travail a décidé, étant entendu qu'il reviendrait sur la question lors de son examen du champ d'application du projet de Convention, de supprimer les paragraphes 1 et 3 et de conserver le paragraphe 2 entre crochets.

Chapitre VII. Clauses finales

Article 29. *Conflits avec les accords internationaux*

75. Le texte du projet d'article 29 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"Un État peut déclarer, [au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'accession] [à tout moment], que la Convention ne prévaudra pas sur les conventions internationales [ou autres accords multilatéraux ou bilatéraux] énumérés dans la déclaration, auxquels il est ou sera partie et qui contiennent des dispositions concernant les questions régies par la présente Convention."

76. Le Groupe de travail a décidé qu'il n'examinerait le projet d'article 29 qu'après avoir achevé son examen du projet d'article 9 traitant des obligations internationales des États contractants (voir par. 201 à 203 ci-après).

Article 30. *Enregistrement*

77. Le texte du projet d'article 30 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Un État peut déclarer, [au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'accession] [à tout moment], qu'il ne sera pas lié par les dispositions de la présente Convention relatives à l'enregistrement.

2. Un État peut déclarer, [au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'accession] [à tout moment], qu'il ne sera pas lié par le paragraphe 4 de l'article 23."

78. Le Groupe de travail a noté que, comme il avait décidé de soumettre l'application des dispositions relatives à l'enregistrement à une clause d'option positive (voir par. 27 ci-dessus), le projet d'article 30 n'était plus nécessaire. Aussi a-t-il décidé de le supprimer.

Article 31. *Effet des déclarations*

79. Le texte du projet d'article 31 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Les déclarations faites, en vertu de l'article 29, au moment de la signature sont subordonnées à confirmation au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les déclarations et confirmations de déclarations se présentent sous forme écrite et doivent être formellement notifiées au dépositaire.

3. Une déclaration prend effet au moment de l'entrée en vigueur de la présente Convention pour l'État concerné. Toutefois, la déclaration dont le dépositaire reçoit notification formelle après cette entrée en vigueur prend effet le premier jour du mois qui vient à l'expiration de six mois à compter de la date de sa réception par le dépositaire.

4. L'État qui fait la déclaration prévue à l'article 29 peut la retirer à tout moment par voie de notification formelle adressée par écrit au dépositaire. Le retrait prend effet le premier jour du mois qui vient à l'expiration de six mois à compter de la date de réception de la notification du dépositaire."

80. Le Groupe de travail a pris note du projet d'article 31 et a décidé d'en reporter l'examen à une session future.

Article 32. *Réserves*

81. Le texte du projet d'article 32 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"À l'exception de celles qui sont expressément prévues dans la présente Convention, aucune réserve n'est autorisée."

82. Le Groupe de travail a pris note du projet d'article 32 et a décidé d'en reporter l'examen à une session future.

Annexe au projet de Convention

A. *Observations générales*

83. Le Groupe de travail a rappelé sa décision de transformer les règles de priorité du projet de Convention (projet d'articles 23 et 24) en règles de conflit et de rendre optionnelles les dispositions relatives à l'enregistrement (solution de l'"option positive"; voir par. 26, 27 et 31 ci-dessus). Les participants ont procédé à un échange de vues sur l'intérêt qu'il y aurait à n'adopter qu'un seul système de priorité dans la partie optionnelle du projet de Convention.

84. Selon un avis, la partie optionnelle du projet de Convention devrait offrir davantage de variantes aux États. En effet, le choix d'une approche unique fondée sur l'enregistrement risquerait de donner l'impression qu'il s'agissait là de la solution préférée, que les États devraient adopter. Il a été noté que l'on ne tiendrait ainsi pas compte du fait que l'enregistrement suscitait diverses préoccupations. Ces préoccupations étaient notamment les suivantes : l'enregistrement risquait d'être coûteux et lourd, de ne pas être soumis à la supervision des pouvoirs publics, d'accroître la responsabilité des banques, de porter préjudice aux pratiques nationales (par exemple, la non-notification et la réserve de propriété élargie) et de désavantager les créanciers nationaux. Il a donc été proposé que la partie optionnelle présente une autre règle de priorité, fondée sur le moment de la cession, qui pourrait être libellée comme suit :

"1. Si une créance est cédée plusieurs fois, elle est acquise par le cessionnaire qui bénéficie du contrat de cession le plus ancien.

2. Le cessionnaire le plus ancien ne peut faire valoir sa priorité s'il était de mauvaise foi au moment de la conclusion du contrat de cession.

3. Si une créance est transférée par l'effet de la loi, le bénéficiaire de ce transfert l'emporte sur un cessionnaire se prévalant d'un contrat de cession antérieur.

4. En cas de contestation, il incombe au cessionnaire se prévalant d'une antériorité de date de prouver cette antériorité."

85. Selon un autre avis, la partie optionnelle du projet de Convention devrait n'offrir qu'une variante fondée sur l'enregistrement, car il s'agissait là du seul système permettant d'éviter toute incertitude et de promouvoir la concurrence entre institutions financières, ce qui favoriserait l'offre de crédit à moindre coût. Toutes les préoccupations relatives à l'enregistrement pourraient être prises en compte, a-t-on fait remarquer, à l'exception du désir de limiter la concurrence. Pour ce qui est de la préoccupation selon laquelle l'enregistrement pourrait porter atteinte à des pratiques nationales, telles que celles qui supposaient une réserve de propriété élargie (c'est-à-dire une réserve de propriété qui s'étendait au produit de la vente du bien dont la propriété avait été conservée), il a été déclaré que ces pratiques pourraient être soigneusement recensées et soumises à d'autres règles de priorité.

86. En outre, il a été noté que, si la partie optionnelle du projet de Convention offrait une règle fondée sur le moment de la cession, en tant que variante de la règle fondée sur l'enregistrement, la conséquence non souhaitée serait sans doute que la règle fondée sur le moment de la cession serait considérée comme la meilleure solution à part l'enregistrement. Toutefois, une règle fondée sur le moment de la cession devrait être le dernier choix, car elle offrait le moins de certitude aux tiers, qui n'avaient aucun moyen de vérifier si une cession avait eu lieu antérieurement, si ce n'est en s'adressant au cédant. En outre, il a été noté qu'une règle fondée sur le moment de la notification serait préférable, si le Groupe de travail devait offrir une autre règle de priorité, car elle donnait aux tiers la possibilité de découvrir d'éventuelles cessions antérieures en s'adressant au débiteur. Toutefois, il a été noté qu'une règle fondée sur le moment de la notification serait appropriée pour les cessions de créances uniques et actuelles, mais non dans le cas de cessions globales portant sur des créances futures.

87. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer et d'inclure dans la partie optionnelle du projet de Convention des variantes de règles de droit matériel relatives aux priorités.

88. Le Groupe de travail a ensuite abordé la question de l'enregistrement, telle qu'elle était traitée dans l'annexe. Il a été noté que le système d'enregistrement supposait l'introduction non impérative, dans une base de données, d'informations sur la cession. L'objet de cet enregistrement n'était pas de créer ou d'attester des droits de propriété, mais de protéger les tiers en les avisant de cessions qui avaient été effectuées et de fournir une base pour le règlement des conflits de priorité. Une telle notification, a-t-on indiqué, donnerait juste les informations voulues pour que la personne consultant le registre soit prévenue et puisse décider d'accorder ou non un crédit à une personne donnée et, le cas échéant, déterminer les conditions de ce crédit.

89. En outre, il a été noté que la priorité en vertu du projet de Convention ne donnait au créancier que le droit d'être payé avant d'autres créanciers qui étaient placés après lui dans l'ordre de priorité. Pour savoir si le créancier prioritaire conserverait la totalité du montant des créances, il fallait déterminer s'il s'agissait d'une cession simple ou d'une cession à titre de garantie, question qui était régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention.

90. Du fait de sa fonction limitée et par contraste avec l'enregistrement classique, l'enregistrement en vertu du projet de Convention exigeait l'inscription sur un registre public d'un très petit nombre de données. Ainsi, une seule notification pouvait porter sur un grand nombre de créances, actuelles ou futures, découlant d'un ou de plusieurs contrats, ainsi que sur un ensemble variable de créances et un montant fluctuant de crédits garantis, comme c'était souvent le cas dans les opérations modernes de financement (crédit renouvelable). Un tel enregistrement, a-t-on noté, était peu coûteux et simple, n'exigeait aucune formalité et ne demandait qu'une supervision limitée de la part du conservateur du registre.

91. En outre, il a été noté que le processus d'enregistrement (c'est-à-dire l'introduction, l'archivage et la recherche de données) pouvait être entièrement ou partiellement électronique. Un système purement électronique (introduction et recherche électroniques) serait d'une efficacité maximale et réduirait au minimum l'intervention humaine, ce qui offrirait les avantages suivants : rapidité, disponibilité à toute heure, absence de risque d'erreur dans l'introduction des données de la part du conservateur du registre (ce qui réduirait sa responsabilité éventuelle) et réduction du coût de l'enregistrement. Un système partiellement électronique (soumission des données sur papier et recherche électronique) pourrait également être retenu, mais il exigerait que le conservateur du registre introduise des données dans la base, ce qui présenterait un certain nombre d'inconvénients; cela augmenterait notamment le risque d'erreur et la responsabilité éventuelle du conservateur du registre.

92. On a présenté l'exemple d'un système national d'enregistrement entièrement électronique. Il a été noté que ce système fonctionnait conformément aux lois relatives aux sûretés réelles. Dans ce système, les utilisateurs titulaires d'un mot de passe attribué par le registre avaient directement accès à la base de données par le biais de leur ordinateur personnel et pouvaient introduire des données et effectuer directement des recherches dans les fichiers du registre. Il a été expliqué qu'afin d'enregistrer une opération les utilisateurs devaient remplir un formulaire apparaissant sur l'écran de leur ordinateur, qui identifiait le cédant, le cessionnaire, les biens cédés et la durée de l'enregistrement. Il a été noté que le risque d'erreur lors de l'enregistrement incombait à la partie procédant audit enregistrement, car le conservateur du registre n'y participait pas du tout.

93. Après avoir achevé l'enregistrement, l'utilisateur pouvait imprimer un état récapitulatif de l'enregistrement. Il a été noté que cet état était admissible devant les tribunaux et constituait une présomption, sauf preuve contraire, de l'enregistrement. Le coût de l'enregistrement était de 5 dollars des États-Unis par an pour un enregistrement d'une durée de un à vingt-cinq ans au choix de la partie l'effectuant, et un enregistrement pouvait porter sur plusieurs cessions et plusieurs créances. Pour ce qui est des recherches dans les fichiers du registre, il a été noté que les

utilisateurs ayant un accès direct pouvaient consulter les fichiers en partant du nom du cédant et imprimer un rapport qui était admissible devant les tribunaux en tant que présomption, sauf preuve contraire, de sa teneur.

B. *Examen des projets d'articles*

Article premier. *Création d'un registre*

94. Le texte du projet d'article premier de l'annexe examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "À la demande d'un tiers au moins des États contractants, le dépositaire convoque une conférence pour concevoir un registre ou des registres et élaborer [, réviser ou modifier] le règlement applicable à l'enregistrement des données sur les cessions au titre de la présente Convention."

95. Il a été noté que, le Groupe de travail ayant décidé de transformer l'annexe en une partie optionnelle du projet de Convention (voir par. 27 ci-dessus), il n'était pas nécessaire de prévoir une conférence pour la mise en place d'un système d'enregistrement. Les États désireux d'adopter un tel système pouvaient le faire de leur propre chef, en créant un système national ou international, ou une combinaison des deux. Il a en outre été noté que, du fait de la même décision, les dispositions relatives à la priorité supprimées des projets d'articles 23 et 24 devraient être incluses dans l'annexe.

96. On s'est accordé dans l'ensemble sur le principe selon lequel, si le projet de Convention devait inclure quelques dispositions fondamentales relatives à l'enregistrement, le mécanisme même du processus d'enregistrement devrait être régi par un ensemble de règles qui pourraient être élaborées par les conservateurs des registres. Il a été déclaré que l'on préserverait ainsi la souplesse requise pour que le système puisse s'adapter à l'évolution des besoins et des techniques.

97. Selon un avis, seul un système fondé sur des registres nationaux, dans lesquels les opérations tant nationales qu'internationales seraient enregistrées à l'échelon national, permettrait d'éviter les doubles emplois et de traiter comme il convient les conflits entre cessionnaires locaux et étrangers. En outre, il a été déclaré qu'un système fondé sur un registre international, dans lequel seules les cessions de créances seraient enregistrées, ne serait pas rentable. Il a certes été convenu qu'un système fondé sur des registres nationaux constituerait l'un des moyens par lesquels pourrait fonctionner le système d'enregistrement, mais il a été noté que les registres nationaux pourraient être reliés à un registre international. Pour que les différents registres nationaux soient compatibles entre eux, il était essentiel de convenir d'un formulaire d'enregistrement normalisé. De tels formulaires étaient actuellement élaborés à l'échelon national et une normalisation internationale serait souhaitable. À ce propos, le secrétariat a été invité à prendre contact avec les organisations actives dans le domaine de la normalisation des formulaires et à examiner avec elles la possibilité d'élaborer un formulaire standard d'enregistrement.

98. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser le projet d'article premier de l'annexe, afin de donner aux dispositions sur l'enregistrement la souplesse nécessaire pour qu'elles soient applicables dans le contexte de tout système d'enregistrement, national ou international.

Article 2. *Fonctions du registre*

99. Le texte du projet d'article 2 de l'annexe examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "1. Le registre reçoit les données enregistrées au titre de la présente Convention, ainsi que le règlement et tient un index des noms des cédants [avec leur numéro d'enregistrement] pour pouvoir rendre les données accessibles aux utilisateurs sur demande.
>
> 2. Dès réception des données, le registre affecte un numéro d'enregistrement et établit un bulletin de vérification qu'il envoie au cédant et au cessionnaire conformément au règlement.
>
> 3. Dès réception d'une demande de recherche, le registre établit par écrit un résultat de recherche contenant toutes les données enregistrées au sujet des créances d'une personne donnée.
>
> 4. À l'expiration de la période de production d'effets d'un enregistrement, ou dès réception d'une notification du cessionnaire ou d'une décision d'un tribunal rendue conformément à l'article 5 de l'annexe à la présente Convention, le conservateur du registre supprime les données enregistrées des fichiers publics du registre."

100. Les principes énoncés dans le projet d'article 2 de l'annexe ont été dans l'ensemble approuvés, mais certaines suggestions ont été faites. Selon l'une d'entre elles, le registre devrait tenir un index par cédant et laisser à la réglementation le soin de spécifier de quelle manière le cédant serait identifié. Diverses options ont été mentionnées en la matière, notamment le nom officiel du cédant et un numéro d'enregistrement, ce qui permettrait de surmonter les problèmes de langue.

101. Pour ce qui est de la compétence des tribunaux, il a été noté que les litiges relatifs aux priorités pourraient être réglés par les tribunaux ayant compétence sur les parties aux litiges. Toutefois, afin d'éviter que les tribunaux adressent au registre des ordres contradictoires, il serait peut-être souhaitable qu'un seul tribunal ait compétence sur le registre. Il a été déclaré que, dans le cas d'un système fondé sur des registres nationaux, les tribunaux nationaux devraient avoir compétence pour adresser des ordres aux conservateurs des registres. En outre, il a été noté que, dans le cas d'un système fondé sur un registre international, on pourrait spécifier qu'aucun tribunal n'aurait compétence sur le registre international et que les litiges portant sur des ordres adressés au conservateur du registre devraient être réglés par un mécanisme d'arbitrage qu'il faudrait spécifier. Cette dernière solution avait été retenue dans le projet

de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, actuellement élaboré par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT).

102. Pour ce qui est de la responsabilité du conservateur du registre en cas d'erreur, il a été déclaré que, dans un système entièrement électronique, dans lequel les parties auraient directement accès au registre et pourraient elles-mêmes procéder à l'enregistrement, le risque d'erreur incomberait à la partie procédant à l'enregistrement et non au conservateur du registre. Dans un système partiellement électronique, dans lequel le conservateur du registre recevrait un avis sur papier qui devrait être introduit dans la base de données, le risque d'erreur de la part du registre, et donc sa responsabilité éventuelle, serait plus élevé. Toutefois, il a été noté qu'au vu de l'expérience accumulée à l'échelon national la question de la responsabilité du conservateur du registre ne se posait que très rarement. En outre, cette question pourrait être efficacement réglée si un pourcentage des frais d'enregistrement était utilisé pour constituer un fonds à partir duquel seraient dédommagés les plaignants.

103. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet d'article 2 de l'annexe et a prié le Secrétariat de le réviser, afin de tenir compte des suggestions faites.

Article 3. *Enregistrement*

104. Le texte du projet d'article 3 de l'annexe examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "1. Toute personne peut enregistrer des données se rapportant à une cession dans le registre conformément à la présente Convention et au règlement d'enregistrement. Les données enregistrées sont le nom et l'adresse officiels du cédant et du cessionnaire et une description succincte des créances cédées.
>
> 2. L'enregistrement produit ses effets à compter du moment où les données visées au paragraphe 1 sont accessibles aux utilisateurs.
>
> 3. L'enregistrement des données peut se faire avant ou après une cession.
>
> 4. Les données enregistrées peuvent porter sur une ou plusieurs cessions et sur des créances qui n'existent pas au moment de l'enregistrement.
>
> 5. Toute anomalie, irrégularité, omission ou erreur dans le nom officiel du cédant qui empêche une recherche faite à partir du nom officiel du cédant d'aboutir aux données enregistrées invalide l'enregistrement."

Paragraphe 1

105. Il a été noté que la preuve de l'autorisation de l'enregistrement par le cédant ne figurait pas parmi les données devant être enregistrées, car, normalement, les prêteurs obtenaient cette autorisation avant d'octroyer un crédit, et le cédant, en l'absence d'autorisation, pouvait demander que les données enregistrées soient retirées ou modifiées (projet d'article 5 de l'annexe).

106. On a craint qu'il ne soit porté atteinte aux intérêts du cédant si n'importe qui pouvait enregistrer sans preuve d'une autorisation. Afin de répondre à cette préoccupation, diverses suggestions ont été faites. Selon l'une d'entre elles, faute d'un retrait automatique du registre en vertu du projet d'article 5 de l'annexe, on pourrait disposer qu'en cas de litige quant à l'exactitude des données enregistrées un avis serait introduit dans le registre afin de prévenir du litige les personnes le consultant. Selon une autre suggestion, lorsque le cédant contestait l'autorisation d'enregistrement, le conservateur du registre devait prier le cessionnaire de produire une preuve appropriée de l'autorisation. Si le cessionnaire ne produisait pas une telle preuve dans un délai de quinze jours, le conservateur du registre devait retirer l'enregistrement du fichier public. La première suggestion a été jugée acceptable, mais la seconde a suscité des objections au motif qu'elle risquerait de faire perdre son rang de priorité au cessionnaire, simplement parce que le cédant aurait présenté une demande de mauvaise foi et que le cessionnaire n'aurait pas répondu comme il convient dans un délai de quinze jours.

107. Pour ce qui est de la description des créances, il a été avancé qu'une "description succincte" ne serait nécessaire que dans les cas où toutes les créances n'étaient pas cédées; lorsque toutes les créances étaient cédées, une référence à toutes les créances devrait suffire.

108. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le paragraphe 1 et a prié le Secrétariat de le réviser compte tenu des suggestions faites.

Paragraphe 2

109. Il a été noté qu'une règle telle que celle qui était énoncée au paragraphe 2, aux termes de laquelle l'enregistrement produirait ses effets à compter du moment où les données enregistrées étaient accessibles aux utilisateurs, serait appropriée dans le cas de l'octroi initial d'un crédit, lorsque le crédit pouvait être retenu jusqu'à ce que les données enregistrées soient accessibles aux utilisateurs. Toutefois, dans le cas de la restructuration de crédits posant des problèmes, lorsqu'il était essentiel que le crédit soit disponible en temps voulu, il faudrait peut-être que l'enregistrement produise ses effets dès qu'il était effectué, c'est-à-dire avant même que les données enregistrées ne soient accessibles aux utilisateurs. Il a été noté que le problème ne se posait que dans le cas des systèmes partiellement électroniques, car, dans les systèmes entièrement électroniques, les données seraient accessibles aux utilisateurs dès l'achèvement de l'introduction des données par la partie effectuant l'enregistrement. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le paragraphe 2.

Paragraphes 3 et 4

110. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 3 et 4 acceptables dans l'ensemble.

Paragraphe 5

111. Il a été proposé que le paragraphe 5 fasse référence au “cédant” et non au “nom officiel du cédant”. On a fait observer que cette question pourrait être précisée dans la réglementation du registre, afin de préserver la souplesse des dispositions relatives à l’enregistrement figurant dans le projet de Convention et d’éviter de rattacher ces dispositions à tel ou tel mécanisme ou logiciel de recherche. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le paragraphe 5.

Article 4. *Durée, reconduction et modification de l’enregistrement*

112. Le texte du projet d’article 4 de l’annexe examiné par le Groupe de travail était le suivant :

“1. L’enregistrement au titre de la présente Convention produit ses effets [pendant une période de cinq ans après l’enregistrement] [pendant la période de temps spécifiée par la partie qui enregistre].

2. L’enregistrement peut être reconduit pour des périodes supplémentaires successives [de cinq ans] [de durée spécifiée par la partie qui enregistre] si demande en est faite six mois avant l’expiration de la durée de production des effets de l’enregistrement.

3. L’enregistrement peut être modifié à tout moment pendant la durée de production de ses effets. La modification produit ses effets à compter du moment où elle devient accessible aux utilisateurs.”

113. Le Groupe de travail a jugé le projet d’article 4 de l’annexe acceptable dans l’ensemble, mais diverses suggestions ont été faites. Selon l’une d’entre elles, les paragraphes 1 et 2 pourraient être combinés, afin que les parties puissent spécifier le temps pendant lequel l’enregistrement produirait ses effets, et, si elles ne s’accordaient pas sur ce point, l’enregistrement produirait ses effets pendant cinq ans. Selon une autre suggestion, la production d’effets de l’enregistrement ne devrait pas être limitée dans le temps. On a objecté sur ce point que les avantages qu’il y avait à nettoyer les fichiers publics l’emportaient sur le risque de voir un cessionnaire perdre son droit de priorité, droit qu’il pouvait protéger en renouvelant son enregistrement. Pour ce qui est de la durée exacte de l’enregistrement, il a été noté qu’elle dépendait de la vie moyenne d’un contrat de financement. Selon une autre suggestion, le projet d’article 4 de l’annexe devrait spécifier que toute modification du nom du cédant ou du droit sur les créances devrait être enregistrée.

114. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet d’article 4 de l’annexe et a prié le Secrétariat de le réviser compte tenu des suggestions faites.

Article 5. *Droit du cédant de supprimer ou de modifier les données enregistrées*

115. Le texte du projet d’article 5 de l’annexe examiné par le Groupe de travail était le suivant :

“1. Le cédant peut demander par écrit que le cessionnaire enregistre un avis de suppression ou de modification des données enregistrées. [Le cédant indique explicitement la nature de l’action demandée et les motifs de sa demande.]

2. Si le cessionnaire ne donne pas suite à cette demande dans les quinze jours qui suivent sa réception, le cédant peut saisir un tribunal compétent pour qu’il ordonne la suppression ou la modification des données enregistrées au motif qu’elles se rapportent à des créances sur lesquelles le cessionnaire n’a aucun intérêt ou a un intérêt différent.”

116. Il a été convenu qu’une règle prévoyant la suppression automatique des données enregistrées ne serait pas appropriée. En effet, le cédant pouvait se protéger contre tout enregistrement inexact par d’autres moyens, tels que l’enregistrement d’une notification avertissant les parties qu’il y avait litige quant à l’enregistrement et une règle prévoyant des pénalités à l’encontre des cessionnaires en cas d’enregistrement inexact. En outre, il a été déclaré que l’enregistrement ne portait pas nécessairement atteinte à la fiabilité du cédant, car il ne servait qu’à aviser qu’une opération financière avait peut-être été conclue et n’avait pas à divulguer le montant du crédit garanti. Par contre, il a été noté qu’une suppression automatique des données enregistrées exposerait le cessionnaire au risque de perdre son rang de priorité s’il ne répondait pas en temps voulu à une demande erronée ou de mauvaise foi de la part du cédant. Ce risque, a-t-on déclaré, serait même plus grand au cas où une demande de cet ordre serait faite à la veille d’une insolvabilité et risquerait d’avoir des effets sur le coût du crédit.

117. Pour ce qui est du tribunal qui devrait être compétent pour ordonner à un conservateur de registre de supprimer ou de modifier des données enregistrées, diverses suggestions ont été faites. Selon l’une d’entre elles, les tribunaux du pays où le cédant avait son établissement devaient être compétents (voir par. 101 ci-dessus). Cette solution, a-t-on déclaré, serait compatible avec un système fondé sur des registres nationaux, car l’enregistrement serait normalement effectué là où était situé l’établissement du cédant. En outre, elle serait compatible avec les projets d’articles 23 et 24 disposant que la loi du pays où le cédant avait son établissement s’appliquait aux questions de priorité. Selon une autre suggestion, les litiges portant sur les ordres adressés au conservateur du registre pourraient être réglés par voie d’arbitrage. Une telle solution serait préférable, notamment si un système international d’enregistrement était créé, car cela permettrait d’éviter que des tribunaux nationaux n’adressent des ordres peut-être contradictoires au registre. Selon une autre suggestion encore, les demandes des cédants concernant la suppression ou la modification des données enregistrées pourraient être réglées par le registre, du moins en premier lieu.

Article 6. *Recherche dans le registre*

118. Le texte du projet d’article 6 de l’annexe examiné par le Groupe de travail était le suivant :

“1. Toute personne peut faire des recherches dans les fichiers du registre et obtenir le résultat de ces recherches par écrit.

2. La recherche peut se faire à partir du nom du cédant [ou du numéro d'enregistrement].

[3. Le résultat d'une recherche qui est censée émaner du registre est recevable à titre de preuve et, en l'absence de preuve contraire, atteste les données sur lesquelles porte la recherche, y compris :

a) La date et l'heure de l'enregistrement; et

b) le rang de l'enregistrement indiqué par le numéro d'enregistrement mentionné dans le résultat écrit de la recherche.]"

119. Il a été noté que le paragraphe 1 envisageait un registre ouvert au public. On a craint que le fait de donner au public accès à des données relatives à des opérations financières ne porte atteinte aux droits des cédants. Afin de répondre à ces préoccupations, il a été proposé que l'accès au registre soit limité à "toute personne intéressée". On a objecté que, normalement, le volume des données disponibles dans le fichier public était si limité que leur divulgation ne pourrait avoir d'effets négatifs sur les intérêts des cédants. En outre, il a été noté que l'avantage d'un accès accru à un crédit meilleur marché l'emportait sur l'inconvénient potentiel lié à une protection insuffisante du caractère confidentiel des activités des cédants. Toutefois, il a été déclaré que les États pourraient disposer d'une certaine latitude pour limiter l'accès aux données enregistrées à certaines catégories de parties seulement. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article 6 tel quel.

Titre du projet de Convention

120. Des avis divergents ont été émis quant au maintien ou à la suppression de la notion de "financement" dans le titre. Selon un avis, cette notion devrait être supprimée. En effet, un titre ne faisant pas référence à la notion de financement serait conforme à la teneur du projet de Convention, car cette notion n'était pas utilisée dans le projet d'article premier pour définir le champ d'application du projet de Convention, mais ne figurait que dans le titre, le préambule et les projets d'articles 5-4 et 15-3. En outre, on a noté que, comme le titre pouvait servir à des fins d'interprétation et que le projet de Convention devait régir aussi les cessions effectuées en dehors d'un contexte de financement, l'utilisation de cette notion de "financement" dans le titre risquerait d'être source d'erreurs.

121. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, la notion de "financement" devrait être conservée dans le titre. Il a été noté qu'un tel titre décrirait précisément le principal objectif du projet de Convention, tel qu'il ressortait du préambule, qui consistait à offrir un régime juridique uniforme favorisant l'offre de crédit à des taux plus favorables. En outre, une telle démarche serait conforme à la décision prise par le Groupe de travail de se concentrer sur les cessions effectuées dans un contexte de financement, sans exclure une plus large gamme de cessions, étant entendu que l'on ne tenterait pas de les englober toutes (A/CN.9/432, par. 18 et 66). En outre, il a été indiqué qu'avec un titre tel que "projet de Convention sur la cession de créances" le projet de Convention risquerait d'être interprété comme régissant l'ensemble du domaine de la cession, ce qui en compromettrait l'acceptabilité dans les pays qui ne souhaiteraient pas modifier le droit des cessions en général.

122. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver tel quel le titre du projet de Convention. Il a été convenu que la question de la conformité entre le titre, les objectifs et la teneur du projet de Convention devrait sans doute être réexaminée au dernier stade de l'élaboration du texte.

Préambule

123. Le texte du préambule du projet de Convention examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"Les États contractants,

Considérant que la coopération commerciale internationale sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,

Estimant que l'adoption de règles uniformes régissant la cession de créances à des fins de financement faciliterait le développement du commerce international et favoriserait l'offre de crédits à des taux plus favorables,

Sont convenus de ce qui suit :"

124. Le Groupe de travail a jugé que le préambule était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Chapitre premier. Champ d'application

Article premier. *Champ d'application*

125. Le texte du projet d'article premier examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. La présente Convention s'applique aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre :

a) si [, au moment de la cession,] le cédant et le cessionnaire ont leur établissement dans un État contractant; ou

b) si les règles du droit international privé conduisent à l'application de la loi d'un État contractant.

[2. Les dispositions des articles 26 à 28 s'appliquent [aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre] indépendamment du paragraphe 1 du présent article.]"

Paragraphe 1

Phrase introductive

126. Il a été noté que la phrase introductive du projet d'article premier découlait de la décision prise par le Groupe de travail lors de ses deux sessions précédentes, aux termes de laquelle le champ d'application du projet de Convention quant au fond devrait être libellé en termes suffisamment généraux pour couvrir à la fois les cessions de créances internationales et les cessions internationales de créances nationales, ce qui exclurait uniquement les cessions nationales de créances nationales (A/CN.9/432, par. 24, et A/CN.9/434, par. 18).

127. Pour ce qui est des créances nationales, on a craint que leur cession ne pose des problèmes différents de la cession de créances internationales; de ce fait, si elle était régie par le projet de Convention, elle devrait être soumise à des règles différentes. Selon un autre avis, le fait d'appliquer deux régimes juridiques différents à des créances nationales, en fonction du caractère national ou international de la cession, poserait des problèmes (par exemple, un conflit entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales). On a également craint que le fait d'englober les créances nationales n'expose le débiteur aux risques liés à l'obligation de payer un cessionnaire étranger.

128. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, en l'absence d'exemples concrets démontrant qu'il fallait traiter différemment plusieurs types de cessions, le simple fait que la cession de créances internationales était pratiquée dans le contexte d'opérations (par exemple, l'affacturage) qui étaient différentes des opérations faisant intervenir une cession internationale de créances nationales (par exemple, la titrisation) ne justifiait pas que l'on accorde un traitement différent à ces deux types de cessions. En outre, on a indiqué que le risque d'un conflit entre deux régimes juridiques était pour l'essentiel théorique, notamment après la décision prise par le Groupe de travail de transformer les projets d'articles 23 et 24 en règles de conflit.

129. De plus, il a été noté que l'on pourrait répondre aux préoccupations liées aux droits et obligations du débiteur en incluant dans le projet de Convention un système approprié de protection du débiteur. On a ajouté que ces préoccupations ne sauraient justifier l'exclusion de la cession internationale de créances nationales du champ d'application du projet de Convention, étant donné notamment que l'inclusion de telles cessions offrirait sans doute aux débiteurs un accès plus large aux marchés financiers internationaux et entraînerait donc une baisse du coût du crédit.

130. Après un débat, le Groupe de travail a confirmé sa décision précédente en conservant telle quelle la phrase introductive du paragraphe 1.

Alinéa a

131. Au début, il a été proposé que le Groupe de travail envisage de restructurer l'alinéa *a*, afin d'établir une distinction entre les diverses relations entre les parties à une cession typique. S'il a été convenu qu'il fallait garder présentes à l'esprit ces diverses relations durant l'examen du champ d'application du projet de Convention, il a été jugé dans l'ensemble qu'il serait difficile de restructurer le projet d'article premier, afin de traiter séparément des nombreuses relations ou situations de conflit possibles (cédant-cessionnaire, cessionnaire-débiteur, cessionnaire-cessionnaire, cessionnaire-créancier du cédant, cessionnaire-administrateur de l'insolvabilité).

132. Il a été convenu que, pour que le projet de Convention s'applique, seul le cédant devait avoir son établissement dans un État contractant. Le fait d'exiger que le cessionnaire soit également situé dans un État contractant serait source d'incertitude quant à l'application du projet de Convention, car un financier éventuel ne pourrait prédire s'il y aurait des cessionnaires concurrents dans des États non contractants, auquel cas le conflit de priorité avec eux n'entrerait pas dans le champ d'application du projet de Convention. On a déclaré que de telles incertitudes quant à la loi applicable aux conflits de priorité risqueraient d'élever le coût du crédit ou d'en réduire l'offre, conséquence qui serait contraire au principal objectif du projet de Convention. En outre, le fait d'exiger que le cessionnaire soit situé dans un État contractant pour que le projet de Convention s'applique aurait des résultats peu cohérents. Par exemple, un conflit de priorité entre plusieurs cessionnaires ayant obtenu les mêmes créances du même cédant, ou la cession à un consortium de cessionnaires seraient soumis à un régime juridique différent, selon le pays où les cessionnaires seraient situés. En outre, il a été jugé dans l'ensemble que la suppression de la référence à l'établissement du cessionnaire à l'alinéa *a* élargirait comme il convient le champ d'application du projet de Convention.

133. Les participants ont ensuite examiné si, outre le cédant, le débiteur devrait avoir son établissement dans un État contractant pour que le projet de Convention soit applicable. Des avis divergents ont été exprimés. Selon une opinion, le débiteur devrait également être situé dans un État contractant. En effet, une telle solution lui permettrait de savoir si le projet de Convention était applicable et d'éviter des situations dans lesquelles ses droits et obligations seraient soumis à un régime juridique différent, du simple fait que le cédant choisissait d'effectuer une cession internationale.

134. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, le débiteur n'avait pas à être situé dans un État contractant pour que le projet de Convention soit applicable, sauf dans le cas des dispositions relatives aux droits et obligations du débiteur (par exemple, les projets d'articles 13, 14 et 18 à 22). Une telle approche rendrait sans doute plus prévisible l'application du projet de Convention pour ce qui est du débiteur, sans limiter indûment l'application du projet de Convention dans son ensemble. En outre, cela serait conforme à la pratique normale, car, même si le projet de Convention s'appliquait dans le cas où le débiteur n'était pas situé dans un État contractant, il ne pourrait modifier les dispositions de la loi applicable relatives à la protection du débiteur qui avaient un caractère impératif (par exemple, les règles relatives à la notification du débiteur). En outre, il a été noté que cette approche serait favorable au cédant et au

cessionnaire, dans la mesure où ils pourraient prédire si, ayant satisfait aux exigences du projet de Convention, il leur serait possible d'exécuter leur créance à l'encontre du débiteur.

135. Il a été généralement convenu que la référence au moment auquel le cédant devait être situé dans un État contractant, qui figurait entre crochets à l'alinéa *a*, rendait plus certaine l'application du projet de Convention et devrait être conservée.

136. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que seul le cédant devait avoir son établissement dans un État contractant pour que le projet de Convention soit applicable. Dans le même temps, il a décidé que, pour que les dispositions traitant des droits et obligations du débiteur soient applicables, le débiteur devait aussi avoir son établissement dans un État contractant. Pour ce qui est de savoir quelles seraient ces dispositions exceptionnelles, le Groupe de travail a décidé de revenir sur cette question après avoir achevé l'examen du projet de Convention dans son ensemble.

Alinéa b

137. Des avis divergents ont été exprimés à propos du maintien ou de la suppression de l'alinéa *b*. Selon un avis, il faudrait le conserver. En effet, il existait des dispositions similaires dans d'autres conventions internationales élaborées par la CNUDCI (par exemple, l'alinéa *b* de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[e] [ci-après dénommée "Convention des Nations Unies sur les ventes"] et l'alinéa *b* de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les garanties et les lettres de crédit stand-by), et la référence aux règles du droit international privé était en général considérée comme un élargissement utile du champ d'application de ces conventions. En outre, les incertitudes pouvant découler de disparités entre les règles applicables du droit international privé ne seraient pas évitées si on limitait l'applicabilité du projet de Convention, car ces règles s'appliquaient également hors du champ d'application du projet de Convention. Par exemple, si les règles du droit international privé conduisaient à l'application de la loi d'un État contractant et que l'alinéa *b* devait être supprimé, la loi applicable serait la loi régissant les cessions nationales, ce qui pourrait également être considéré comme un facteur d'incertitude.

138. Selon un avis du même ordre, la référence générale aux règles du droit international privé figurant à l'alinéa *b* pourrait être remplacée par une indication plus précise des règles du droit international privé envisagées (par exemple, le projet de Convention serait applicable si le contrat de cession était régi par la loi d'un État contractant, ou si tant le contrat initial que le contrat de cession étaient régis par la loi d'un État contractant; voir le paragraphe 1 *b* de l'article 2 de la Convention d'Ottawa).

139. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il faudrait supprimer l'alinéa *b*. En effet, les incertitudes résultant de la référence aux règles du droit international privé ne seraient pas acceptables, étant donné que le projet de Convention devait s'appliquer non seulement aux aspects contractuels de la cession, mais également au transfert de droits patrimoniaux dans le contexte d'opérations multipartites complexes, ce qui, a-t-on estimé, justifiait que l'on s'écarte des dispositions retenues dans les conventions précédentes. En outre, il a été noté que le champ d'application du projet de Convention, tel que défini à l'alinéa *a*, était suffisamment large pour qu'il ne soit pas nécessaire de l'élargir encore en faisant référence aux règles du droit international privé. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer l'alinéa *b*.

Paragraphe 2

140. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé d'examiner l'objet ou la portée du chapitre VI (projets d'articles 26 à 28) après avoir achevé l'examen du champ d'application du projet de Convention (voir par. 55 ci-dessus) et, dans ce contexte, a étudié s'il faudrait supprimer ou conserver le paragraphe 2.

141. Il a été noté que l'une des fonctions possibles du chapitre VI était de réduire les incertitudes quant à l'application du projet de Convention en vertu du paragraphe 1 *b* du projet d'article premier en énonçant un ensemble de règles uniformes de droit international privé qui déclencheraient l'application du projet de Convention. Le Groupe de travail ayant décidé de supprimer le paragraphe 1 *b* du projet d'article premier, il a été convenu que le chapitre VI ne pouvait plus remplir cette fonction.

142. Le chapitre VI, a-t-on déclaré, pouvait remplir une autre fonction : offrir une harmonisation supplémentaire du droit dans le domaine de la cession en énonçant les règles à suivre par les tribunaux des États contractants pour déterminer, dans un cas donné, la loi applicable à la cession. Au cas où le Groupe de travail déciderait de se conformer à cette approche, le paragraphe 2 serait utile, car il étendrait le champ d'application du chapitre VI aux cessions, qu'elles soient ou non liées à un État contractant. Ainsi, le chapitre VI serait applicable, même si, dans un cas donné, il apparaissait que le projet de Convention n'était pas la loi applicable quant au fond pour la cession en question. Il a été noté que le paragraphe 2 s'inspirait de l'approche retenue au paragraphe 3 de l'article premier de la Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by.

143. À ce propos, on a estimé que, si le chapitre VI devait constituer ce que l'on a appelé une "miniconvention" sur le droit international privé, distincte des principales dispositions de fond du projet de Convention, cette "miniconvention" devrait être optionnelle pour les parties aux dispositions principales et devrait également être quelque peu élargie, pour traiter de manière plus détaillée des questions de droit international privé. Une telle solution permettrait de surmonter les difficultés qui découleraient de conflits possibles avec d'autres conventions internationales traitant de la loi applicable aux cessions. En outre, elle permettrait aux États éventuellement parties à ces autres

[e] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.IV.3), première partie.

conventions d'adopter le projet de Convention sans le chapitre VI optionnel.

144. Au cas où le Groupe de travail déciderait de ne pas tenter d'harmoniser de la sorte les règles de conflit, il a été noté que le paragraphe 2 ne serait plus nécessaire. La seule fonction que remplirait encore le chapitre VI serait alors d'offrir un mécanisme permettant de combler les lacunes pour ce qui est des questions non expressément tranchées dans le projet de Convention (projet d'article 8-2).

145. Vu la décision prise par le Groupe de travail à propos du projet d'article 23 (voir plus haut le paragraphe 27), le Groupe de travail est convenu que de nouvelles consultations seraient requises, afin de déterminer l'objet du chapitre VI, et il a décidé de conserver le paragraphe 2 entre crochets et de le réexaminer à une session future.

Article 2. *Cession de créances*

146. Le texte du projet d'article 2 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "1. Aux fins de la présente Convention, le terme "cession" désigne le transfert par convention d'une partie ("cédant") à une autre partie ("cessionnaire") de son droit au paiement d'une somme d'argent ("créance") due par une troisième partie ("débiteur") en échange d'une contrepartie, d'un crédit ou de services connexes fournis ou promis au cédant par le cessionnaire.
>
> 2. Le terme "cession" comprend le transfert de créances à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation, ou par tout autre moyen, y compris la subrogation par convention, la novation ou le nantissement de créances."

Paragraphe 1

147. Le paragraphe 1 a été jugé dans l'ensemble acceptable quant au fond, mais diverses propositions ont été faites quant à sa forme. Selon un avis, les mots "au cédant", à la dernière ligne du paragraphe 1, devraient soit être supprimés, soit complétés par les mots "ou à une autre personne", afin de ne pas exclure du champ d'application du projet de Convention les cessions dans lesquelles une contrepartie, un crédit ou des services connexes étaient fournis ou promis, non au cédant, mais à une autre personne liée au cédant ou envers laquelle le cédant avait une dette. Selon un autre avis, les mots "à tout moment" devraient être inclus après le mot "promis", afin que les cessions en échange d'une contrepartie, d'un crédit ou de services reçus, non au moment de la cession, mais auparavant, soient également régies par le projet de Convention (par exemple, aménagement de dettes).

148. Selon une autre proposition, il faudrait supprimer les mots "en échange d'une contrepartie, d'un crédit ou de services connexes fournis ou promis au cédant par le cessionnaire", car ils se rapportaient à l'opération financière elle-même et non à la cession en tant que telle. On a objecté à cette proposition que le fait de fournir ou de promettre une contrepartie, un crédit ou des services connexes s'inscrivait dans le cadre de la cession, et pas seulement du contrat de financement. En outre, ces mots devraient être conservés, car ils précisaient de manière utile qu'une cession effectuée, non à des fins de financement, mais afin de fournir des services liés au financement, serait régie par le projet de Convention.

149. En réponse à une question, il a été noté qu'une cession ayant uniquement pour objet de libérer le cédant de tout risque de recours en cas de défaillance du débiteur serait régie par le projet de Convention en vertu du paragraphe 1 sous sa forme actuelle, en tant que cession effectuée en échange d'une contrepartie. En réponse à une autre question, il a été déclaré que le paragraphe 1, dans son libellé actuel, précisait suffisamment que tant le contrat de cession que le transfert de créance en résultant étaient englobés dans la définition de la "cession".

150. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le paragraphe 1 et a prié le Secrétariat de le réviser compte tenu des suggestions mentionnées au paragraphe 147.

Paragraphe 2

151. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 acceptable, mais a décidé de supprimer la liste indicative des types de transferts de créances qui y figurait. Cette liste était superflue, car le paragraphe 2 précisait que tous les types de transferts étaient inclus. En outre, il a été noté que la liste risquerait d'avoir pour conséquence d'exclure, sans que cela soit le but recherché, certains types de cessions du champ d'application du projet de Convention, car elle n'était pas exhaustive. En outre, il a été noté que la novation ne supposait pas le transfert, mais plutôt l'extinction d'une créance et la création d'une nouvelle.

152. Il a été noté que les mots "le transfert de créances à titre de garantie" risqueraient d'exclure les cessions supposant non le transfert de propriété à des fins de garantie, mais la simple création d'une garantie. Afin de veiller à ce que ces cessions à titre de garantie soient régies par le projet de Convention, il a été proposé de faire référence aux transferts de créances, ainsi qu'à la création d'une garantie en la matière.

153. Sous réserve de cette modification et de la suppression de la liste indicative des types de transferts de créances, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 2 quant au fond.

Article 3. *Internationalité*

154. Le texte du projet d'article 3 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "1. Une créance est internationale si, au moment où elle naît, les établissements du cédant et du débiteur sont situés dans des États différents. Une cession est internationale si, au moment où elle est effectuée, les établissements du cédant et du cessionnaire sont situés dans des États différents.

2. Aux fins de la présente Convention :

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 pertinent [ou toute autre convention ou décision d'un tribunal donnant naissance à la créance cédée];

b) si une partie n'a pas d'établissement, [son bureau statutaire] ou sa résidence habituelle en tient lieu."

Paragraphe 1

155. Le Groupe de travail s'est d'abord penché sur la question du moment auquel devait être déterminée l'internationalité d'une créance. Afin d'éviter d'englober les créances qui étaient internationales au moment où elles naissaient, mais devenaient nationales au moment de la conclusion du contrat de cession, il a été proposé de considérer qu'une créance devait être internationale au moment de la conclusion du contrat de cession et non au moment où elle naissait. Il a été fait valoir, à l'encontre de cette proposition, qu'une telle approche entraînerait une modification des faits sur lesquels se fondait le créancier (cédant) pour décider d'octroyer ou non un crédit au débiteur et, s'il l'octroyait, à quelles conditions. Il a été expliqué que les créanciers prendraient normalement une telle décision au moment où une créance naissait (ce qui, aux termes du paragraphe 2 du projet d'article 5, était le moment où était conclu le contrat original), et le fait d'influer sur cette décision par une règle telle que celle qui avait été proposée accroîtrait l'incertitude et, en conséquence, le coût du crédit.

156. Le Groupe de travail est ensuite passé à la question de savoir si une créance due par plusieurs débiteurs ou à plusieurs cédants serait internationale, même si un seul débiteur ou un seul cédant était situé dans un pays autre que le pays dans lequel l'autre partie à la transaction était située. Il a examiné, par ailleurs, la question de savoir si une cession impliquant plusieurs cédants ou plusieurs cessionnaires était internationale, même si un seul cédant et un seul cessionnaire étaient situés dans des pays différents.

157. Il a été convenu qu'en cas de multiplicité des cédants ou des cessionnaires on pourrait considérer qu'une cession ou une créance était internationale même si un seul cédant ou un seul cessionnaire était situé dans un pays autre que celui dans lequel l'autre partie à la transaction était située. Cela permettrait aux cédants et aux cessionnaires de déterminer à l'avance comment structurer leur cession de manière à ce qu'elle entre ou non dans le champ d'application du projet de Convention. On a fait observer qu'il fallait être prudent à cet égard, dans la mesure où une telle approche pourrait entraîner des manipulations dans les opérations de financement (par exemple, dans un consortium de banques, la banque principale pourrait faire participer à l'opération une banque étrangère et faire ainsi entrer ladite opération dans le champ d'application du projet de Convention). On a également suggéré que l'internationalité d'une cession soit déterminée sur la base de la teneur d'une opération, en déterminant par exemple si la majorité des créances cédées seraient internationales.

158. En cas de multiplicité des débiteurs, le fait d'inclure les cessions globales de créances à la fois nationales et internationales ne poserait pas de problème de priorité puisque, en vertu des projets d'articles 23 et 24, la loi en vigueur dans le pays où le cédant avait son établissement serait applicable pour tous les conflits de priorité. En outre, il a été déclaré que, sauf si le projet de Convention s'appliquait même si un seul débiteur était situé dans un pays autre que le pays du cédant, il serait difficile de trouver un critère acceptable de limitation de l'application du projet de Convention. On a fait toutefois observer qu'une telle approche pourrait, sans que cela soit l'objectif visé, empêcher les débiteurs de prévoir si le projet de Convention s'appliquerait et influerait sur leurs droits et leurs obligations. Il serait possible, a-t-on déclaré, de remédier à un tel problème en indiquant que le projet de Convention ne s'appliquerait pas à un débiteur, sauf si ce dernier était situé dans un État contractant, et en incluant dans le projet de Convention un système approprié de protection des débiteurs.

159. Une question connexe se posait : en cas de multiplicité des cédants, tous devaient-ils être situés dans un État contractant pour que le projet de Convention s'applique ? Il a été déclaré qu'il suffirait qu'un seul cédant soit situé dans un État contractant. Sinon, un groupe de cédants pourrait faire en sorte que le projet de Convention ne s'applique pas en incluant dans l'opération un cédant situé dans un État non contractant. La même question se poserait, pour ce qui est de l'application des dispositions du projet de Convention traitant des droits et obligations du débiteur, en cas de multiplicité des débiteurs. Le Groupe de travail a pris note du problème, mais, faute de temps, a décidé d'y revenir à une session ultérieure.

160. En réponse à une question, il a été noté que, dans le cas de cessions successives, en vertu de la règle énoncée au paragraphe 1, la cession d'une créance nationale, cédée du pays A au pays B, serait régie par le projet de Convention en tant que cession internationale d'une créance nationale (cédant et débiteur dans le pays A et cessionnaire dans le pays B), une nouvelle cession dans le pays B serait également régie par le projet de Convention en tant que cession nationale d'une créance internationale (débiteur dans le pays A, cédant subséquent et cessionnaire dans le pays B), une nouvelle cession du pays B au pays A serait elle aussi régie par le projet de Convention en tant que cession internationale d'une créance internationale (cédant dans le pays B, cessionnaire et débiteur dans le pays A), mais une nouvelle cession dans le pays A ne le serait pas, car il s'agirait d'une cession nationale d'une créance nationale (cédant, cessionnaire et débiteur dans le pays A).

161. Vu l'exemple mentionné ci-dessus, diverses suggestions ont été faites à propos du projet d'article 25 traitant des cessions subséquentes. Selon une suggestion, afin que la deuxième cession mentionnée dans l'exemple ci-dessus soit également incluse, il faudrait réviser le projet d'article 25, qui disposerait alors non seulement que le cessionnaire subséquent doit être considéré comme le cessionnaire initial, mais aussi que le cédant subséquent doit être traité comme le cédant initial. Il a également été proposé, afin d'englober la dernière cession mentionnée ci-

dessus, que le projet d'article 25 comporte une disposition similaire à l'article 11-1 de la Convention d'Ottawa, selon laquelle, si la cession initiale d'une créance est régie par la Convention, toute cession subséquente de ladite créance l'est également (principe de la *perpetuatio juris*).

162. Toutefois, il a été déclaré que, si le principe "une fois international, toujours international" était approprié dans la Convention d'Ottawa, qui ne traitait que des créances internationales, il pourrait donner des résultats peu souhaitables dans le contexte du projet de Convention, s'il s'appliquait aussi aux cessions internationales de créances nationales. Il a été noté, par exemple, que si cette règle devait s'appliquer lorsque la cession initiale était une cession internationale d'une créance nationale, les parties pourraient céder internationalement une créance nationale afin de l'inclure dans le champ d'application du projet de Convention. En outre, le dernier cessionnaire ayant obtenu une créance nationale par le biais d'une cession nationale devrait examiner toutes les cessions précédentes, afin de déterminer quelle loi régissait la dernière cession. Afin de répondre à ces préoccupations, il a été suggéré que, si le principe de la *perpetuatio juris* était adopté au projet d'article 25, son application soit limitée aux cas où l'internationalité de la cession était apparente. Sinon, en vertu de ce principe, le débiteur recevant notification du dernier cessionnaire n'aurait aucun moyen de savoir que le projet de Convention s'appliquait à ses droits et obligations.

163. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 1 quant au fond et a prié le Secrétariat de le réviser compte tenu des avis exprimés et des suggestions faites.

Paragraphe 2

164. Il a été convenu que le paragraphe 2 devrait énoncer une définition claire du terme "établissement", voire le remplacer par un autre terme. Il a été déclaré qu'étant donné les projets d'article 1 *a*, 23 et 24 il était essentiel que l'établissement du cédant soit clairement déterminé pour l'application du projet de Convention et pour la détermination de la loi applicable aux questions de priorité. De même, il était essentiel que l'établissement du débiteur soit clairement déterminé pour l'application du projet de Convention à ses droits et obligations. Il a été expliqué que toute incertitude quant à l'établissement du cédant ou du débiteur entraverait le principal objectif du projet de Convention, car elle risquerait d'augmenter le coût du crédit.

165. Étant donné que la cession avait des incidences sur les droits de tiers, il a été noté que cette question devrait être traitée non comme dans les textes traitant d'obligations contractuelles (par exemple, projet d'article 3-2 fondé sur l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur les ventes), mais plutôt comme dans les textes traitant des relations ayant des incidences sur les droits de tiers (par exemple, les articles 2 *b* et 2 *f* et l'article 16-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[f], ci-après dénommée "Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité").

166. Pour ce qui est des éléments d'une telle définition d'un "établissement" ou d'un terme similaire, diverses suggestions ont été faites. Selon une suggestion, l'établissement devrait être défini par référence au centre des intérêts principaux et au siège statutaire des parties. Selon une autre, il faudrait faire référence au lieu où l'opération a été conclue, ou au siège des parties intéressées. Selon une autre encore, la définition devrait désigner le lieu où les factures étaient émises et le lieu auquel les factures étaient adressées. Selon une dernière, il faudrait laisser les parties à la cession libres de spécifier leur établissement. Si une telle approche était retenue, a-t-on noté, il faudrait une règle "par défaut" pour les cas où les parties ne spécifiaient pas l'établissement du cédant. En outre, il faudrait spécifier un facteur de rattachement pour la détermination de l'établissement du débiteur. Selon une suggestion similaire, différents facteurs de rattachement pourraient être utilisés, selon l'objet pour lequel l'établissement des parties devrait être spécifié. Un appel à la prudence a toutefois été lancé, car le fait de laisser les parties libres de déterminer l'établissement risquerait d'être source d'incertitude dans le cas d'une chaîne de cessions subséquentes, si les parties aux diverses cessions spécifiaient des établissements différents.

167. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir une définition du terme "établissement" ou d'un terme similaire et de présenter des variantes tenant compte des suggestions faites.

Article 4. *Exclusions*

168. Le texte du projet d'article 4 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"La présente Convention ne s'applique pas aux cessions effectuées :

a) à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

b) uniquement par endossement ou remise d'un instrument de commerce;

c) dans le cadre de la vente, ou de la modification du régime de propriété ou du statut juridique, d'une entreprise commerciale d'où sont nées les créances cédées."

169. Le projet d'article 4 a, dans l'ensemble, été bien accueilli. Le Groupe de travail a étudié s'il faudrait inclure d'autres types de créances dans le champ d'application du projet de Convention ou, au contraire, en exclure.

170. Le Groupe de travail s'est d'abord penché sur la question de l'inclusion des créances extracontractuelles. Il a été noté qu'afin de tenir compte d'une décision provisoire prise par le Groupe de travail à sa session précédente, tendant à inclure lesdites créances (A/CN.9/434, par. 74 et 81), le texte du projet de Convention mentionnait en

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

plusieurs endroits “la convention ou la décision d’un tribunal” confirmant une créance extracontractuelle. Il a été noté qu’une telle limitation quant aux créances extracontractuelles régies par le projet de Convention tenait au fait qu’en l’absence d’une telle confirmation une créance extracontractuelle découlant d’un acte illégal était sans valeur à des fins de financement.

171. À l’appui de l’inclusion dans le projet de Convention de la cession de créances extracontractuelles, il a été déclaré que la cession de telles créances était une pratique importante qui méritait d’être traitée dans le projet de Convention. En outre, si le projet de Convention excluait de telles créances, il faudrait établir une distinction entre les créances extracontractuelles et les créances contractuelles, tâche qui ne serait pas facile, vu les interprétations divergentes données de ces termes dans les différents systèmes juridiques.

172. Par contre, l’inclusion des créances extracontractuelles a suscité diverses préoccupations. Selon un avis, une règle de priorité contractuelle fondée sur l’enregistrement ne semblait pas appropriée pour régler le problème de droits concurrents sur des créances extracontractuelles. Il a été déclaré que les assureurs ayant payé un sinistre et cherchant à obtenir un remboursement au moyen de la créance extracontractuelle de l’assuré pourraient subir un préjudice si d’autres financiers pouvaient obtenir la priorité par le biais de l’enregistrement. En outre, une disposition donnant la priorité au premier cessionnaire qui enregistrait, si elle était appliquée aux créances extracontractuelles, risquerait d’entraver le règlement auquel toutes les parties à un quasi-délit étaient censées participer (cela serait particulièrement vrai si l’enregistrement avait pour effet de donner un droit de priorité, même sur une créance extracontractuelle future). Toutefois, il a été noté que cette préoccupation avait suffisamment été prise en compte dans les projets d’articles 23 et 24, après que le Groupe de travail eut décidé de les transformer en règles de conflit (voir par. 27 et 31 ci-dessus).

173. On a également craint que le projet de Convention n’aille à l’encontre des lois nationales, en vertu desquelles les créances extracontractuelles peuvent ne pas être cessibles. Cette préoccupation, a-t-on déclaré, était également prise en compte dans le projet d’article 13, en ce sens qu’il ne prévalait pas sur les interdictions légales de la cession. Selon une autre préoccupation, le volume des opérations de financement sur la base de créances extracontractuelles était sans doute si faible que celles-ci ne méritaient pas d’être traitées dans le projet de Convention. Il a toutefois été noté que cette question ne pourrait être réglée sans des consultations avec des représentants du secteur des assurances, ainsi que d’autres branches d’activités intéressées.

174. On a en outre craint que la cession de créances extracontractuelles ne suscite divers problèmes complexes, qui devraient faire l’objet de règles spéciales. Divers exemples ont été donnés : le moment où naissait une créance extracontractuelle; l’impact d’une telle règle sur les lois nationales relatives à la prescription des créances; la manière dont les conditions de paiement d’une créance extracontractuelle seraient spécifiées; le moment du transfert d’une créance extracontractuelle future; la manière dont il pourrait être spécifié que, dans le cas de créances extracontractuelles, le cédant ne pouvait donner aucune assurance quant à l’absence d’exceptions de la part du débiteur; et la manière dont une créance extracontractuelle pourrait être modifiée. S’il a été admis que certaines de ces questions étaient déjà traitées dans le texte du projet de Convention (par exemple, le projet d’article 5-2 traitant du moment où une créance est réputée naître, le projet d’article 12 *b* traitant du moment du transfert de créances futures et le projet d’article 16-1 *c* limitant les assurances données par le cédant quant à l’absence de toute exception pouvant être invoquée par le débiteur sur la cession de créances contractuelles), il a été noté que d’autres questions n’avaient pas encore été traitées (par exemple, la modification d’une créance extracontractuelle).

175. Après un débat, le Groupe de travail a confirmé sa décision provisoire d’inclure les créances extracontractuelles et prié le Secrétariat de tenir compte de cette décision en ajoutant lesdites créances dans les dispositions sur le champ d’application, peut-être dans le projet d’article 2-2, et d’élaborer les dispositions supplémentaires qui seraient nécessaires, le cas échéant, pour traiter des questions se posant dans le cadre de la cession de créances extracontractuelles.

176. Le Groupe de travail s’est ensuite demandé s’il faudrait inclure la cession de créances découlant de comptes de dépôt. Il a été expliqué que de telles créances consistaient en des créances uniques, de montants importants ou peu importants, de déposants envers l’établissement de dépôt. Des avis divergents ont été exprimés. Selon un avis, de telles créances devraient être exclues du champ d’application du projet de Convention. En effet, le secteur bancaire était déjà suffisamment réglementé et n’avait sans doute pas besoin de nouvelles règles. Il a été noté que, pour la même raison, la cession de créances découlant de titres de placement, les lettres de crédit et l’ensemble du système de recouvrement de chèques devraient sans doute être également exclus. En outre, il a été noté que certaines des règles du projet de Convention ne seraient sans doute pas adaptées aux comptes de dépôt. Divers exemples ont été mentionnés : la reconnaissance de la cessibilité de créances découlant de comptes de dépôt; l’obligation faite à une banque de payer un cessionnaire; et le règlement des questions de priorité entre une banque ayant un droit de compensation et un cessionnaire, ou une banque et le porteur d’un chèque sur la base de l’enregistrement.

177. Selon un autre avis, il n’y avait aucune raison d’exclure la cession de créances découlant de comptes de dépôt. En effet, de telles cessions étaient pratique courante (par exemple, lorsque le titulaire d’un compte signait un chèque dans certains systèmes juridiques, il cédait une créance envers l’établissement de dépôt). En outre, il a été noté que, faute d’une interprétation universelle de la notion de comptes de dépôt, il serait sans doute difficile de les définir de manière à les exclure du champ d’application du projet de Convention. De plus, les préoccupations mentionnées ci-dessus étaient sans doute suffisamment prises en compte par le projet d’article 18 (en vertu duquel,

en l'absence d'informations suffisantes sur la cession, une banque n'avait pas à payer le cessionnaire de créances découlant d'un compte de dépôt) et les projets d'articles 23 et 24 (en vertu desquels les conflits de priorité étaient soumis à la loi du pays dans lequel le cédant, c'est-à-dire le titulaire du compte, avait son établissement). On a toutefois noté qu'il fallait faire preuve de prudence, car, si la cession de créances découlant de comptes de dépôt était incluse, les dispositions du projet de Convention traitant de la cessibilité et de la forme de la cession devraient sans doute être réexaminées.

178. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'inclure, en un endroit approprié du projet de Convention, une liste de créances dont la cession pourrait être incluse dans le champ d'application du projet de Convention, sous réserve de nouvelles consultations avec les représentants des pratiques en question. Il a été proposé que la liste inclue, outre les créances découlant de comptes de dépôt, les créances découlant de titres de placement, les accords de rachat, les transferts télégraphiques, les swaps et les systèmes de recouvrement de chèques.

179. Avant d'achever le débat sur le projet d'article 4, le Groupe de travail a noté que le projet de Convention relatif aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, en cours d'élaboration par UNIDROIT, devait porter sur la cession de créances découlant de la location-vente d'aéronefs, question qui devait également être traitée par le projet de Convention de la CNUDCI. Il a noté qu'afin d'éviter tout conflit la Commission et UNIDROIT devraient coopérer étroitement. Il a été suggéré que cette coopération prenne les formes suivantes : représentation de chaque organisation aux réunions de l'autre, échange de documents et consultations directes entre États représentés à la Commission et experts participant aux travaux d'UNIDROIT. Il a été convenu que cette question pourrait être examinée en détail lors de la prochaine session du Groupe de travail (New York, 2-13 mars 1998), lors de laquelle une version plus élaborée de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles serait disponible.

Chapitre II. Dispositions générales

Article 5. *Définitions et principes d'interprétation*

180. Le texte du projet d'article 5 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"Aux fins de la présente Convention :

1. Le terme "contrat initial" désigne le contrat entre le cédant et le débiteur d'où naît la créance cédée.

2. Une créance est réputée naître au moment où le contrat initial est conclu [ou, en l'absence de contrat initial, au moment où elle est confirmée par convention entre le créancier et le débiteur ou par décision d'un tribunal].

3. Le terme "créance future" désigne une créance qui peut naître après la conclusion de la cession.

[4. Le terme "financement par cession de créance" désigne toute opération dans laquelle une contrepartie, un crédit ou des services connexes sont fournis en échange de créances. Ce terme inclut, sans y être limité, l'affacturage, le forfaitage, la titrisation, le financement des projets et le refinancement.]

5. Le terme "écrit" désigne toute forme de communication [préservant un enregistrement complet de l'information qui y est contenue] [accessible de manière à être utilisable pour référence ultérieure] et permettant l'authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou par une procédure convenue par l'expéditeur et le destinataire de la communication.

6. Le terme "notification de la cession" désigne une déclaration informant le débiteur qu'une cession a été effectuée.

7. Le terme "administrateur d'insolvabilité" désigne une personne ou un organisme, même désigné(e) à titre provisoire, autorisé(e) à administrer le redressement ou la liquidation des biens du cédant.

8. Le terme "priorité" désigne le droit qu'a une partie d'obtenir paiement de préférence à une autre partie.

9. La priorité sur les créances inclut la priorité sur les espèces reçues par encaissement ou un autre acte de disposition des créances, sous réserve que lesdites espèces puissent être identifiées en tant que produit des créances."

Paragraphe 1

181. Pour ce qui est de la forme, il a été proposé de remplacer le terme "contrat initial" par un terme plus approprié, qui ferait référence au "contrat à l'origine des créances". En effet, le terme "contrat initial" risquerait d'être source d'incertitude, car, dans certaines relations (par exemple, une relation de compte de dépôt), il ne serait peut-être pas facile de déterminer le contrat d'où les créances tiraient leur origine. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, le terme "contrat initial" était acceptable, dans la mesure où il était défini. Après un débat, le Groupe de travail a conservé le paragraphe 1 tel quel.

Paragraphe 2

182. Selon un avis, il faudrait supprimer le paragraphe 2 car il ne serait peut-être pas approprié de fixer le moment où naissait une créance, quel que soit le contrat. En effet, ce moment pouvait ne pas être le même selon le type de contrat. Toutefois, il a été convenu que le projet de Convention pourrait réduire les incertitudes en énonçant une règle uniforme sur le moment où une créance était réputée naître, ce qui était essentiel pour l'application du projet de Convention, les effets d'une cession globale et le moment du transfert d'une créance future (projets

d'articles 3-1, 11 et 12). Selon une autre suggestion, afin que le mot "conclu" ne soit pas interprété comme signifiant que le contrat devait être exécuté, il faudrait remplacer ce mot par les mots "adopté, qu'il ait ou non été exécuté". Il a été répondu que le terme "conclu" désignait la conclusion du contrat, et non son exécution. Après un débat, le Groupe de travail a conservé le paragraphe 2 sans modification. Pour ce qui est du libellé y figurant entre crochets, il a été convenu qu'il resterait entre crochets dans l'attente d'une décision définitive du Groupe de travail sur la question de savoir si les créances extracontractuelles seraient ou non régies par le projet de Convention.

Paragraphe 3

183. Le Groupe de travail a approuvé sans changement le paragraphe 3.

Paragraphe 4

184. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si le paragraphe 4 devrait être conservé ou supprimé. Selon un avis, il fallait le conserver. En effet, ce paragraphe était conforme aux objectifs du projet de Convention énoncés dans le préambule. En outre, il a été noté que le paragraphe 4 pourrait se révéler utile dans les systèmes juridiques ne disposant pas d'une définition législative du financement par cession de créances. Selon un autre avis, il fallait le supprimer. En effet, dans son libellé actuel, il n'était pas conforme au champ d'application du projet de Convention, qui englobait d'autres pratiques que celles qui y étaient décrites (par exemple, la cession de créances extracontractuelles). Il a été déclaré que, si on le conservait, il faudrait le réviser, afin d'éviter de telles incompatibilités, ou le placer dans le préambule, afin de préciser encore les objectifs du projet de Convention. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de le garder entre crochets.

Paragraphe 5

185. Le Groupe de travail a noté que la définition énoncée dans le projet de paragraphe 5 avait pour objet de permettre l'utilisation de moyens de communication autres que le papier. La définition précisait que, lorsque le projet de Convention exigeait qu'une communication soit faite ou qu'un acte soit exécuté par écrit, cette exigence serait satisfaite lorsque les parties utiliseraient tout moyen répondant aux exigences du projet de paragraphe 5. Pour ce qui est des deux options entre crochets, il a été noté que la seconde était tirée de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[g].

186. Si l'inclusion d'une telle disposition a reçu un appui général, il a été déclaré néanmoins qu'il faudrait peut-être la préciser encore, notamment pour ce qui est de la notion d'"authentification". Il a été suggéré qu'à cette fin on remplace la notion d'"authentification" par une référence à la signature, telle qu'elle était spécifiée à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le paragraphe 5.

Paragraphe 6

187. Pour ce qui est de la forme, il a été proposé de remplacer le mot "déclaration" par le mot "écrit", afin d'aligner le paragraphe 6 sur le projet d'article 17-3. Il a été répondu que, conformément à une décision prise par le Groupe de travail à sa session précédente (A/CN.9/434, par. 167), le régime juridique des notifications était de manière appropriée divisé entre une brève définition au paragraphe 6 et des règles plus détaillées énoncées dans le projet d'article 17-3. Après un débat, le Groupe de travail a conservé le paragraphe 6 tel quel et a prié le Secrétariat d'envisager d'inclure dans ce paragraphe une référence au projet d'article 17-3.

Paragraphe 7

188. Il a été noté que le paragraphe 7 utilisait une terminologie conforme à la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité et à la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité. Dans l'attente d'une décision définitive sur la question des droits d'un cessionnaire par rapport à l'administrateur d'une insolvabilité en vertu du projet d'article 24, le Groupe de travail a renvoyé sa décision sur le paragraphe 7 à une session ultérieure.

Paragraphe 8

189. Il a été avancé que le libellé du paragraphe 8 était peut-être approprié pour les cessions à titre de garantie, mais qu'il serait sans doute quelque peu restrictif lorsqu'il serait appliqué aux cessions simples. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé de supprimer les mots "d'obtenir paiement". À l'appui de cette suggestion, il a été noté que, dans le domaine de l'affacturage, par exemple, le recouvrement en vertu de créances cédées n'était pas limité au recouvrement d'espèces, mais englobait le recouvrement de marchandises. Afin de tenir compte de ce fait, il a en outre été proposé que la définition du terme "créance", figurant dans le projet d'article 2, soit révisée sur la base de l'article 7 de la Convention d'Ottawa, ou que la priorité en matière de recouvrement de biens soit expressément énoncée au paragraphe 9. Sous réserve de la suppression des mots "d'obtenir paiement", le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 8.

Paragraphe 9

190. On a craint que le paragraphe 9 ne soit par trop restrictif en ne faisant référence qu'à des espèces. On a également craint qu'il ne soit interprété comme donnant la priorité sur le produit des créances, indépendamment de la priorité sur les créances. Selon une autre préoccupation encore, ce paragraphe n'était pas à sa place dans une

[g] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I; voir également l'annexe de la résolution 51/162 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 1996.

disposition énonçant des définitions. Afin de répondre à ces préoccupations, il a été convenu que le paragraphe 9 devrait comporter une définition du mot “produit”, alors que la question du transfert des droits sur le produit pourrait être traitée dans le projet d’article 11 et la question de la priorité sur le produit dans les projets d’articles 23 et 24. Le Groupe de travail a décidé qu’il n’arrêterait la teneur d’une telle définition qu’après avoir achevé son examen du projet d’article 11 (voir par. 215 à 220 ci-après).

Article 6. *Autonomie des parties*

191. Le texte du projet d’article examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> “1. Entre le cédant et le cessionnaire, les articles [...] peuvent être exclus ou modifiés par convention.
>
> 2. Entre le cédant et le débiteur, les articles [...] peuvent être exclus ou modifiés par convention.
>
> [3. Aucune disposition de la présente Convention n’invalide une cession qui est valide en vertu de dispositions autres que celles de la présente Convention.]”

Paragraphes 1 et 2

192. Le principe énoncé aux paragraphes 1 et 2, à savoir que l’autonomie des parties ne devrait pas compromettre la certitude nécessaire concernant les droits des tiers, a bénéficié d’un appui général.

193. En réponse à une question, on a fait observer qu’en vertu des paragraphes 1 et 2 le choix de la loi d’un État non contractant entraînerait l’exclusion uniquement des dispositions du projet de Convention portant sur les droits et obligations des parties convenant de cette exclusion et non des dispositions portant sur les droits des tiers. En réponse à une autre question, il a été fait remarquer que les incidences d’une convention entre le cédant et le débiteur n’étaient pas limitées aux créances cédées après notification au cessionnaire d’une telle convention (art. 3-1 *b* de la Convention d’Ottawa), étant entendu que cette convention ne pouvait exclure l’application des dispositions traitant des droits du cessionnaire.

Paragraphe 3

194. Il a été noté que le paragraphe 3 avait pour objectif de veiller à ce que le projet de Convention n’invalide pas des pratiques en matière de cession régies par la législation nationale. Il a été fait observer, cependant, que même si l’ensemble du Groupe de travail appuyait ce principe, le paragraphe 3 pourrait être incompatible avec le projet d’article 10 si ledit article exigeait une forme écrite pour que la cession produise ses effets. Après un échange de vues, le Groupe de travail a décidé de ne pas apporter de modifications au paragraphe 3, sous réserve de l’examen de la question de la compatibilité avec le projet d’article 10.

Article 7. *Protection du débiteur*

195. Le texte du projet d’article 7 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> “1. Sauf disposition contraire de la présente Convention, une cession ne produit pas d’effets sur les droits et obligations du débiteur.
>
> 2. Aucune disposition de la présente Convention n’a d’incidences sur le droit qu’a le débiteur de payer dans la monnaie et dans le pays spécifiés dans les conditions de paiement contenues dans le contrat initial [ou dans une autre convention ou la décision d’un tribunal donnant naissance à la créance cédée].”

196. Le projet de Convention pouvant avoir des incidences sur les droits et obligations du débiteur, il a été proposé de préciser quelle était la loi applicable à ces droits et obligations. On a fait valoir, à l’encontre de cette proposition, que le problème serait réglé en prévoyant que, pour que les dispositions traitant des droits et obligations du débiteur s’appliquent, le débiteur devait être situé dans un État contractant. Il a été déclaré qu’un État contractant devrait, avant d’adopter le projet de Convention, déterminer si ce dernier contenait un système de protection du débiteur approprié et compatible, par ailleurs, avec des considérations fondamentales de politique générale. Il a été déclaré en outre que la question pourrait être examinée dans le cadre de dispositions particulières pouvant avoir des incidences sur les droits et obligations du débiteur (par exemple les projets d’articles 13, 18, 19-3, 20-2, 21 et 22). On a fait observer enfin que le projet d’article 27 traitait déjà de la question de la loi applicable aux droits et obligations du débiteur.

197. Après un débat, le Groupe de travail a conservé le paragraphe 1 sans changement. S’agissant de la question des dispositions précises du projet de Convention pouvant avoir des incidences sur les droits et obligations du débiteur, le Groupe de travail a décidé de résoudre cette question dans le cadre de l’examen de chacun des articles du projet de Convention.

Paragraphe 2

198. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 2 sans changement. S’agissant du libellé entre crochets, il a décidé de le garder entre crochets jusqu’à sa décision définitive sur la question de savoir si le projet de Convention régirait ou non les créances extracontractuelles.

Article 8. *Principes d’interprétation*

199. Le texte du projet d’article 8 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> “1. Pour l’interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l’uniformité de son application, ainsi que d’assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

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

200. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article 8 sans changement.

Article 9. *Obligations internationales de l'État contractant*

201. Le texte du projet d'article 9 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

Variante A

"1. [Sous réserve du paragraphe 2 du présent article,] la présente Convention ne prévaut sur aucune convention internationale [ou autre accord multilatéral ou bilatéral] qui a déjà été ou peut être conclu par un État contractant et qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention.

2. Si une convention internationale [ou un autre accord multilatéral ou bilatéral] contient une disposition similaire à celle du paragraphe 1 du présent article, la présente Convention prévaut.

Variante B

La présente Convention prévaut sur toute convention internationale [ou tout autre accord multilatéral ou bilatéral] qui a déjà été ou peut être conclu par un État contractant et qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention, sauf si l'État contractant fait la déclaration visée à l'article 29."

202. Les opinions ont divergé quant à la variante qui était préférable. Selon un avis, il fallait préférer la variante A. Il a été déclaré qu'une approche allant dans ce sens serait compatible avec l'approche suivie dans un certain nombre de textes de la CNUDCI (par exemple l'article 90 sur la Convention des Nations Unies sur les ventes). On a fait observer par ailleurs qu'une telle approche permettrait d'éviter des conflits avec d'autres conventions (par exemple, la Convention d'Ottawa). Toutefois, on a fait remarquer que la variante A n'offrait pas la souplesse permettant aux États de profiter des améliorations apportées dans le cadre de conventions futures. Par ailleurs, le paragraphe 2 pouvait entraîner des conflits avec d'autres conventions pouvant inclure une disposition analogue.

203. Selon l'avis qui a prévalu, la variante B était préférable car elle donnait aux États le droit de décider de la convention internationale qui devait prévaloir. On a fait observer que les États devraient pouvoir se prévaloir d'un tel droit à tout moment et non pas seulement au moment de l'adoption du projet de Convention (projet d'article 29). On a proposé toutefois de faire une exception pour la Convention d'Ottawa afin d'éviter de faire peser sur les cessionnaires la charge de déterminer non seulement si un État avait adopté le projet de Convention ou la Convention d'Ottawa, mais aussi si cet État avait fait une déclaration allant dans le sens du projet d'article 29. Il a été déclaré en réponse à cette proposition que d'autres consultations pourraient être nécessaires pour déterminer les risques de conflit avec la Convention d'Ottawa. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de garder la variante B, en l'associant éventuellement au projet d'article 29 des clauses finales et de réexaminer la question à une session ultérieure.

Chapitre III. Forme et effets de la cession

Article 10. *Forme de la cession*

204. Le texte du projet d'article 10 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Une cession [sous une forme autre que la forme écrite ne produit pas ses effets, sauf si elle est effectuée au titre d'un contrat sous forme écrite entre le cédant et le cessionnaire] [est attestée par écrit].

2. [Sauf convention contraire,] la cession d'une ou de plusieurs créances futures produit ses effets sans qu'un nouvel écrit soit nécessaire pour chaque créance quand elle naît."

Paragraphe 1

205. Il a été noté que le paragraphe 1 comportait actuellement deux options entre crochets : selon la première, la validité de la cession serait subordonnée à l'existence d'un écrit; selon la seconde, l'instrument de cession n'avait pas à être sous forme écrite, tant que l'existence de la cession pouvait être attestée par écrit, par exemple, au moyen d'une liste de créances avec la signature du cédant, ou du contrat de financement.

206. Le Groupe de travail a soigneusement étudié s'il serait nécessaire d'exiger la forme écrite et quelles seraient les incidences de cette exigence. Comme lors de la vingt-sixième session (A/CN.9/434, par. 104), selon l'avis qui a prévalu, il fallait exiger la forme écrite pour que la cession produise ses effets. Pour ce qui est des deux options proposées au paragraphe 1, l'exigence d'un écrit à des fins de preuve a certes reçu un certain appui, mais c'est le fait d'imposer la forme écrite pour que la cession produise ses effets qui a eu la préférence.

207. Toutefois, on a craint qu'une telle solution ne soit contraire à la pratique actuelle dans de nombreux systèmes juridiques et n'ait pour résultat, non souhaité, d'invalider des pratiques financières informelles, telles que celles se rattachant à la réserve de propriété élargie. Il a été déclaré que le cédant et le cessionnaire pouvaient protéger leurs propres intérêts et n'avaient pas besoin d'un écrit pour être avertis des incidences de la cession. En outre, il a été noté que, bien que la forme écrite puisse être utilisée à des fins de preuve, elle ne devrait pas constituer le seul moyen de preuve autorisé. Afin de répondre à ces préoccupations, il a été proposé d'indiquer, pour le moins, que tous les

éléments essentiels de l'opération n'avaient pas à être sous forme écrite; il suffirait que seules les conditions générales du contrat soient par écrit; et la notion d'"écrit" n'engloberait pas la signature. Il a été souligné que, dans la pratique, une cession était souvent effectuée par des moyens autres qu'un instrument écrit et résultait souvent d'un échange de communications entre le cédant et le cessionnaire, échange qui pouvait être ou non suivi d'un écrit.

208. Afin de répondre à ces préoccupations, le Groupe de travail a été invité à étudier une variante du paragraphe 1, qui pouvait être libellée comme suit :

"*Variante A*

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, une cession ne produit ses effets que si elle est attestée par un écrit signé du cédant, décrivant les créances sur lesquelles elle porte.

2. Une cession qui n'est pas conforme aux dispositions du paragraphe 1 produit ses effets si elle est conforme aux règles concernant la forme de la cession du pays où est situé l'établissement du cédant.

Variante B

La forme de la cession et les effets du non-respect de cette forme sont régis par la loi du pays où est situé l'établissement du cédant."

209. Il a été noté que la variante A proposée combinait différents éléments : une règle de droit matériel quant aux conditions de forme et une règle de conflit en tant que solution de repli, alors que la variante B énonçait une pure règle de conflit. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser le paragraphe 1 du projet d'article 10 en se fondant sur la solution qui avait eu la préférence, c'est-à-dire le premier texte entre crochets figurant au paragraphe 1, ainsi que les variantes A et B ci-dessus. Il a été jugé dans l'ensemble qu'avant de recourir à une solution relevant du conflit de lois le Groupe de travail devrait tenter de trouver une solution de droit matériel généralement acceptable à ce problème.

Paragraphe 2

210. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 2 avait pour objet d'indiquer que, s'il y avait un accord de base sous forme écrite, aucun nouvel écrit n'était requis pour que la cession de créances futures produise ses effets. Sous réserve de la suppression des crochets entourant le premier membre de phrase, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 2 quant au fond.

Article 11. *Effet de la cession*

211. Le texte du projet d'article 11 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. [Sans préjudice des droits de plusieurs cessionnaires d'obtenir les mêmes créances du même cédant, de l'administrateur de l'insolvabilité et des créanciers du cédant:]

a) la cession de créances qui sont individualisées a pour effet de transférer les créances faisant l'objet de la cession;

b) la cession de créances qui ne sont pas individualisées a pour effet de transférer les créances qui peuvent être identifiées comme étant celles faisant l'objet de la cession, soit au moment convenu par le cédant et le cessionnaire, soit, en l'absence d'une telle convention, au moment où les créances naissent.

2. Une cession peut porter sur une ou plusieurs créances, existantes ou futures, et sur des parties ou des intérêts indivis de créances.

3. Une cession de créances a pour effet de transférer les droits sur les espèces reçues après encaissement ou un autre acte de disposition des créances, sous réserve que les espèces puissent être identifiées en tant que produit des créances."

Paragraphe 1

Chapeau

212. Le Groupe de travail est convenu que le chapeau du paragraphe 1 était source d'incertitude et devrait être remplacé par une référence aux projets d'articles 23 et 24.

Alinéas a *et* b

213. Afin de traiter à la fois du transfert de la propriété des créances et de la création de sûretés sur les créances, il a été convenu qu'il faudrait faire référence, aux alinéas *a* et *b*, au "transfert des droits sur les créances" plutôt qu'au "transfert de créances". Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond les alinéas *a* et *b*.

Paragraphe 2

214. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 2 sans changement.

Paragraphe 3

215. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé d'inclure une définition du "produit" dans le projet d'article 5 et de traiter de la question du transfert des droits sur le produit au projet d'article 11 et de la question de la priorité sur le produit dans les projets d'articles 23 et 24. Il a également rappelé qu'il avait décidé d'examiner la teneur éventuelle d'une définition du mot "produit" dans le contexte de son examen du projet d'article 11 (voir par. 190 ci-dessus).

216. Pour ce qui est de la définition du "produit", le libellé suivant a été proposé : "Le terme "produit" désigne ce qui est reçu lors du recouvrement ou de la disposition

des créances ou de leur produit." Pour ce qui est de la question du transfert des droits sur les produits, il a été proposé que le paragraphe 3 soit remplacé par le libellé suivant : "La cession des créances entraîne également la cession du droit qu'a le cédant sur leur produit." D'autres libellés ont été proposés, par exemple : "[Tous] les biens [meubles] reçus par recouvrement, acte de décharge ou disposition sont cédés en tant qu'éléments des créances." Pour ce qui est de la priorité sur le produit des créances, il a été proposé que cette question soit traitée de la même manière que la priorité sur les créances (qui, en vertu des projets d'articles 23 et 24, doit être régie par la loi du pays où le cédant a son établissement). En outre, il a été proposé que la question de l'identification du produit et de sa traçabilité (lorsque le produit était mêlé à d'autres avoirs similaires, par exemple, lorsque de l'argent était versé sur un compte de dépôt) soit régie par la loi du pays où le cédant avait son établissement.

217. Afin de souligner l'importance de la question du "produit" pour le projet de Convention, il a été déclaré que, dans la pratique, le cessionnaire recevait rarement des espèces lors du recouvrement de la créance. Les dettes étaient le plus souvent acquittées par des virements, ou au moyen de chèques, de billets à ordre, ou d'autres effets de commerce remis par le débiteur au cessionnaire. En outre, il a été noté que, si le débiteur gardait la possibilité de se libérer en livrant ou en renvoyant des marchandises directement au cédant, les droits sur ces marchandises devraient revenir au cessionnaire du fait de la cession. Il a été ajouté que, dans le cas de cessions globales de créances, une certaine proportion des créances était souvent recouvrée sous forme de livraison de marchandises, par exemple, lorsque le débiteur renvoyait certaines marchandises pour non-conformité au contrat original.

218. S'il a été convenu que le cessionnaire devrait se voir accorder un droit effectif d'obtenir ce qu'il avait reçu en recouvrement de la créance, il a été noté qu'il y avait des divergences quant aux notions juridiques et aux méthodes utilisées pour arriver au résultat souhaité. Dans certains systèmes juridiques, les avoirs désignés sous le nom de "produits" étaient des avoirs distincts, soumis à un régime juridique différent et ne pouvaient relever du régime juridique des créances. Dans ces systèmes juridiques, a-t-on noté, le cessionnaire aurait un droit personnel d'obtenir les avoirs reçus par le cédant en paiement de la créance (qui pouvait être, par exemple, un droit fondé sur le principe de l'enrichissement sans cause), mais non un droit de propriété sur ces avoirs (c'est-à-dire que le cessionnaire aurait un droit *ad personam* et non un droit *in rem*). De plus, il a été indiqué que, lorsqu'une sûreté sur des marchandises et d'autres biens était offerte en tant que garantie de la cession, les droits du cessionnaire sur ces avoirs étaient régis par le projet d'article 14.

219. Il a en outre été noté que, dans certains systèmes juridiques, une somme versée au compte du cédant était réputée être un avoir fongible, qui ne pouvait être identifié comme découlant d'une créance particulière. Il a été expliqué que, dans ces systèmes juridiques, le cessionnaire n'avait pas la propriété du produit; il n'avait qu'une créance envers le cédant et il n'aurait pas le droit de rechercher la provenance de ce produit. De ce fait, il a été proposé que l'on envisage d'adopter une disposition générale telle que la suivante : "Si le montant de la créance due en vertu du contrat sous-jacent est payé au cédant, le cédant [restitue] [est tenu de restituer] au cessionnaire ce qu'il a reçu." Il a été déclaré que, dans ce cas, les conflits de priorité seraient résolus, dans chaque cas, par la loi applicable au type de paiement en question.

220. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer des variantes tenant compte des suggestions ci-dessus et de les soumettre à l'examen du Groupe de travail à sa prochaine session.

Article 12. *Moment du transfert des créances*

221. Le texte du projet d'article 12 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "[Sans préjudice des droits de l'administrateur d'insolvabilité et des créanciers du cédant :]
>
> *a)* Une créance naissant avant le moment de la cession est transférée au moment de la cession; et
>
> *b)* une créance future est réputée transférée [soit au moment convenu entre le cédant et le cessionnaire, soit en l'absence d'une telle convention,] au moment de la cession [ou, dans le cas d'une créance découlant d'une convention autre que le contrat initial ou de la décision d'un tribunal, au moment où elle [naît] [devient exigible].]"

Chapeau

222. On a fait observer que le chapeau du projet d'article 12 pourrait compromettre les droits d'un cessionnaire au cas où une loi nationale sur l'insolvabilité refléterait une conception très restrictive des droits d'un cessionnaire par rapport à ceux de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant. On a fait valoir, à cet égard, que l'approche du Groupe de travail, exposée aux paragraphes 5 et 6 du projet d'article 24, était que si le projet de Convention reconnaissait les effets fondamentaux d'une cession, ayant ainsi des incidences limitées sur les droits de l'administrateur de l'insolvabilité, il ne pouvait néanmoins porter indûment atteinte aux droits que la législation nationale sur l'insolvabilité conférait à l'administrateur de l'insolvabilité. Après un débat et conformément à sa décision concernant le chapeau du paragraphe 1 du projet d'article 11, le Groupe de travail a décidé que le chapeau du projet d'article 12 devrait être remplacé par un renvoi au projet d'article 24.

Alinéa a

223. Le Groupe de travail a approuvé l'alinéa *a* sans changement.

Alinéa b

224. Le principe selon lequel une créance future devrait être réputée transférée au moment de la conclusion du

contrat de cession a reçu un appui général. On a fait observer que, compte tenu du risque qu'après la conclusion du contrat de cession le cédant cède les mêmes créances à un autre cessionnaire ou devienne insolvable, il était essentiel d'indiquer que le transfert des créances cédées intervenait au moment de la conclusion du contrat de cession. Il a été déclaré que, dans la pratique, le cessionnaire n'acquérait des droits sur les créances futures que lorsque celles-ci naissaient, mais, sur le plan juridique, le transfert était réputé intervenir au moment de la conclusion du contrat de cession.

225. On a fait observer, toutefois, que, pour éviter de créer une incertitude quant au moment du transfert de la créance cédée, il conviendrait de préciser qu'il s'agissait du moment où le contrat de cession était conclu. Il a été proposé de choisir à cet effet le moment mentionné dans le contrat de cession ou, si ce dernier n'était pas écrit, le moment déterminé sur la base de tout autre écrit ou moyen de preuve. Pour ce qui était du libellé, il a été proposé de réviser le premier libellé entre crochets à l'alinéa *b* afin de veiller à ce que les parties ne puissent pas manipuler la transaction en fixant comme moment du transfert un moment antérieur à la conclusion du contrat de cession.

226. Sous réserve des modifications proposées, le Groupe de travail a approuvé l'alinéa *b* quant au fond. S'agissant du deuxième libellé entre crochets, il a décidé de le laisser ainsi jusqu'à sa décision définitive concernant la question de savoir si les créances extracontractuelles seraient ou non régies par le projet de Convention.

Article 13. *Conventions limitant le droit de cession du cédant*

227. Le texte du projet d'article 13 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "1. Une créance est transférée au cessionnaire nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances.
>
> 2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant envers le débiteur du chef d'une cession effectuée en violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances, mais le cessionnaire n'est pas responsable envers le débiteur du chef d'une telle violation."

Paragraphe 1

228. Le principe énoncé au paragraphe 1 a bénéficié d'un appui général. On a fait observer qu'une disposition allant dans le sens de ce paragraphe permettrait d'améliorer l'accès à des crédits meilleur marché pour les petites et moyennes entreprises auxquelles les grandes entreprises imposaient souvent des clauses de non-cession.

229. On s'est inquiété toutefois de ce que le paragraphe 1 pourrait primer sur les règles de droit nationales visant à protéger le débiteur. Il a été proposé, en conséquence, d'autoriser les États, au paragraphe 1, à exprimer une réserve quant à l'application de ce paragraphe, inspirée de l'article 6 de la Convention d'Ottawa. Il a été noté, cependant, que le paragraphe 1 résultait d'un compromis entre les systèmes juridiques qui considéraient la cession comme non valable et ceux qui considéraient comme non valables les clauses l'interdisant. Il a été noté par ailleurs que les dispositions sur la protection du débiteur contenues dans le projet de Convention pourraient apaiser les craintes exprimées. Les États envisageant d'adopter le projet de Convention devraient en outre mettre en balance les inconvénients que pouvait présenter la cession pour le débiteur et l'avantage d'un accès accru à des crédits meilleur marché. Il a été déclaré qu'une autre façon de régler la question était d'autoriser le débiteur à se libérer de son obligation en payant le cédant lorsque la cession contrevenait à une clause de non-cession. Il a été rappelé que cette suggestion avait été brièvement examinée à la vingt-cinquième session du Groupe de travail (A/CN.9/432, par. 125 et 126).

230. Il a été fait observer que le paragraphe 1, en traitant uniquement l'incessibilité contractuelle, laissait planer un certain doute quant à ses incidences sur l'incessibilité légale. Pour régler ce problème, il a été proposé d'inclure dans ce paragraphe un libellé tel que : "Aucune disposition du présent article ne modifie les restrictions au droit du cédant de céder ses créances ne découlant pas d'une convention entre le cédant et le débiteur." Pour que ce libellé apporte le degré de certitude voulu, il serait nécessaire, a-t-on fait observer, de le compléter par une règle de conflit précisant la loi applicable à l'incessibilité légale (ou cessibilité légale). On a fait observer que la cessibilité contractuelle serait régie par une seule loi (à savoir la loi régissant les créances cédées), alors que la cessibilité légale serait régie par différentes lois en fonction du pays où le débiteur avait son établissement. Par conséquent, en cas de cession globale faisant intervenir des créances dues par des débiteurs situés dans différents pays, le cessionnaire devrait examiner la loi du pays de chacun des débiteurs afin de déterminer s'il existait des restrictions légales à la cession. Étant donné les difficultés que présentait cette question, le Groupe de travail a confirmé sa décision antérieure qui était de ne pas traiter l'incessibilité légale (A/CN.434, par. 136) et a approuvé le paragraphe 1 sans changement.

Paragraphe 2

231. Le paragraphe 2 a bénéficié d'un appui général. Il était entendu que le paragraphe 2 n'entraînait pas de responsabilité lorsque la loi applicable au contrat initial rendait sans effets les clauses de non-cession. On a fait toutefois observer que, du fait de l'approche choisie dans ce paragraphe, qui était de préserver la validité des clauses de non-cession et la responsabilité potentielle du cédant qui les violait, les parties qui pouvaient engager leur responsabilité en cas de cession effectuée en violation d'une clause de non-cession seraient moins enclines à céder leurs créances, se privant ainsi d'un accès à un crédit meilleur marché. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 2 sans changement.

Article 14. *Transfert de sûretés*

232. Le texte du projet d'article 14 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "1. Sauf disposition contraire d'une loi ou sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, les sûretés personnelles ou réelles garantissant le paiement des créances cédées sont transférées au cessionnaire sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire.
>
> 2. Sans préjudice des droits des parties qui sont en possession des biens, la sûreté garantissant le paiement des créances cédées est transférée au cessionnaire, nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur, ou la personne qui accorde la sûreté, limitant d'une manière ou d'une autre le droit du cédant de céder ladite sûreté.
>
> 3. Le paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les dispositions des lois autres que la présente Convention régissant la forme ou l'enregistrement du transfert de sûretés."

Paragraphe 1

233. La référence, au paragraphe 1, à la "loi" pourrait, s'est-on inquiété, être source d'incertitude. Il a été proposé, par conséquent, de faire plutôt référence à la loi de l'établissement du cédant. À l'encontre de cette proposition, on a fait valoir que le choix de l'établissement du cédant pourrait ne pas être approprié dans tous les cas. La loi régissant les sûretés pourrait souvent être plus adéquate (par exemple, en cas de sûretés réelles devant être régies par la *lex rei sitae*).

234. Pour que le projet de Convention régisse les cessions dans lesquelles la créance était acquittée du fait de la restitution des biens par le débiteur ou de leur recouvrement par le cédant, il a été proposé d'ajouter après les mots "ou réelles" un membre de phrase tel que : "y compris les droits du cédant sur tous biens faisant l'objet du contrat initial qui pouvaient être restitués par le débiteur ou recouvrés par le cédant". Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'inclure cette proposition à un endroit approprié du texte du projet de Convention aux fins d'examen à sa prochaine session. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 1 sans changement.

Paragraphes 2 et 3

235. Le Groupe de travail a décidé, faute de temps, de reporter l'examen des paragraphes 2 et 3 à sa prochaine session.

Chapitre IV. Travaux futurs

236. Un certain nombre de questions ont été suggérées au Groupe de travail pour examen dans le cadre de ses futures délibérations, à savoir : le champ d'application du projet de Convention, notamment la question de savoir si ce dernier régirait la cession des créances extracontractuelles, les créances découlant de comptes de dépôt, les accords de rachat, le système de recouvrement de chèques et les swaps; la question de savoir si le produit des créances, ainsi que les droits du cédant au titre du contrat initial devaient être également régis; une définition plus précise de l'établissement, qui était importante pour réduire les incertitudes concernant l'application du projet de Convention et les droits des tiers; la forme de la cession; la relation entre le projet de Convention et la législation nationale sur l'insolvabilité; la question de savoir si les dispositions de droit matériel du projet de Convention devaient être complétées par un ensemble de règles de conflit; et le rôle et la teneur de la partie optionnelle du projet de Convention.

237. Il a été noté que la prochaine session du Groupe de travail aurait lieu à New York du 2 au 13 mars 1998.

B. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-septième session : financement par cession de créances : articles révisés du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement : note du Secrétariat

(A/CN.9/WG.II/WP.93) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 71

I. PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT 72

PRÉAMBULE 72

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION 72

Article premier. Champ d'application 72

Article 2. Cession de créances 74

Article 3. Internationalité 75

Article 4. Exclusions 75

CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES 76

Article 5. Définitions et principes d'interprétation 76

Article 6. Autonomie des parties 77

Article 7. Protection du débiteur 77

Article 8. Principes d'interprétation 78

Article 9. Obligations internationales de l'État contractant 78

CHAPITRE III. FORME ET EFFET DE LA CESSION 78

Article 10. Forme de la cession 78

Article 11. Effet de la cession 78

Article 12. Moment du transfert des créances 79

Article 13. Conventions limitant le droit de cession du cédant 79

Article 14. Transfert de sûretés 80

CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS 80

Section I. Cédant et cessionnaire 80

Article 15. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire 80

Article 16. Garanties du cédant 80

Article 17. Notification de la cession 81

Section II. Débiteur 81

Article 18. Paiement libératoire du débiteur 81

Article 19. Exceptions et droits à compensation du débiteur 82

Article 20. Convention de non-recours aux exceptions et aux droits à compensation du débiteur 82

Article 21. Modification du contrat initial 83

Article 22. Recouvrement d'avances 83

Pages

Section III. Tiers 83

Article 23. Droits concurrents de plusieurs cessionnaires 85

Article 24. Droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur d'insolvabilité ou des créanciers du cédant 86

CHAPITRE V. CESSIONS SUBSÉQUENTES 88

Article 25. Cessions subséquentes 88

CHAPITRE VI. CONFLIT DE LOIS 88

Article 26. Loi applicable aux droits et obligations du cédant et du cessionnaire 88

Article 27. Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur 88

Article 28. Loi applicable aux conflits de priorité 89

CHAPITRE VII. CLAUSES FINALES 89

Article 29. Conflits avec les accords internationaux 89

Article 30. Enregistrement 89

Article 31. Effet des déclarations 89

Article 32. Réserves 89

Annexe

Enregistrement 90

Article premier. Création d'un registre 90

Article 2. Fonctions du registre 91

Article 3. Enregistrement 91

Article 4. Durée, reconduction et modification de l'enregistrement 92

Article 5. Droit du cédant de supprimer ou de modifier les données enregistrées 92

Article 6. Recherches dans le registre 92

INTRODUCTION

1. À sa vingt-septième session, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a poursuivi les travaux qu'il avait entrepris conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt-huitième session (Vienne, 2-26 mai 1995) en vue de l'élaboration d'une loi uniforme sur la cession de créances à des fins de financement[1]. Cette session était la quatrième que le Groupe de travail consacrait à l'élaboration de cette loi uniforme, intitulée provisoirement projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement.

2. La décision de la Commission d'entreprendre des travaux sur la cession de créances à des fins de financement répondait à des suggestions qui lui avaient été adressées lors du Congrès de la CNUDCI sur le thème "Le droit commercial uniforme au XXIe siècle" (qui a eu lieu à New York, parallèlement à la vingt-cinquième session, du 17 au 21 mai 1992). Lors de ce Congrès, il avait aussi été suggéré à la Commission de reprendre ses travaux sur les sûretés en général, question dont elle avait décidé, à sa treizième session (New York, 14-25 juillet 1980), de renvoyer l'examen à plus tard[2].

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 374 à 381.

[2] Ibid., *trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 26 à 28 (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XI : 1980, première partie, II, A).

3. De sa vingt-sixième à sa vingt-huitième session (1993 à 1995), la Commission a examiné trois rapports du Secrétariat relatifs à certains aspects juridiques de la cession de créances (A/CN.9/378/Add.3, A/CN.9/397 et A/CN.9/412). Après avoir étudié ces rapports, elle a conclu qu'il serait à la fois possible et souhaitable d'élaborer un ensemble de règles uniformes dont l'objectif serait d'éliminer les obstacles au financement par cession de créances créés par l'incertitude qui existait dans plusieurs 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 ces cessions sur le débiteur et d'autres tiers[3].

4. À sa vingt-quatrième session (Vienne, 13-24 novembre 1995), le Groupe de travail a commencé à examiner un avant-projet de règles uniformes contenu dans un rapport du Secrétaire général intitulé "Examen et avant-projet de règles uniformes" (A/CN.9/412). À la même session, 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 (A/CN.9/420, par. 16).

5. À sa vingt-cinquième session (New York, 8-19 juillet 1996), le Groupe de travail était saisi d'une note du Secrétariat qui contenait des dispositions portant sur toute une série de questions : forme et teneur de la cession, droits et obligations du cédant, du cessionnaire, du débiteur et des autres tiers, cessions subséquentes et conflits de lois (A/CN.9/WG.II/WP.87). À la même session, le Groupe de travail a décidé, à titre d'hypothèse de travail, que le texte à élaborer prendrait la forme d'une convention (A/CN.9/432, par. 28).

6. À sa vingt-sixième session (Vienne, 11-22 novembre 1996), le Groupe de travail a fondé ses travaux sur le texte, établi par le Secrétariat, d'articles nouvellement révisés du projet de Convention (A/CN.9/WG.II/WP.89). À la même session, il était saisi d'une note du Secrétariat contenant les commentaires présentés par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé au sujet des dispositions du projet de Convention portant sur les conflits de lois (A/CN.9/WG.II/WP.90). Ayant épuisé le temps qui lui était alors imparti pour ses travaux, le Groupe de travail a décidé d'examiner la question des conflits de lois au début de la présente session à partir d'une version révisée des règles pertinentes publiées sous la cote A/CN.9/WG.II/WP.87 (A/CN.9/434, par. 262).

7. La présente note renferme une version révisée du projet de Convention compte tenu des travaux menés et des décisions prises jusqu'ici par le Groupe de travail. Elle comprend aussi une annexe sur l'enregistrement qui a été établie par le Secrétariat à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/432, par. 251). Les ajouts et les modifications apportés au texte sont soulignés.

[3]Ibid., *quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 297 à 301; ibid., *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), par. 208 à 214; et ibid., *cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 374 à 381.

I. PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT

Référence

A/CN.9/434, par. 14 (vingt-sixième session, 1996)

Remarques

1. Tel qu'il se présente, le titre donne à penser que le champ d'application du projet de Convention est plus étroit qu'il ne l'est en réalité (l'expression "financement par cession de créances" ne figure pas dans le projet d'article premier; elle n'apparaît que dans le titre et le préambule du projet de Convention, ainsi que dans les projets d'articles 5-4 et 15-3; les termes "financement" et "créance" ont été définis dans une large perspective dans les projets d'articles 2 et 3 et la liste des exclusions est restée courte dans le projet d'article 4).

2. Si le Groupe de travail décidait de circonscrire le projet de Convention aux opérations de financement, il faudrait retenir l'expression "financement par cession de créances" dans le titre et donner une définition plus étroite aux termes "financement" et "créance" (au sujet du champ d'application, voir les remarques relatives au projet d'article premier).

Préambule

Les États contractants,

Considérant que la coopération commerciale internationale sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,

Estimant que l'adoption de règles uniformes régissant la cession de créances à des fins de financement faciliterait le développement du commerce international et favoriserait l'offre de crédits à des taux plus favorables,

Sont convenus de ce qui suit :

Référence

A/CN.9/434, par. 15 et 16 (vingt-sixième session, 1996)

Chapitre premier. Champ d'application

Article premier [1-1][4]. *Champ d'application*

1. La présente Convention s'applique aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances *telles que définies dans le présent chapitre :*

a) si [, *au moment de la cession,*] le cédant et *le cessionnaire* ont leur établissement dans un État contractant; ou

[4]Les chiffres entre crochets renvoient aux articles de la version précédente du projet de convention (A/CN.9/WG.II/WP.89)

b) si les règles du droit international privé conduisent à l'application de la loi d'un État contractant.

[2. *Les dispositions des articles 26 à 28 s'appliquent [aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre] indépendamment du paragraphe 1 du présent article.*]

Références

A/CN.9/434, par. 17 à 25 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 14 à 18 et 29 à 32 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 19 à 25, 30 et 31 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

I. *Champ d'application quant au fond*

1. Jusqu'ici, l'approche du Groupe de travail était que le projet de Convention devrait s'appliquer essentiellement aux cessions visant à obtenir un financement et d'autres services connexes, mais que son application pourrait aussi s'étendre à d'autres types de cessions (A/CN.9/432, par. 66 et A/CN.9/434, par. 43). Le Groupe de travail voudra peut-être revenir sur cette approche. Essayer d'appliquer le projet de Convention à des cessions de créances qui ne seraient pas faites à des fins de financement pourrait être vu comme une réforme massive regrettable de tout le droit des cessions et compromettre l'acceptabilité du projet de Convention pour les États. De plus, cette approche exigerait l'élaboration de règles spécifiques pour répondre aux besoins de pratiques particulières (par exemple, un système d'enregistrement ne conviendrait pas pour les cessions de créances quasi délictuelles, de comptes de dépôt ou de contrats d'assurance; une règle différente sur les clauses de non-cession pourrait se révéler nécessaire pour les opérations de refinancement; d'autres exemples sont donnés plus loin).

Créances quasi délictuelles

2. Compte tenu d'une décision provisoire que le Groupe de travail a prise à sa session précédente pour couvrir les créances quasi délictuelles (A/CN.9/434, par. 74 et 81), le texte du projet de Convention fait référence en plusieurs endroits à "la Convention ou la décision d'un tribunal" confirmant une créance quasi délictuelle (cette restriction est due au fait qu'en l'absence de confirmation une créance quasi délictuelle découlant d'un acte illégal est sans valeur à des fins de financement). Plusieurs articles contiennent une règle spécifique sur les créances quasi délictuelles (par exemple, le projet d'article 5-2 qui porte sur le moment où une créance pourrait être réputée naître; le projet d'article 12 *b* qui porte sur le moment du transfert des créances futures et le projet d'article 16-1 *c*, qui limite les garanties du cédant quant à l'absence d'exceptions de la part du débiteur à la cession de créances contractuelles). Par ailleurs, il faudrait modifier le projet d'article 21 pour y traiter de la modification de la créance initiale (voir la remarque 3 relative au projet d'article 21).

3. En outre, il faudrait établir une règle spécifique sur les droits concurrents en matière de créances quasi délictuelles. Les assureurs qui, après avoir réglé une demande d'indemnité, cherchent à se faire rembourser au moyen de la créance quasi délictuelle de leur assuré pourraient subir un préjudice si d'autres financiers pouvaient avoir la priorité sur eux par le biais de l'enregistrement. De plus, si une disposition donnant la priorité au premier cessionnaire qui a enregistré s'appliquait aux créances quasi délictuelles, elle risquerait de faire obstacle au règlement auquel toutes les parties en cause dans un quasi-délit sont censées participer (ce serait le cas, en particulier, si l'enregistrement donnait un droit prioritaire aussi sur une créance quasi délictuelle future).

Contrats d'assurance

4. Les lois qui prévoient un système d'enregistrement excluent généralement la cession de créances découlant de contrats d'assurance, les différends quant à la priorité relevant d'autres lois. Il est souhaitable qu'il en soit ainsi, car les assureurs tiennent des registres de titres et des droits sur les contrats si bien qu'il n'est pas nécessaire de prévoir un autre enregistrement de ces intérêts. Toutefois, les sommes d'argent payables par les assurances à titre d'indemnité pour la destruction ou l'endommagement de biens garantis (ce qui inclurait le produit de l'assurance) sont traitées dans ces lois en tant que produit de garanties. La question de savoir si l'assureur qui a payé un ayant-droit sur le produit acquiert par subrogation les droits de l'assuré à l'encontre de l'auteur du dommage relève d'une autre loi. Au cas où le Groupe de travail déciderait d'adopter un système d'enregistrement pour régler le problème des créances concurrentes, il voudra peut-être revenir sur sa décision d'inclure les cessions de primes d'assurance ou établir une règle de priorité différente pour ces cessions.

5. En ce qui concerne les contrats d'assurance-vie, on pourrait faire valoir le fait que faciliter davantage leur cession par leurs titulaires risquerait de faire échouer l'objectif même de ces contrats, qui est de fournir à leurs bénéficiaires un revenu de remplacement. En outre, des contrats d'assurance risqueraient d'être cédés lors de la cession de toutes les créances existantes et futures de leurs titulaires ("clause omnibus"). Pour ce qui est des contrats d'assurance à échéance, on pourrait avancer qu'il n'y a aucun avantage concret à faciliter leur cession. Le contrat n'aurait aucune valeur actuelle pour le cessionnaire. De plus, faciliter ces cessions pourrait exposer le cédant à des abus (par exemple, si le titulaire-cédant du contrat n'est pas en mesure de contracter une autre assurance à un prix abordable pour des raisons d'âge, de maladie ou d'incapacité, le cessionnaire peut inciter le cédant à fournir d'autres biens en garantie, peut-être à un grand coût pour le cédant, pour ses créanciers chirographaires et les personnes à sa charge).

Comptes de dépôt

6. L'application du projet de Convention aux cessions de comptes de dépôt pourrait avoir des effets peu souhaitables pour le secteur bancaire. Ainsi, l'établissement dépositaire, qui est le débiteur dans le cas d'un compte de dépôt, peut

ne pas vouloir avoir à payer quiconque d'autre que le déposant. De plus, il faudrait élaborer des dispositions distinctes pour régler un certain nombre de questions, dont la libération du débiteur, les exceptions et les compensations, le droit de l'établissement dépositaire de disposer des fonds placés sur le compte et les conflits de priorité (entre les cessionnaires du compte de dépôt, et entre l'établissement dépositaire et le cessionnaire).

Conclusion

7. Cela étant, il est probablement plus réaliste, à considérer les résultats susceptibles d'être obtenus en une période de temps raisonnable, de mettre l'accent sur les principales opérations de financement par cession de créances (celles qui font intervenir les créances découlant de la fourniture de biens et services, y compris les services liés au financement). Si la réussite du projet de Convention était telle qu'il serait souhaitable d'y inclure d'autres types de créances, cela pourrait se faire dans le cadre d'une révision du projet qui comprendrait l'élaboration de dispositions supplémentaires pour répondre aux besoins particuliers de certaines pratiques.

II. *Champ d'application territorial*

8. Le Groupe de travail voudra peut-être revenir sur sa décision qui oblige le cédant et le cessionnaire à avoir leur établissement dans un État contractant (A/CN.9/434, par. 23). À la session précédente du Groupe de travail, on s'est inquiété de ce que l'obligation faite au cessionnaire de se trouver dans un État contractant limiterait sans justification le champ d'application du projet de Convention et serait source d'incertitude à ce sujet (A/CN.9/434, par. 123, 127, 134 et 192). Le libellé actuel du paragraphe 1 *a* du projet d'article premier aurait pour autre inconvénient encore d'empêcher le cédant qui se trouve dans un État contractant dont la loi interdit la cession de créances futures de bénéficier de l'application du projet de Convention du seul fait que le cessionnaire ne se trouve pas dans un État contractant.

9. Quant à l'argument selon lequel le cessionnaire devrait se trouver dans un État contractant parce que le projet de Convention porte sur la relation entre le cédant et le cessionnaire, il faudrait peut-être l'examiner compte tenu du fait que les seules dispositions traitant de cette relation (c'est-à-dire les projets d'articles 15 et 16) ne sont pas des dispositions impératives (à l'exception du projet d'article 15-1, qui, en tout état de cause, n'a pas d'incidences sur les droits du cessionnaire à l'égard du cédant).

10. De plus, même si le champ d'application est élargi, le projet de Convention, dans la mesure où il touche aux droits du débiteur, ne peut pas changer la loi qui serait applicable autrement, à moins que le débiteur ne se trouve dans un État contractant (par exemple, seul le type de notification prescrit par la loi de l'État dans lequel le débiteur se trouve déclenchera son obligation de payer le cessionnaire, au lieu du cédant ; voir la remarque 1 relative au projet d'article 7).

III. *Conflit de lois*

11. Conformément au paragraphe 1 *b*, le projet de Convention serait applicable si la loi régissant la cession, ou la loi régissant la créance (par exemple, le contrat qui donne naissance à la créance), ou encore la loi régissant une relation particulière (par exemple, la loi sur l'insolvabilité) est la loi d'un État contractant. Le Groupe de travail voudra peut-être plutôt envisager de prévoir que le contrat initial comme le contrat de cession seront régis par la loi d'un État contractant (voir l'article 2-1 *b* de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international, ci-après appelée "la Convention sur l'affacturage").

12. Le paragraphe 2 est calqué sur l'article 1-3 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[a], ci-après appelée "la Convention des Nations Unies sur les garanties et les lettres stand-by". Il est envisagé d'étendre le champ d'application des règles de conflit de lois du projet de Convention aux cessions, qu'elles soient liées ou non à un État contractant. Cette approche peut se justifier si le Groupe de travail décide d'harmoniser les règles de conflit de lois sur les cessions, et non de formuler des règles de comblement des lacunes (voir la remarque 1 relative au projet d'article 26).

Article 2 [3-1 et 3]. *Cession de créances*

1. Aux fins de la présente Convention, le terme "cession" désigne le transfert par convention d'une partie ("cédant") à une autre partie ("cessionnaire") *de son droit au paiement d'une somme d'argent ("créance") due par une troisième partie ("débiteur") en échange d'une contrepartie, d'un crédit ou de services connexes fournis ou promis au cédant par le cessionnaire.*

2. Le terme "cession" comprend le transfert de créances à titre de garantie d'une dette ou *d'une autre obligation*, ou par tout autre moyen, y compris la subrogation par convention, la novation ou le nantissement de créances.

Références

A/CN.9/434, par. 62 à 70 et 72 à 77 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 40 à 49 et 53 à 69 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 33 à 43 et 53 à 69 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Le projet d'article 2, qui est censé opérer en tant que disposition sur le champ d'application, contient une brève définition de base des termes "cession", "créance", "cédant", "cessionnaire" et "débiteur". Compte tenu de la

[a] Résolution 50/48 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1995, annexe I.

modification apportée à la définition du terme “cession”, il est superflu d’exclure explicitement du projet d’article 4 les cessions à titre gracieux, les cessions automatiques par application de la loi et les cessions de droits et obligations au titre de contrats. Le paragraphe 2 ne fait pas état des cessions absolues, car il est prévu que ces cessions entrent dans la définition de la cession donnée au paragraphe 1, le paragraphe 2 énonçant seulement une règle d’interprétation.

2. Le Groupe de travail voudra probablement se demander si le terme “cession” est bien défini de manière à permettre au projet de Convention de rendre valides à la fois le transfert et la convention de transfert (dans certains systèmes juridiques, l’invalidité de la Convention peut invalider le transfert alors que, dans d’autres, elle peut donner lieu à une action à l’encontre du cessionnaire pour enrichissement injuste).

Article 3 [1-2]. *Internationalité*

1. Une créance est internationale si, au moment où elle naît, les établissements du cédant et du débiteur sont situés dans des États différents. Une cession est internationale si, au moment où elle est effectuée, les établissements du cédant et du cessionnaire sont situés dans des États différents.

2. *Aux fins de la présente Convention* :

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 pertinent *[ou toute autre convention ou décision d’un tribunal donnant naissance à la créance cédée];*

b) si une partie n’a pas d’établissement, *[son bureau statutaire]* ou sa résidence habituelle en tient lieu.

Références

A/CN.9/434, par. 26 à 33 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 19 à 25 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 26 à 29 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Conformément à la définition de l’internationalité qui figure au paragraphe 1 du projet d’article 3, le projet de convention s’appliquera aux situations suivantes : le cédant se trouve dans le pays A, le cessionnaire dans le pays B et le débiteur dans le pays C (cession internationale de créances internationales); le cédant et le cessionnaire se trouvent dans le pays A, et le débiteur dans le pays B (cession nationale de créances internationales); le cédant et le débiteur se trouvent dans le pays A et le cessionnaire dans le pays B (cession internationale de créances nationales).

2. L’expression “contrat pertinent” dans le paragraphe 2 désigne la cession, s’il s’agit d’un critère d’internationalité relatif à la cession, et le contrat initial, s’il s’agit d’un critère d’internationalité relatif à la créance. Le membre de phrase entre crochets s’appliquerait aux situations dans lesquelles interviennent des créances quasi délictuelles.

3. Afin d’apporter plus de certitude et de prévisibilité quant à l’application du projet de Convention, on a supprimé du paragraphe 2 la référence aux circonstances connues ou envisagées par les parties en tant que critère à appliquer pour déterminer la “relation la plus étroite” (conformément à l’approche suivie dans le paragraphe 4 *a* de l’article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international[b]). À noter toutefois que, dans le cas d’un contrat négocié par une succursale d’une grande société dans le pays A, conclu par une autre succursale de cette société dans le pays B, alors que les paiements sont faits par une troisième succursale dans le pays C, il peut être difficile de déterminer l’endroit où existe la relation la plus étroite avec le contrat.

4. En outre, le Groupe de travail voudra probablement se demander si une créance due par plusieurs débiteurs ou à plusieurs cédants serait internationale, même si un seul débiteur ou un seul cédant se trouvait dans un pays autre que celui où se trouverait l’autre partie à l’opération, et si une cession qui fait intervenir plusieurs cédants ou plusieurs cessionnaires serait internationale, même si un seul cédant et un seul cessionnaire se trouvaient dans des pays différents.

5. La référence au “bureau statutaire” vise à englober les personnes morales enregistrées dans un endroit et ayant des activités dans plusieurs autres endroits (par exemple, les sociétés à boîte postale). Cette référence est tirée de l’article 13-4 du projet de dispositions législatives types de la CNUDCI sur l’insolvabilité transnationale (annexe au document A/CN.9/435).

Article 4 [2]. *Exclusions*

La présente Convention ne s’applique pas aux cessions *effectuées :*

a) à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

b) uniquement par endossement ou remise d’un instrument de commerce;

c) dans le cadre de la vente, *ou de la modification du régime de propriété ou du statut juridique*, d’une entreprise commerciale d’où sont nées les créances cédées.

Références

A/CN.9/434, par. 42 à 61 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 17 et 62 à 66 (vingt-cinquième session, 1996)

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

Chapitre II. Dispositions générales

Article 5 [3 et 15-1]. *Définitions et principes d'interprétation*

Aux fins de la présente Convention :

1. L'expression "contrat initial" désigne le contrat entre le cédant et le débiteur d'où naît la créance cédée.

2. Une créance *est réputée naître au moment où le contrat initial est conclu [ou, en l'absence de contrat initial, au moment où elle est confirmée par convention entre le créancier et le débiteur ou par décision d'un tribunal]*.

3. L'expression "créance future" désigne une créance qui peut naître après la conclusion de la cession.

[4. L'expression "financement par cession de créances" désigne toute opération dans laquelle une contrepartie, un crédit ou des services connexes sont fournis en échange de créances. Elle inclut, sans y être limitée, l'affacturage, le forfaitage, la titrisation, le financement des projets et le refinancement.]

5. Le terme "écrit" désigne toute forme de communication [préservant un enregistrement complet de l'information qui y est contenue] [accessible de manière à être utilisable pour référence ultérieure] et permettant l'authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou par une procédure convenue par l'expéditeur et le destinataire de la communication.

6. L'expression "notification de la cession" désigne une déclaration informant le débiteur qu'une cession a été effectuée.

7. *L'expression "administrateur d'insolvabilité" désigne une personne ou un organisme, même désigné(e) à titre provisoire, autorisé(e) à administrer le redressement ou la liquidation des biens du cédant.*

8. Le terme "priorité" désigne le droit qu'a une partie d'obtenir paiement de préférence à une autre partie.

9. *La priorité sur les créances inclut la priorité sur les espèces reçues par encaissement ou un autre acte de disposition des créances, sous réserve que lesdites espèces puissent être identifiées en tant que produit des créances.*

Références

A/CN.9/434, par. 70 à 72, 75 et 76, 78 à 85, 166 à 194 et 244 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 40 à 72 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 44 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Au paragraphe 5, une variante, inspirée de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[c], a été ajoutée entre crochets aux fins d'examen par le Groupe de travail. Elle vise à assurer l'application du projet de Convention aux cessions effectuées par les moyens électroniques de communication. Les définitions données au paragraphe 7 et dans le projet d'article 24 sont tirées de l'article 2 des Dispositions législatives types de la CNUDCI sur l'insolvabilité transnationale (annexe du document A/CN.9/435).

2. Par priorité au sens du projet de Convention, il faut entendre qu'une partie peut obtenir paiement de préférence aux autres ayants droit, à la condition implicite qu'il existe une cession valide entre le cédant et le cessionnaire et que le cessionnaire ait accordé un crédit au cédant. Le projet d'article 11 dispose qu'une cession produit ses effets dès le moment où elle est effectuée, mais la production d'effets ne préjuge pas des droits de plusieurs cessionnaires des mêmes créances, de l'administrateur d'insolvabilité et des créanciers du cédant. Les projets d'articles 23 et 24 précisent en outre qu'après la création d'un système d'enregistrement approprié le premier cessionnaire qui enregistre a la priorité parmi plusieurs cessionnaires, et qu'il a aussi la priorité sur l'administrateur d'insolvabilité et les créanciers du cédant si la cession et l'enregistrement sont effectués avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de saisie, sauf si l'État qui adopte le projet de Convention déclare qu'il ne sera pas lié par les dispositions relatives à l'enregistrement.

3. Le sens exact du terme "priorité" dépend de la question de savoir s'il s'agit d'une cession absolue ou d'une cession à titre de garantie : cette question, qui n'est pas abordée dans le projet de Convention, est laissée à la liberté des parties et à l'application d'une autre loi. Dans le cas d'une cession absolue, la priorité s'entend du fait que le cessionnaire obtient paiement sans avoir à en rendre compte au cédant, ni à lui remettre tout solde éventuel. De ce fait, les autres cessionnaires n'ont d'autre solution que de faire recours contre le cédant. Dans le cas d'une cession à titre de garantie, le cessionnaire qui obtient paiement le premier doit remettre tout solde éventuel au cédant, ou au cessionnaire suivant dans l'ordre de priorité. Dans ce cas, si aucun solde ne reste une fois que le cessionnaire prioritaire a obtenu paiement, les autres cessionnaires ne peuvent avoir recours, en tant que créanciers chirographaires, que contre d'autres biens du cédant.

4. Il ressort implicitement du projet d'article 23 que plusieurs cessions des mêmes créances peuvent être valides. Le Groupe de travail voudra peut-être expliciter cette idée, car, dans certains systèmes juridiques, après la première cession, le cédant n'a plus rien à céder *("nemo dat quod non habet")*. Pour ce qui est de la forme, le Groupe de travail voudra peut-être se référer, non à la production des effets de la cession et à la priorité, mais à la validité de la cession entre les parties à cette cession et aux effets qu'elle produit à l'égard du débiteur et des autres parties.

5. Le paragraphe 9 a pour objet de permettre à la partie qui a la priorité sur les créances d'avoir la priorité sur le

[c] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I; voir également l'annexe de la résolution 51/162 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 1996.

produit identifiable en espèces de ces créances. Il est complété par le projet d'article 11-3 selon lequel le cessionnaire aurait le droit d'obtenir paiement du produit identifiable en espèces des créances. Si le droit sur les créances ne s'applique pas à leur produit, ce droit n'a guère d'intérêt. En revanche, il serait peut-être préférable de laisser à l'application d'une autre loi certains types de produits (ceux qui ne sont pas en espèces ou ceux, en espèces, qui ne sont pas identifiables), car ces produits soulèvent des problèmes complexes qui pourraient ne pas se prêter à unification. Le Groupe de travail pourrait définir les produits en espèces comme "comprenant l'argent, les chèques, les comptes de dépôt et autres".

Article 6. *Autonomie des parties*

1. Entre le cédant et le cessionnaire, les articles [...] peuvent être exclus ou modifiés par convention.

2. Entre le cédant et le débiteur, les articles [...] peuvent être exclus ou modifiés par convention.

[*3. Aucune disposition de la présente Convention n'invalide une cession qui est valide en vertu de dispositions autres que celles de la présente Convention.*]

Références

A/CN.9/434, par. 35 à 41 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 33 à 38 (vingt-cinquième session, 1996)

Remarques

1. Le projet d'article 6 est fondé sur l'hypothèse que, d'une part, le cédant et le cessionnaire ne devraient pas pouvoir exclure ou modifier les dispositions qui portent sur la protection du débiteur ou les droits des tiers tels que les autres cessionnaires, l'administrateur d'insolvabilité et les créanciers du cédant et, d'autre part, que le cédant et le débiteur ne devraient pas pouvoir exclure ou modifier les dispositions qui portent sur les droits de ces tiers.

2. Le Groupe de travail voudra probablement se demander si c'est uniquement de façon explicite que les parties peuvent exclure les dispositions pertinentes du projet de Convention, ou si elles peuvent le faire aussi de façon implicite, par exemple, en choisissant la loi d'un État non contractant (un choix qui, conformément au projet d'article 6 tel qu'il est rédigé actuellement, n'entraînerait pas l'exclusion des dispositions portant sur les droits des tiers). En outre, au cas où le Groupe de travail préférerait permettre aux parties d'exclure le projet de Convention dans son ensemble, il faudrait peut-être se demander si ce projet peut, conformément au paragraphe 1 *b* du projet d'article premier, ne s'appliquer que dans le cas où les parties n'en auraient pas exclu explicitement l'application (cette approche est celle qui a été suivie au paragraphe 1 *b* de l'article premier de la Convention sur les garanties et les lettres stand-by).

3. Le paragraphe 3 vise à reconnaître la liberté contractuelle des parties de conclure une cession et à exprimer le fait que l'un des objectifs du projet de Convention est de rendre valides des cessions qui pourraient ne pas l'être en vertu d'une autre loi applicable et non de rendre invalides des cessions qui autrement seraient valides (le conflit entre deux cessionnaires, dont l'un relève de la Convention et l'autre non, fait l'objet du projet d'article 23-4).

Article 7 [4]. *Protection du débiteur*

1. *Sauf disposition contraire de la présente Convention,* une cession ne produit pas d'effets sur *les droits et obligations du* débiteur.

2. Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidences sur le droit qu'a le débiteur de payer dans la monnaie et dans le pays spécifiés dans les conditions de paiement contenues dans le contrat initial [ou dans une autre convention ou la décision d'un tribunal donnant naissance à la créance cédée].

Références

A/CN.9/434, par. 86 à 94 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 87 à 92 et 244 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 101 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Le paragraphe 1 a été modifié parce que le projet de Convention peut apporter un certain nombre de changements à la situation juridique du débiteur : validité d'une cession faite en violation d'une clause de non-cession (projet d'article 13); changement dans la manière dont le débiteur peut se libérer de son obligation (projet d'article 18); impossibilité pour le débiteur de faire valoir à l'encontre du cessionnaire les exceptions ou droits à compensation qu'il pourrait invoquer à l'encontre du cédant pour violation d'une clause de non-cession (projet d'article 19-3); restriction au droit du débiteur de modifier le contrat initial après notification (projet d'article 20-2); possibilité pour le débiteur d'accepter de ne pas recourir à certaines exceptions (projet d'article 21) et impossibilité pour le débiteur de récupérer auprès du cessionnaire les paiements effectués malgré le fait que le cédant peut, par défaut d'exécution, ne pas avoir obtenu les créances cédées (projet d'article 22). Il pourrait aussi arriver que, dans les opérations de financement à taux d'intérêt flottant, le cessionnaire acquière le droit de fixer le nouveau taux, le débiteur pouvant se trouver confronté à un taux qu'il n'attendait pas. Cela étant, le Groupe de travail voudra probablement se demander à nouveau s'il faut que le débiteur soit dans un État contractant pour que le projet de Convention s'applique à ses droits et obligations.

2. Le paragraphe 2 doit garantir que le débiteur ne soit pas contraint de payer dans un pays ou une monnaie autres que ceux qui étaient prévus au départ. Cette disposition est nécessaire, car, conformément au projet d'article 18-2, après notification le débiteur est libéré par paiement effectué suivant les instructions données dans la notification.

Article 8 [6]. *Principes d'interprétation*

1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application, ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

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

Références

A/CN.9/434, par. 100 et 101 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 76 à 81 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 190 (vingt-quatrième session, 1995)

Article 9 [5]. *Obligations internationales de l'État contractant*

Variante A

1. [*Sous réserve du paragraphe 2 du présent article*,] la présente Convention ne prévaut sur aucune convention internationale [*ou autre accord multilatéral ou bilatéral*] qui a déjà été ou peut être conclu *par un État* contractant et qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention.

2. Si une convention internationale [ou un autre accord multilatéral ou bilatéral] contient une disposition similaire à celle du paragraphe 1 du présent article, la présente Convention prévaut.

Variante B

La présente Convention prévaut sur toute convention internationale [ou tout autre accord multilatéral ou bilatéral] qui a déjà été ou peut être conclu(e) par un État contractant et qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention, sauf si l'État contractant fait la déclaration visée à l'article 29.

Références

A/CN.9/434, par. 96 à 99 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 73 à 75 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 23 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Selon la variante A, le projet de Convention ne prévaut pas, sauf en cas de "conflit négatif" entre deux conventions, c'est-à-dire le cas où deux conventions se donnent réciproquement la primauté et où, de ce fait, il risque de ne pas être facile de savoir laquelle s'applique. Selon la variante B, le projet de Convention prévaut, sauf déclaration contraire de l'État contenant la liste des accords internationaux auxquels il donnera la primauté (il conviendrait de traiter la question de l'effet d'une décision prise par un État en violation de ses obligations internationales). Le Groupe de travail voudra peut-être réunir les deux variantes dans une disposition selon laquelle le projet de Convention ne prévaudrait que si les conditions de la variante A ou de la variante B sont réunies.

Chapitre III. Forme et effet de la cession

Article 10 [7]. *Forme de la cession*

1. Une cession [sous une forme autre que la forme écrite ne produit pas ses effets, sauf si elle est effectuée au titre d'un contrat sous forme écrite entre le cédant et le cessionnaire] [est attestée par écrit].

2. [Sauf convention contraire,] la cession d'une ou de plusieurs créances futures produit ses effets sans qu'un nouvel écrit soit nécessaire pour chaque créance quand elle naît.

Références

A/CN.9/434, par. 102 à 106 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 82 à 86 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 75 à 79 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Conformément au premier membre de phrase entre crochets du paragraphe 1, la validité de la cession serait subordonnée à l'existence d'un écrit. La partie soulignée vise à assurer qu'un seul écrit suffit (ce qui est important car il faudrait payer un droit de timbre). Conformément au second membre de phrase entre crochets, l'écrit n'est pas une condition de validité, mais sert de moyen de preuve (il peut s'agir de la liste des créances avec la signature du cédant, ou du document de contrat de financement). Cette approche réglerait le problème du comportement frauduleux du cédant qui, après défaillance, contesterait, en collusion avec un des cessionnaires, les créanciers du cédant ou l'administrateur d'insolvabilité, qu'une cession a eu lieu. En outre, elle serait conforme à celle qui a été suivie dans l'article 6-3 du projet de Convention selon lequel le projet ne doit pas invalider les cessions qui sont valides en vertu d'une autre loi applicable.

Article 11 [9]. *Effet de la cession*

1. [Sans préjudice des droits de plusieurs cessionnaires d'obtenir les mêmes créances du même cédant, de l'administrateur de l'insolvabilité et des créanciers du cédant :]

a) la cession de créances qui sont individualisées a pour effet de transférer les créances faisant l'objet de la cession;

b) la cession de créances qui ne sont pas individualisées a pour *effet de transférer* les créances qui peuvent être identifiées comme étant celles faisant l'objet de la

cession, soit au moment convenu par le cédant et le cessionnaire, soit, en l'absence d'une telle convention, *au moment où* les créances naissent.

2. Une cession peut porter sur une ou plusieurs créances, existantes ou futures, et sur des parties ou des intérêts indivis de créances.

3. Une cession de créances a pour effet de transférer les droits sur les espèces reçues après encaissement ou un autre acte de disposition des créances, sous réserve que les espèces puissent être identifiées en tant que produit des créances.

Références

A/CN.9/434, par. 66 et 67, 113 et 126 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 101 à 108 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 45 à 56 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

La phrase introductive du paragraphe 1 a pour objectif de faire en sorte que, si la cession produit ses effets au moment où elle est effectuée, il ne soit pas porté atteinte aux droits de plusieurs cessionnaires des mêmes créances, de l'administrateur d'insolvabilité et des créanciers du cédant (à cet égard, la priorité peut être fonction du moment de l'enregistrement; voir les projets d'articles 23 et 24).

Article 12 [8]. *Moment du transfert des créances*

[Sans préjudice des droits de *l'administrateur d'insolvabilité* et des créanciers du cédant :]

a) une créance naissant avant le moment de la cession est transférée au moment de la cession; et

b) une créance future est *réputée* transférée [*soit au moment convenu entre le cédant et le cessionnaire, soit, en l'absence d'une telle convention,*] au moment de la cession [*ou, dans le cas d'une créance découlant d'une convention autre que le contrat initial ou de la décision d'un tribunal, au moment où elle [naît] [devient exigible]*].

Références

A/CN.9/434, par. 108 et 115 à 122 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 109 à 112 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 57 à 60 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Conformément au projet d'article 12 *a* rapproché du projet d'article 5-2, une créance est transférée au moment de la cession, si le contrat ou tout autre acte juridique qui pourrait lui donner naissance existe au moment de la cession. La phrase introductive de l'article peut être maintenue si le Groupe de travail souhaite préserver les droits de l'administrateur d'insolvabilité ou des créanciers du cédant à l'égard de créances qui n'étaient pas totalement obtenues par exécution au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de saisie (projet d'article 12 *a*), ou à l'égard de créances qui n'étaient pas nées audit moment (projet d'article 12 *b*). Le projet d'article 12 *b* tient compte d'une décision prise par le Groupe de travail à sa session précédente (A/CN.9/434, par. 121). En disposant qu'une créance peut être transférée avant même qu'elle naisse, le projet d'article 12 *b* vise à établir une certitude quant aux droits du cessionnaire et à faciliter l'utilisation par le cédant de ses créances futures aux fins de financement.

2. Pour gagner encore en certitude et en uniformité, le Groupe de travail voudra peut-être préciser le moment exact de la cession (il est fait référence à ce moment dans les projets d'articles 15-1 *c*, 23 et 24). À supposer que le Groupe de travail décide que la cession doit être faite sous forme écrite, une solution serait de prévoir que le moment de la cession est celui qui est indiqué dans le document de cession. Toutefois, cette solution pourrait faire craindre un comportement frauduleux du cédant, en collusion avec le cessionnaire (ou un des cessionnaires) au détriment de l'administrateur d'insolvabilité ou des créanciers du cédant (ou d'autres cessionnaires).

Article 13 [10]. *Conventions limitant le droit de cession du cédant*

1. Une créance est transférée au cessionnaire nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur *limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances.*

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant envers le débiteur du chef d'une cession effectuée en violation d'une convention *limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances*, mais le cessionnaire n'est pas responsable envers le débiteur du chef d'une telle violation.

Références

A/CN.9/434, par. 128 à 133, 135 et 136 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 113 à 126 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 61 à 68 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'emprunteur de crédits consortiaux peut empêcher les prêteurs de céder les crédits à un concurrent de l'emprunteur (ce qui ne serait pas une véritable cession, mais ferait partie d'un plan de reprise); si le cédant peut empêcher le cessionnaire de céder à nouveau les créances (clause de non-cession dans la cession); si le cessionnaire peut empêcher un cessionnaire ultérieur de céder à nouveau les créances (clause de non-cession dans un contrat de refinancement).

2. En outre, le Groupe de travail voudra probablement se demander s'il est justifié d'adopter une autre démarche pour le cas où le débiteur est un État et de prévoir, par exemple, que la cession produit ses effets à toutes fins utiles, mais que l'État-débiteur peut se libérer de son obligation en payant le cédant. Dans ce cas, si paiement était fait au cédant, le cessionnaire pourrait toujours avoir la priorité sur les créanciers du cédant et l'administrateur d'insolvabilité à l'égard du produit des créances.

Article 14 [11]. *Transfert de sûretés*

1. Sauf disposition contraire d'une loi ou sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, les sûretés personnelles ou patrimoniales garantissant le paiement des créances cédées sont transférées au cessionnaire sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire.

2. Sans préjudice des droits des parties qui sont en possession des biens, la sûreté garantissant le paiement des créances cédées est transférée au cessionnaire, nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur, ou la personne qui accorde la sûreté, limitant d'une manière ou d'une autre le droit du cédant de céder ladite sûreté.

3. Le paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les dispositions des lois autres que la présente Convention régissant la forme ou l'enregistrement du transfert de sûretés.

Références

A/CN.9/434, par. 138 à 147 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 127 à 130 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 69 à 74 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Le paragraphe 2 a été établi par le Secrétariat pour répondre aux préoccupations exprimées à la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/434, par. 143 à 145). Il vise à tenir compte de la décision du Groupe de travail selon laquelle le transfert de sûretés devrait produire ses effets malgré l'existence de conventions entre le cédant et le débiteur limitant leur transférabilité, et le transfert de ces sûretés ne devrait pas porter atteinte aux droits du garant/émetteur d'un engagement indépendant ou d'une partie qui est en possession des biens (A/CN.9/434, par. 146).

2. Le paragraphe 2 ne se réfère pas aux engagements indépendants, car la disposition du paragraphe 1 ne peut pas s'appliquer à ces engagements pour la simple raison que ce ne sont pas des "sûretés" et qu'ils ne sont normalement pas transférés automatiquement. Si le Groupe de travail décidait d'étendre l'application du paragraphe 1 aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit stand-by, il faudrait ajouter dans ce paragraphe une référence, par exemple, à des "droits adjoints", et préciser, au paragraphe 2, que le transfert des "droits adjoints" ne porte pas atteinte aux droits d'un garant/émetteur d'un engagement indépendant (à définir, éventuellement en s'inspirant de l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur les garanties et les lettres stand-by).

Chapitre IV. Droits, obligations et exceptions

Section I. *Cédant et cessionnaire*

Article 15 [12]. *Droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

1. Sous réserve des dispositions de la présente Convention, les droits et obligations du cédant et du cessionnaire découlant de leur convention sont déterminés par les termes et conditions de ladite convention, y compris toutes règles, toutes conditions générales ou tous usages qui y sont mentionnés.

2. Le cédant et le cessionnaire sont liés par les usages auxquels ils ont consenti et, sauf convention contraire, par les habitudes qui se sont établies entre eux.

3. Dans une cession internationale, le cédant et le cessionnaire sont réputés, sauf convention contraire, s'être tacitement référés pour la cession à tout usage dont ils avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties aux opérations particulières de financement des créances.

Références

A/CN.9/434, par. 148 à 151 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 131 à 144 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 73, 81 et 95 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Le Groupe de travail voudra peut-être insérer le paragraphe 1 dans le projet d'article 11-1 et supprimer les paragraphes 2 et 3. Le paragraphe 2 n'est probablement pas nécessaire, car les parties peuvent en tout cas décider d'être liées par les usages ou de ne pas l'être par les pratiques établies entre elles. Le paragraphe 3 peut créer l'incertitude, car il ne semble pas exister d'ensemble distinct d'usages en matière pratiques de financement par cession de créances.

Article 16 [13]. *Garanties du cédant*

1. Sauf convention contraire du cédant et du cessionnaire, le cédant assure que :

a) nonobstant une convention du cédant et du cessionnaire limitant d'une manière ou d'une autre les droits du cédant de céder ses créances, le cédant a, au moment de la cession, le droit de céder la créance;

b) le cédant n'a pas [n'a ni] déjà cédé [, ni ne cédera ultérieurement] la créance à un autre cessionnaire; et

c) le débiteur ne peut invoquer, au moment de la cession, des exceptions *ou des droits* à compensation, *découlant du contrat initial ou de toute convention avec le cédant, autres que ceux spécifiés dans la cession.*

2. Sauf convention contraire du cédant et du cessionnaire, le cédant n'assure pas que le débiteur a, ou aura, les moyens financiers d'effectuer le paiement.

Références

A/CN.9/434, par. 152 à 161 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 145 à 158 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 80 à 88 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Au cours du débat sur le paragraphe 1 *b*, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il conviendrait de retenir dans une règle supplétive, telle que le projet d'article 16, la garantie donnée par le cédant qu'il ne cédera pas une seconde fois les mêmes créances. Normalement, les garanties du type "promesse négative" sont matière à négociation et n'interviennent que dans le cadre d'opérations spécifiques.

2. Le paragraphe 1 *c* vise à limiter les garanties quant à l'absence d'exceptions de la part du débiteur dans les situations où interviennent des créances contractuelles, car de telles garanties ne seraient pas appropriées dans le cas de ces créances. Le Groupe de travail pourra éventuellement se demander si les garanties quant à l'absence d'exceptions de la part du débiteur devraient aussi valoir pour les exceptions nées après le moment de la cession.

Article 17 [14, 15]. *Notification de la cession*

1. *Le cédant et le cessionnaire peuvent s'entendre sur celui des deux qui est habilité à donner notification au débiteur et à demander paiement et convenir que le paiement sera effectué à l'un ou à l'autre, ou qu'aucune notification ne sera donnée au débiteur. En l'absence de convention, le cédant et le cessionnaire sont tous deux habilités à donner notification au débiteur et à demander que le paiement soit effectué au cessionnaire.*

2. *La notification de la cession donnée au débiteur en violation d'une convention faite conformément au paragraphe 1 produit ses effets, mais peut rendre le cessionnaire responsable envers le cédant d'une rupture de contrat.*

3. La notification est donnée par écrit et identifie raisonnablement les créances et la personne à laquelle, ou pour le compte de laquelle, ou l'adresse à laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement.

4. La notification de la cession peut porter sur des créances nées après la notification. *[Cette notification produit ses effets pendant cinq ans à compter de la date de sa réception par le débiteur, sauf :*

a) convention contraire entre le cessionnaire et le débiteur; ou

b) si la notification est renouvelée par écrit pendant la période où elle produit ses effets [pour une période de cinq ans, à moins d'une convention contraire entre le cessionnaire et le débiteur.]

Références

A/CN.9/434, par. 162 à 165 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 159 à 164 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 89 à 97 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

À l'exception du membre de phrase entre crochets au paragraphe 4, le projet d'article 17 tient compte de l'accord qui s'est déjà fait au Groupe de travail sur les questions qui y sont traitées. Le membre de phrase entre crochets vise à protéger le cédant en limitant les types de créances futures qui peuvent faire l'objet d'une notification. Les financiers peuvent souhaiter obtenir un droit sur toutes les créances futures, mais ils n'accordent généralement de crédit que sur la base de créances futures susceptibles de naître dans un délai donné. Par ailleurs, fixer un délai obligerait le cessionnaire et le débiteur à se préoccuper de la période pendant laquelle les notifications produisent leurs effets et pourrait accroître l'incertitude et le coût du crédit.

Section II. Débiteur

Article 18 [16]. *Paiement libératoire du débiteur*

1. Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant.

2. Lorsqu'il a reçu notification de la cession, *sous réserve du paragraphe 5 du présent article*, le débiteur *n'*est habilité à effectuer un paiement libératoire *que conformément aux instructions de paiement données dans la notification*.

3. Au cas où le débiteur reçoit notification de plus d'une cession des mêmes créances effectuées par le même cédant, il est habilité à effectuer un paiement libératoire *conformément aux instructions de paiement données dans la première notification*.

4. [*Au cas où le débiteur reçoit notification de la cession émanant du cessionnaire,*] *il est habilité à demander au cessionnaire* de prouver de la manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession a été effectuée, faute de quoi le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant. La cession est réputée prouvée de la manière appropriée notamment par la présentation de [*l'écrit attestant la cession ou*] de tout [*autre*] *écrit* émanant du cédant et indiquant que la cession a eu lieu.

5. Le présent article n'*a d'incidences* sur aucun autre motif pour lequel le paiement *effectué à la partie habilitée*

à le recevoir ou à une instance judiciaire [ou non judiciaire] compétente, ou à un fonds de dépôt public, est libératoire pour le débiteur.

Références

A/CN.9/434, par. 176 à 191 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 165 à 172 et 195 à 204 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 98 à 115 et 124 à 131 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Le projet d'article 18 a pour objet d'énoncer les moyens par lesquels le débiteur peut effectuer un paiement libératoire. Il ne vise aucunement à imposer au débiteur l'obligation de payer, cette question étant réglée dans le cadre du contrat ou de tout autre relation juridique entre le cédant et le débiteur et par la loi qui régit cette relation (voir A/CN.9/432, par. 173 et 181). La règle est que, avant notification, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant (il peut aussi effectuer ce paiement au cessionnaire, mais, dans ce cas, il s'expose au risque d'avoir à payer deux fois); après notification, le débiteur est libéré par paiement au cessionnaire ou à la personne qui est habilitée à recevoir paiement en vertu du paragraphe 5.

2. En application du paragraphe 2, la réception de la notification par le débiteur déclenche pour lui l'obligation de payer le cessionnaire ou de suivre les instructions du cessionnaire à cet effet. Il incombe au cessionnaire de s'assurer que le débiteur a reçu la notification et, en cas de problème (par exemple, le cédant s'engage à donner notification au débiteur, mais omet de le faire), le risque de perte peut être réparti, par convention, entre le cédant et le cessionnaire.

Article 19 [17]. *Exceptions et droits à compensation 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 [ou de toute autre convention ou de la décision d'un tribunal donnant naissance à la créance cédée]* qu'il pourrait invoquer si la demande était formée par le cédant.

2. Le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire tout droit à compensation *découlant de contrats entre le cédant et le débiteur autres que le contrat initial [ou de toute convention ou décision d'un tribunal autre que celle qui donne naissance à la créance cédée], sous réserve* qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu la notification de la cession.

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, les exceptions et droits à compensation que le débiteur pourrait, conformément à l'article 13, invoquer contre le cédant pour violation des conventions *limitant d'une manière ou d'une autre le droit du cédant de céder ses créances* ne peuvent être invoquées par le débiteur contre le cessionnaire.

Références

A/CN.9/434, par. 194 à 204 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 205 à 209 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 132 à 151 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire des droits à compensation, dont la base existait avant la notification, mais que le débiteur "ne pouvait pas invoquer" à l'époque (par exemple, une demande réciproque et similaire qui ne devient exigible qu'après la notification).

Article 20 [19]. *Convention de non-recours aux exceptions et aux droits à compensation du débiteur*

1. Sans préjudice [*de la loi régissant* la protection des consommateurs] [*des impératifs d'ordre public*] dans l'État où le débiteur a son établissement, le débiteur peut convenir avec le cédant, par écrit, de ne pas invoquer contre le cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de l'article 19.

2. Il est impossible de renoncer aux exceptions suivantes :

a) exceptions fondées sur des manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire ou du cédant;

b) exceptions fondées sur l'incapacité du débiteur d'engager sa responsabilité; et

c) l'exception fondée sur le fait que le débiteur n'a pas signé le contrat initial [ou une autre convention donnant naissance à la créance cédée], que la signature du débiteur a été contrefaite, que le contrat initial [ou une autre convention donnant naissance à la créance cédée] a été matériellement modifié[e] après sa signature par le débiteur, que l'agent qui a signé le contrat initial [ou une autre convention donnant naissance à la créance cédée] au nom du débiteur n'avait pas le pouvoir de signer ou a outrepassé ce pouvoir ou que le signataire a signé en une qualité autre que celle de représentant du débiteur.

3. *Une convention entre le cédant et le débiteur de non-recours à la totalité ou à une partie des exceptions et droits à* compensation interdit au débiteur d'invoquer contre le cessionnaire ces exceptions et droits à compensation.

4. La convention de non-recours ne peut être modifiée que par une convention écrite. [*Sous réserve de l'article 21, cette modification produit ses effets à l'égard du cessionnaire*.]

Références

A/CN.9/434, par. 205 à 212 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 218 à 238 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 136 à 144 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

La référence à l'établissement du débiteur au paragraphe 1 devrait être comprise compte tenu du projet d'article 3-2 *b* (autrement dit, si le débiteur n'a pas d'établissement, la référence renvoie au siège statutaire ou à la résidence habituelle). Le paragraphe 2 s'inspire de l'article 30-1 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux[d] (ci-après appelée "Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre"; voir A/CN.9/434, par. 211). Les mots entre crochets au paragraphe 2 *c* sont censés s'appliquer aux conventions qui permettent de régler les différends découlant de quasi-délits. La seconde phrase du paragraphe 4 vise à mettre le cessionnaire à l'abri d'une modification qui serait apportée à une convention de non-recours aux exceptions ou droits à compensation conclue entre le cédant et le débiteur à l'insu du cessionnaire. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la modification d'une telle convention devrait être subordonnée au consentement du cessionnaire.

Article 21 [18]. *Modification du contrat initial*

1. *Une convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur qui touche au droit à paiement du cessionnaire produit ses effets à l'égard du cessionnaire, et celui-ci acquiert des droits correspondants.*

2. Après notification de la cession, *une convention conclue au titre du paragraphe 1 du présent article produit ses effets à l'égard du cessionnaire, et celui-ci acquiert des droits correspondants*, [si la modification est effectuée de bonne foi et conformément à des normes commerciales raisonnables *ou, dans le cas d'une modification se rapportant à une créance obtenue en totalité par exécution, si elle est effectuée avec le consentement du cessionnaire* [*si la modification est prévue dans la cession ou effectuée ultérieurement avec le consentement du cessionnaire*].

[3. *Les paragraphes 1 et 2 du présent article n'ont d'incidences sur aucun droit du cessionnaire à l'égard du cédant en cas de violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire interdisant au cédant de modifier le contrat initial sans le consentement du cessionnaire*.]

Références

A/CN.9/434, par. 198 à 204 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 210 à 217 (vingt-cinquième session, 1996)

Remarques

1. Le projet d'article 21 a un double objectif : premièrement, protéger le débiteur en lui permettant d'effectuer le paiement en vertu du contrat modifié et, deuxièmement, protéger le cessionnaire contre les modifications et assurer qu'il acquiert des droits en vertu du contrat modifié. Le projet d'article s'applique aux modifications contractuelles (par exemple, une modification du moment du paiement ou du montant dû, ou une convention de non-recours aux exceptions; voir aussi le projet d'article 20-4), mais non aux modifications résultant de l'application de la loi ou d'une décision d'un tribunal.

2. Le paragraphe 2 oblige à faire un choix. La référence à la bonne foi peut être source d'incertitude, mais elle évite d'imposer aux parties d'avoir à obtenir le consentement du cessionnaire pour la moindre modification d'un contrat non exécuté, ce qui pourrait être fastidieux aussi pour le cessionnaire.

3. La règle énoncée au paragraphe 1 pourrait fort bien s'appliquer aux cas où des créances non contractuelles seraient modifiées par convention, mais le paragraphe 2 risquerait de ne pas être approprié dans le cas des créances non contractuelles. Dans ce cas, le consentement du cessionnaire peut être exigé si la modification se présente sous forme de convention entre le cédant et le débiteur, mais non si elle résulte de la décision d'un tribunal.

Article 22 [20]. *Recouvrement d'avances*

Sans préjudice [de la loi régissant la protection des consommateurs] [des impératifs d'ordre public] dans le pays où le débiteur a son établissement et des droits du débiteur en vertu de l'article 19, la non-exécution du contrat initial par le cédant [ou d'une autre convention ou décision d'un tribunal donnant naissance à la créance cédée] n'habilite pas le débiteur à recouvrer auprès du cessionnaire une somme payée par lui au cessionnaire.

Références

A/CN.9/434, par. 213 à 215 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 239 à 244 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 145 à 148 (vingt-quatrième session, 1995)

Section III. Tiers

Remarques

Règle fondée sur l'enregistrement

1. Jusqu'ici, le Groupe de travail n'a pas réussi à parvenir à un accord sur une règle traitant des conflits de priorité. Les projets d'articles 23 et 24, ainsi que les projets d'articles premier à 6 de l'annexe du projet de Convention sont le fruit d'un effort fait pour aider le Groupe de travail à résoudre cette difficulté. Ces projets d'articles reposent sur l'hypothèse qu'une démarche fondée sur l'enregistrement peut offrir plus de certitude et permettre de mieux trancher les conflits de priorité que tout autre système fondé sur le moment de la cession ou de la notification du débiteur (aucun système n'offre une certitude absolue; voir la remarque 2 relative au projet d'article 6 de l'annexe).

[d] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), annexe I; voir également l'annexe de la résolution 43/165 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1988.

Règle provisoire ou solution de rechange

2. Cependant, les règles de priorité du projet de Convention ne peuvent pas être fondées sur l'enregistrement en l'absence d'un système satisfaisant à cet effet. Il faut donc prévoir un autre système qui s'appliquera en attendant la création d'un système d'enregistrement approprié et qui servira par la suite aux pays qui peuvent ne pas vouloir adopter la démarche fondée sur l'enregistrement (en fin de compte, ce serait la réussite de l'un ou l'autre système dans la pratique qui déterminerait une véritable uniformité). Ce système provisoire ou de rechange pourrait être fondé sur le moment de la cession ou une règle de conflit de lois, ou n'être fondé sur aucune règle uniforme.

Règle fondée sur le moment de la cession

3. Une règle de priorité fondée sur le moment de la cession peut fort bien fonctionner dans le cadre des marchés locaux où les cessionnaires potentiels ont le moyen de bien connaître les cédants et où ils peuvent aussi obtenir, par des moyens autres qu'un registre public par exemple, des renseignements sur les opérations de financement. Toutefois, dans le cadre du marché mondial, cette règle n'offrirait pas une protection suffisante aux cessionnaires potentiels, qui n'auraient d'autre solution que de compter sur les garanties du cédant ou un autre moyen d'obtenir des renseignements sur les opérations nationales de financement. En outre, une règle provisoire fondée sur le moment de la cession empêcherait les États qu'un système d'enregistrement pourrait intéresser d'adopter le projet de Convention, car, tant que le système d'enregistrement ne serait pas opérationnel, la règle fondée sur le moment de la cession donnerait à un cessionnaire étranger antérieur la priorité sur un cessionnaire national qui a procédé à l'enregistrement en vertu des règles nationales.

4. Par ailleurs, le conflit entre le cessionnaire et l'administrateur d'insolvabilité ou les créanciers du cédant peut être réglé sans référence à l'enregistrement. Si une cession produit ses effets à l'égard du cédant, elle doit aussi produire ses effets à l'égard de l'administrateur d'insolvabilité et des créanciers du cédant. En outre, il y a deux éléments — le fait que les prêteurs potentiels comptent sur les créances et la nécessité de les avertir — qui n'interviennent pas en cas de conflit avec l'administrateur d'insolvabilité et les créanciers du cédant. La situation risque d'être différente dans le cas des créanciers qui comptent sur les créances quand ils engagent une procédure judiciaire à l'encontre du cédant, mais, même dans ce cas, le préjudice que les créanciers potentiels pourraient encourir du fait du manque de publicité se limiterait aux coûts de la procédure (il ne faut pas négliger l'argument contraire : les lois sur l'insolvabilité peuvent, en principe, s'opposer aux "droits secrets" qui compromettent l'égalité dans la répartition des biens entre les créanciers).

Règle de conflit de lois

5. Une règle unique de conflit de lois peut ne pas apporter l'uniformité souhaitée quant aux droits prioritaires des cessionnaires, car ceux-ci, en fonction de la loi applicable à chaque cas, auraient des formalités différentes à remplir pour obtenir la priorité. En particulier, une règle prévoyant que les conflits de priorité sont régis par la loi applicable à la créance (par exemple, la loi régissant le contrat dont naît la créance) ne fournirait pas le degré de certitude voulu (projet d'article 28-1). Pour déterminer la loi applicable, il faudrait que le cessionnaire examine la convention conclue entre le cédant et le débiteur et, si cette convention ne contenait pas de clause sur le choix de la loi, il lui faudrait déterminer, par exemple, la loi qui a la relation la plus étroite avec le contrat donnant naissance à la créance. En outre, du fait de la règle, les créances découlant de contrats différents et cédées globalement par le même cédant au même cessionnaire seraient régies par des règles de priorité différentes, ce qui ne serait pas acceptable dans la pratique.

6. Toutefois, une approche uniforme en matière de conflit de lois représenterait une amélioration par rapport à la situation actuelle en ce sens que la même loi serait applicable, dans tous les États contractants, au différend né d'une question de priorité qui serait porté devant les tribunaux. En particulier, une règle fondée sur le lieu où le cédant a son établissement ou le lieu où la procédure d'insolvabilité est ouverte offrirait une certitude suffisante, puisque les cessionnaires seraient normalement en mesure de savoir quel est ce lieu au moment de la cession (projet d'article 28-2 et 3). À noter que la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles[e] (Rome, 1980), ci-après appelée "la Convention de Rome", ne traite pas des conflits de priorité (encore que, selon un avis, en vertu de l'article 12-2 de la Convention de Rome, la loi applicable à la créance sur laquelle porte la cession régisse certains conflits de priorité).

7. Après la création d'un système d'enregistrement international, le projet d'article 28 pourrait opérer comme une règle uniforme de conflit de lois. Si le for était celui d'un État contractant, les dispositions de fond du projet de Convention s'appliqueraient, à condition que le cédant et le cessionnaire se trouvent dans un État contractant (paragraphe 1 *a* du projet d'article premier); autrement, elles s'appliqueraient si la loi applicable en vertu de l'article 28 était la loi d'un État contractant (paragraphe 1 *b* du projet d'article premier). Si le for ne se trouvait pas dans un État contractant, les dispositions de fond du projet de Convention s'appliqueraient, à condition que les dispositions du for en matière de conflits de lois (et non celles du projet de Convention, que le for n'a pas à appliquer puisqu'il n'est pas dans un État contractant) aboutissent à la loi d'un État contractant.

Absence de règle provisoire ou de solution de rechange

8. Un système fondé sur l'enregistrement qui ne serait pas accompagné — à titre provisoire ou à titre de solution de rechange — d'une règle de fond ou d'une règle de conflit de lois n'offrirait pas la certitude ni la prévisibilité souhaitées à l'égard des droits des cessionnaires en vertu du projet de Convention. En outre, un tel système empêcherait

[e] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1605, n° 28023.

les États qui pourraient ne pas vouloir suivre une approche fondée sur l'enregistrement d'adopter le projet de Convention.

Notification de la cession

9. Le régime envisagé dans le projet de Convention écarte la notification du débiteur comme moyen de déterminer la priorité. Un système de priorité fondé sur la notification du débiteur ne pourrait pas fonctionner dans le cas des opérations internationales de financement par cession de créances, car, pour savoir si des cessions ont été effectuées antérieurement, les cessionnaires devraient prendre contact avec les débiteurs et se fier à leurs renseignements qui, s'ils en fournissaient, risqueraient de n'être ni exacts ni complets. Dans le cas des cessions globales faisant intervenir, par exemple, des centaines de débiteurs dans plusieurs pays, même si cette procédure était fiable, elle serait longue et coûteuse; et si ces cessions faisaient intervenir des créances futures, la procédure ne pourrait pas être suivie car l'identité des débiteurs ne serait pas connue au moment de la cession. En outre, une approche fondée sur la notification ne conviendrait pas dans le cas des opérations de financement sans notification (dans lesquelles la cession est une affaire qui se traite entre le cédant et le cessionnaire, sans notification du débiteur).

Article 23 [22]. *Droits concurrents de plusieurs cessionnaires*

1. Avant la création du système d'enregistrement prévu à l'article premier de l'annexe à la présente Convention, la priorité entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances du même cédant [est déterminée en fonction du moment de la cession] [sera régie par la loi déterminée en vertu du paragraphe 1 de l'article 28].

2. Après la création du système d'enregistrement prévu à l'article premier de l'annexe à la présente Convention, la priorité entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances du même cédant sera régie par les paragraphes 3 et 4 du présent article. Toutefois, si un État fait la déclaration visée au paragraphe 1 de l'article 30, la priorité sera [déterminée en fonction du moment de la cession] [régie par la loi déterminée en vertu du paragraphe 1 de l'article 28].

3. Le cessionnaire qui a enregistré certaines informations au sujet de la cession en vertu de la présente Convention a la priorité sur le cessionnaire des mêmes créances du même cédant qui n'a pas enregistré ou a enregistré plus tard. Si aucun des deux cessionnaires n'a enregistré, la priorité est déterminée en fonction du moment de la cession.

4. Le cessionnaire qui fait valoir sa priorité en vertu des dispositions de la présente Convention a la priorité sur le cessionnaire qui fait valoir sa priorité en se fondant sur des motifs autres que les dispositions de la présente Convention. Toutefois, si l'État dont la loi est applicable en vertu du paragraphe 1 de l'article 28 a fait la déclaration visée au paragraphe 2 de l'article 30, la priorité sera déterminée en fonction du moment de la cession.

5. Nonobstant les paragraphes précédents du présent article, les conflits de priorité peuvent être réglés par convention entre les cessionnaires en concurrence.

Références

A/CN.9/434, par. 238 à 254 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 247 à 252 (vingt-cinquième session, 1996)

Remarques

1. Le projet d'article 23 porte sur les conflits entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances du même cédant (double financement). Il repose sur l'hypothèse qu'une cession subséquente de la première cession peut être valide, question que le Groupe de travail voudra peut-être clarifier.

2. Le paragraphe 1 a pour objet d'énoncer une règle qui s'appliquerait avant la création d'un système d'enregistrement des cessions au titre du projet de Convention. Même après la création du système, le paragraphe 1 s'appliquerait au cas de l'État qui déclarerait ne pas être lié par les dispositions relatives à l'enregistrement du projet de Convention (voir projets d'articles 23-2 et 30-1). Conformément au premier membre de phrase entre crochets, les conflits de priorité entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances du même cédant seraient réglés en fonction du moment de la cession, alors que, conformément au second membre de phrase entre crochets, ces conflits serait régis par la loi applicable en vertu du projet d'article 28-1 (au cas où le Groupe de travail préférerait cette formule, le paragraphe 1 peut être fusionné avec la règle de conflit de lois en matière de priorité, c'est-à-dire le projet d'article 28). Le paragraphe 2 vise à présenter les paragraphes 3 et 4, à savoir le régime de priorité qui prévaudrait après la création d'un système d'enregistrement, à moins qu'un État ne fasse la déclaration visée dans le projet d'article 30-1. Conformément au paragraphe 3, les conflits de priorité seraient réglés en fonction de l'enregistrement et, en l'absence d'enregistrement, en fonction du moment de la cession.

3. Le paragraphe 4 porte sur les conflits de priorité entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales (il s'appliquerait à ces conflits si les deux cessionnaires se trouvent dans un État contractant; voir le paragraphe 1 *a* de l'article premier). De tels conflits pourraient se produire si les règles de priorité du projet de Convention n'étaient pas identiques à celles qui s'appliquent aux cessions nationales de créances nationales. Il pourrait également en surgir si ces règles de priorité et celles de l'autre loi applicable exigeaient des types différents d'enregistrement (par exemple, les unes exigeant l'enregistrement international et les autres l'enregistrement local, encore que, dans ce cas, on puisse régler le problème en demandant que les données enregistrées localement soient communiquées au registre international; voir la remarque liminaire 8 de l'introduction des dispositions relatives à l'enregistrement et la remarque 5 relative au projet d'article 3 de l'annexe).

4. Accorder la priorité à un cessionnaire qui relèverait de la Convention sur un cessionnaire qui n'en relèverait pas garantirait avec le maximum de certitude les droits des cessionnaires au titre de la Convention, mais pourrait soulever des objections de la part des États, car la règle de la priorité du projet de Convention écarterait la règle de la priorité qui ne découlerait pas de la Convention (résultat auquel aboutirait le premier membre de phrase entre crochets du paragraphe 1). La seconde phrase du paragraphe 4 permet aux États contractants de "renoncer" à la règle énoncée dans la première phrase du paragraphe 4. Le même résultat peut être obtenu avec le paragraphe 2 puisqu'il permet aux États de renoncer à l'ensemble des dispositions du projet de Convention relatives à l'enregistrement. Une autre manière d'aborder la question pourrait être de laisser aux parties à une cession nationale de créances nationales la possibilité d'opter pour la règle de priorité du projet de Convention, par exemple, en procédant à l'enregistrement international.

5. Le paragraphe 5 a pour objet de préserver l'autonomie des parties dans le règlement des différends de priorité en permettant aux parties en concurrence de régler ces différends par convention. Cette formule peut donner au cédant de meilleures chances d'obtenir un nouveau financement sur la base de ses créances.

6. Le Groupe de travail voudra peut-être régler la question du conflit qui pourrait surgir entre un cessionnaire et la personne qui accorde au cédant un crédit garanti par une sûreté sur tous les stocks du cédant (ou un vendeur de biens qui en garde la propriété jusqu'au paiement de la totalité de leur prix). Ce genre de conflit peut être fréquent, car le droit du financier des stocks peut s'étendre aux créances nées de la vente des stocks. Si la priorité est donnée au financier, les cédants dont les créances sont créées par la vente des stocks ne pourront pas obtenir de crédit sur la base de ces créances (résultat auquel aboutirait le premier membre de phrase entre crochets du paragraphe 1). En revanche, si la priorité était donnée au premier qui enregistre, le financier devrait procéder à l'enregistrement international, bien que le projet de Convention ne s'applique pas aux droits sur les stocks. Cette formule aurait pour avantage d'offrir une certitude quant aux droits des tiers, mais elle aurait pour inconvénient de supplanter la loi qui serait applicable autrement. Le Groupe de travail voudra peut-être traiter la question des conflits qui pourraient surgir entre un cessionnaire et un financier de la même manière que la question des conflits qui pourraient survenir entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales.

Article 24 [21, 23 et 24]. *Droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur d'insolvabilité ou des créanciers du cédant*

1. Avant la création du système d'enregistrement prévu à l'article premier de l'annexe à la présente Convention, la priorité entre un cessionnaire et l'administrateur d'insolvabilité ou les créanciers du cédant sera régie par [le paragraphe 3 du présent article] [la loi déterminée conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 28].

2. Après la création du système d'enregistrement prévu à l'article premier de l'annexe à la présente Convention, les conflits de priorité visés au paragraphe 1 du présent article seront régis par le paragraphe 4 du présent article. Toutefois, si un État fait la déclaration visée au paragraphe 1 de l'article 30, la priorité sera régie par [le paragraphe 3 du présent article] [la loi déterminée conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 28].

[3. *Le cessionnaire a la priorité sur l'administrateur d'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si :*

a) les créances [ont été cédées] [sont nées] [ont été obtenues du fait de l'exécution d'une obligation] avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la saisie; ou

b) le cessionnaire a la priorité pour des motifs autres que les dispositions de la présente Convention.]

4. *Le cessionnaire a la priorité sur l'administrateur d'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si :*

a) les créances [ont été cédées] [sont nées] [ont été obtenues du fait de l'exécution d'une obligation], *et des informations sur la cession ont été enregistrées conformément à la présente Convention*, avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la saisie; ou

b) le cessionnaire a la priorité pour des motifs autres que les dispositions de la présente Convention.

5. *Sauf disposition contraire du présent article, la présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits de l'administrateur d'insolvabilité ni sur les droits des créanciers du cédant.*

[6. La présente Convention n'a pas *d'incidences :*

a) sur le droit des créanciers du cédant *de résoudre ou de faire invalider, ou d'engager une action pour résoudre ou faire invalider*, une cession au motif qu'il s'agit d'un transfert frauduleux *ou préférentiel;*

b) sur le droit de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant,

i) de résoudre ou de faire invalider, ou d'engager une action pour résoudre ou faire invalider, une cession au motif qu'il s'agit d'un transfert frauduleux ou préférentiel,

ii) de résoudre ou de faire invalider, ou d'engager une action pour résoudre ou faire invalider, une cession de créances qui n'étaient pas nées au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité,

iii) de déduire des créances cédées les dépenses encourues par l'administrateur de l'insolvabilité pour exécuter le contrat initial, ou

iv) de déduire des créances cédées les dépenses encourues par l'administrateur de l'insolva-

bilité pour maintenir, préserver ou obtenir les créances à la demande et au profit du cessionnaire;

c) [au cas où les créances cédées constituent une garantie de dette ou d'autres obligations,] sur les règles ou procédures d'insolvabilité régissant généralement l'insolvabilité du cédant :

i) qui permettent à l'administrateur de l'insolvabilité de déduire des créances cédées les créances privilégiées au titre des impôts, des salaires et autres créances similaires, sous réserve que le cessionnaire bénéficie d'un traitement juste et équitable avec les autres créanciers dont les créances peuvent être grevées de la même manière,

ii) qui prévoient la suspension du droit des cessionnaires ou créanciers individuels du cédant d'encaisser les créances pendant la procédure d'insolvabilité;

iii) qui permettent le remplacement des créances cédées par de nouvelles créances au moins de même valeur;

iv) qui prévoient le droit de l'administrateur de l'insolvabilité d'emprunter en utilisant les créances cédées à titre de garantie dans la mesure où leur valeur excède les obligations garanties, ou

v) sur d'autres règles et procédures ayant un effet similaire et d'application générale dans l'insolvabilité du cédant [expressément décrites par l'État contractant dans une déclaration faite au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation et de l'approbation de la présente Convention ou de l'accession à la présente Convention].

7. Le cessionnaire qui fait valoir des droits en vertu du présent article n'a pas moins de droits que le cessionnaire qui fait valoir des droits en vertu d'une autre loi.

[8. Aux fins du présent article :

a) la "procédure d'insolvabilité" désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans laquelle les biens et les activités du cédant sont soumis à contrôle ou supervision par un tribunal aux fins de redressement ou de liquidation;

b) l'"ouverture d'une procédure d'insolvabilité" est réputée avoir eu lieu quand l'ordonnance d'ouverture de la procédure produit ses effets, qu'elle soit ou non [définitive] [sujette à appel]; et

c) une "saisie" est réputée avoir eu lieu quand l'ordonnance de saisie des créances cédées produit ses effets, qu'elle soit ou non [définitive] [sujette à appel].]

Références

A/CN.9/434, par. 255 à 258 et 216 à 237 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 253 à 258 et 260 (vingt-cinquième session, 1996)

Remarques

1. Comme dans le projet d'article 23, les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 24 énoncent un régime de priorité fondé sur une distinction entre la période qui précède la création d'un système d'enregistrement et celle qui suit cette création. Au paragraphe 1, il faut faire le choix entre une règle de fond qui repose sur le moment de la cession et une règle de conflit de lois.

2. Au paragraphe 3 ou au paragraphe 4, selon celui qui a la préférence, il faut trancher la question de savoir si le moment de la cession ou le moment où les créances naissent ou sont entièrement obtenues du fait de l'exécution d'une obligation doit précéder l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la saisie. Une approche fondée sur le moment de la cession ferait retirer de la masse des biens du cédant des créances qui pourraient ne pas être nées ou avoir été entièrement obtenues par exécution avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, résultat qui pourrait être vu comme une ingérence abusive dans la loi nationale. Dans beaucoup de systèmes juridiques, la cession de créances futures ou de créances qui ne sont pas entièrement obtenues ne produit pas d'effets à l'égard de l'administrateur de l'insolvabilité ni des créanciers du cédant, car cette cession est jugée être une vente après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la saisie.

3. Le paragraphe 5 repose sur l'hypothèse qu'une fois établie la validité d'une cession au titre du projet de Convention, rien n'interdit à l'administrateur de l'insolvabilité ou aux créanciers du cédant de contester la cession en invoquant des motifs autres que sa validité de base. Conformément au paragraphe 6, qui figure entre crochets aux fins d'examen par le Groupe de travail, certaines matières sont généralement laissées à l'application de la loi nationale sur l'insolvabilité (par exemple, les droits de l'administrateur de l'insolvabilité sur les créances futures et non obtenues après l'insolvabilité et ses droits de céder, dans certaines circonstances, les créances cédées ou d'imputer des frais à ces créances); d'autres matières ne seraient laissées à l'application de la loi nationale sur l'insolvabilité que dans certaines conditions (par exemple, si une contrepartie de "même valeur" est donnée au cessionnaire, ou si une cession à titre de garantie intervient). En donnant la liste des droits de l'administrateur d'insolvabilité sur lesquels le projet de Convention n'a pas d'incidences, le paragraphe 6 peut renforcer la certitude et la prévisibilité dans la mesure où une cession ne peut pas être contestée pour des motifs autres que ceux qui sont énumérés. En revanche, cette liste pouvant ne pas être exhaustive, la formule peut conduire à exclure des droits dont l'administrateur d'insolvabilité bénéficie actuellement en vertu des lois nationales sur l'insolvabilité.

4. Le paragraphe 7 a pour objet de tenir compte du principe de non-discrimination dans le traitement national à

l'égard du cessionnaire étranger, principe qui a été largement appuyé à la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/434, par. 234).

Chapitre V. Cessions subséquentes

Article 25 [25]. *Cessions subséquentes*

1. La présente Convention s'applique aux cessions internationales de créances et aux cessions de créances internationales par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire à des cessionnaires subséquents, même si la cession initiale n'est pas régie par la présente Convention.

[2. Un cessionnaire subséquent jouit des droits que la présente Convention accorde à un cessionnaire et est soumis aux exceptions et aux *droits* à compensation reconnus au débiteur par la présente Convention.]

[3. Une créance cédée par le cessionnaire à un cessionnaire subséquent est transférée nonobstant toute convention *limitant d'une manière ou d'une autre le droit du cédant de céder ses créances*. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou responsabilités découlant d'une violation d'une telle convention, mais le cessionnaire subséquent n'est pas responsable du chef de la violation de cette convention.]

4. Nonobstant le fait que l'invalidité d'une cession invalide toutes les cessions subséquentes, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire conformément aux instructions de paiement données dans la première notification.

Références

A/CN.9/432, par. 264 à 268 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 188 à 195 (vingt-quatrième session, 1996)

Chapitre VI. Conflit de lois

Article 26. *Loi applicable aux droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

1. [À l'exception des questions qui sont traitées dans la présente Convention,] la *[production d'effets] [validité] d'une cession entre le cédant et le cessionnaire et les droits et obligations entre le cédant et le cessionnaire sont* régis par la loi [expressément] choisie par le cédant et le cessionnaire.

2. Faute d'un choix [valide], *la [production d'effets] [validité] d'une cession entre le cédant et le cessionnaire et les droits entre le cédant et le cessionnaire sont* régis par la loi du [pays dans lequel le cédant a son établissement] [pays avec lequel [*le contrat de*] [la] cession a le lien le plus étroit].

[3. À moins qu'il n'apparaisse clairement que [*le contrat de*] [la] cession est plus étroitement lié[e] à un autre pays, [*il*] [elle] est réputé[e] avoir le lien le plus étroit avec le pays dans lequel la partie qui doit exécuter l'obligation caractéristique [*du contrat de*] [de la] cession a son établissement au moment de la conclusion [*du contrat de*] [de la] cession.]

Références

A/CN.9/WG.II/WP.87, article 21
A/CN.9/WG.II/WP.90, par. 4 à 7 et 15 à 18
A/CN.9/420, par. 185 à 195 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question du champ d'application des règles de conflit de lois (paragraphe 2 du projet d'article premier). Si ces règles visaient à combler les lacunes laissées dans le projet de Convention, leur champ d'application devrait être limité à celui du projet de Convention (et, pour éviter une situation de renvoi, elles devraient s'appliquer seulement dans le cas où le for est dans un État contractant et non par le biais des dispositions du for relatives aux conflits de lois). Si, toutefois, le Groupe de travail préférait établir des règles uniformes de conflit de lois en matière de cessions, comme l'a suggéré le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (A/CN.9/WG.II/WP.90, par. 4 à 7), le champ d'application des dispositions relatives aux conflits de lois du projet de Convention devrait être plus large que celui du projet de Convention (les articles 21 et 22 de la Convention des Nations Unies sur les garanties et les lettres stand-by constituent un précédent à cet égard).

2. L'expression "droits et obligations entre le cédant et le cessionnaire", tirée de la Convention de Rome, vise à couvrir à la fois les effets patrimoniaux et contractuels de la cession entre les parties à celle-ci (l'expression "relation entre le cédant et le cessionnaire" serait peut-être trop large en ce sens qu'elle pourrait englober le contrat de financement dans son ensemble; par ailleurs, il se pourrait que le terme "cession" soit trop étroit, en ce sens qu'il n'inclurait pas la question de la validité de la cession, ou trop large, en ce sens qu'il inclurait les effets de la cession à l'égard du débiteur).

3. Le paragraphe 3 a pour objet de compléter l'une des options offertes au paragraphe 2 (celle du "lien le plus étroit", qui est tirée de la Convention de Rome).

Article 27. *Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur*

[À l'exception des questions qui sont régies par la présente Convention, la cessibilité d'une créance, le droit du cessionnaire d'obtenir paiement, l'obligation du débiteur d'effectuer le paiement suivant les instructions données

dans la notification de la cession, la libération du débiteur et les exceptions du débiteur sont régis par la loi [régissant la créance sur laquelle porte la cession] [du pays dans lequel le débiteur se trouve].

Références

A/CN.9/WG.II/WP.87, article 22
A/CN.9/WG.II/WP.90, par. 19 et 20
A/CN.9/420, par. 197 à 201 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Suivant l'approche de la Convention de Rome, cette disposition donne la liste des questions sur lesquelles porte l'article 27. Cette approche peut se justifier, car la référence générale aux "droits et obligations" pourrait donner lieu à incertitude; il n'y a pas de relation contractuelle entre le cessionnaire et le débiteur, et certaines questions qui pourraient entrer dans le cadre de l'article 27 pourraient ne pas relever de la "relation" entre le cessionnaire et le débiteur, ou des "droits et obligations" de l'un et de l'autre, par exemple, la cessibilité d'une créance, voire la priorité entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances. Dans cette liste des droits et obligations, on pourrait aussi inclure l'obligation, le cas échéant, du cessionnaire d'aviser le débiteur (le droit du cessionnaire d'aviser le débiteur pourrait faire partie de la relation cédant-cessionnaire).

Article 28. *Loi applicable aux conflits de priorité*

1. La priorité entre plusieurs cessionnaires ayant obtenu les mêmes créances du même cédant est régie par la loi [régissant la créance sur laquelle porte la cession] [du pays dans lequel le cédant a son établissement].

2. [La priorité entre un cessionnaire et] [La production des effets d'une cession à l'égard de] l'administrateur d'insolvabilité [est régie] [sont régies] par la loi [régissant l'insolvabilité] [du pays dans lequel le cédant a son établissement].

3. [La priorité entre un cessionnaire et] [La production des effets d'une cession à l'égard des] créanciers du débiteur [est régie] [sont régies] par la loi du pays dans lequel le cédant a son établissement.

Références

A/CN.9/WG.II/WP.87, article 23
A/CN.9/WG.II/WP.90, par. 21 et 22
A/CN.9/420, par. 154 (vingt-quatrième session, 1995)

Chapitre VII. Clauses finales

Remarques

Étant donné que les dispositions de fond du projet de Convention se réfèrent à un certain nombre de déclarations, le Secrétariat a établi un avant-projet de clauses finales portant sur les questions liées aux déclarations. En attendant que soient définies les déclarations dans les dispositions de fond du projet de Convention, les projets d'articles 29 à 31 visent à soulever les questions qu'il faudrait traiter, et non à les résoudre de façon définitive.

[...]

Article 29. *Conflits avec les accords internationaux*

Un État peut déclarer, [au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'accession] [à tout moment], que la Convention ne prévaudra pas sur les conventions internationales [ou autres accords multilatéraux ou bilatéraux] énumérés dans la déclaration, auxquels il est ou sera partie et qui contiennent des dispositions concernant les questions régies par la présente Convention.

Article 30. *Enregistrement*

1. Un État peut déclarer, [au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'accession] [à tout moment], qu'il ne sera pas lié par les dispositions de la présente Convention relatives à l'enregistrement.

2. Un État peut déclarer, [au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'accession] [à tout moment], qu'il ne sera pas lié par le paragraphe 4 de l'article 23.

Article 31. *Effet des déclarations*

1. Les déclarations faites, en vertu de l'article 29, au moment de la signature sont subordonnées à confirmation au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les déclarations et confirmations de déclarations se présentent sous forme écrite et doivent être formellement notifiées au dépositaire.

3. Une déclaration prend effet au moment de l'entrée en vigueur de la présente Convention pour l'État concerné. Toutefois, la déclaration dont le dépositaire reçoit notification formelle après cette entrée en vigueur prend effet le premier jour du mois qui vient à l'expiration de six mois à compter de la date de sa réception par le dépositaire.

4. L'État qui fait la déclaration prévue à l'article 29 peut la retirer à tout moment par voie de notification formelle adressée par écrit au dépositaire. Le retrait prend effet le premier jour du mois qui vient à l'expiration de six mois à compter de la date de réception de la notification du dépositaire.

Article 32. *Réserves*

À l'exception de celles qui sont expressément prévues dans la présente Convention, aucune réserve n'est autorisée.

Annexe

Enregistrement

Définition et objectif

1. Au sens du projet de Convention, l'enregistrement désigne l'entrée non obligatoire dans une base de données de certaines informations sur la cession. Cet enregistrement a pour objectif non d'établir ou d'attester des droits de propriété, mais de protéger les tiers en leur donnant avis des cessions qui ont été ou seront effectuées, et de fournir une base pour le règlement des conflits de priorité.

2. En ce qui concerne les cessionnaires potentiels, l'enregistrement a pour effet de leur donner avis des cessions faites plus tôt ou plus tard dans le temps. L'avis ne contient que les informations strictement nécessaires pour que l'utilisateur soit averti et par conséquent puisse faire d'autres recherches et engager les actions qu'il juge opportunes selon les circonstances. Si aucune opération n'est enregistrée, les prêteurs potentiels peuvent obtenir la priorité en enregistrant (dans ce cas, toutefois, un cessionnaire antérieur dans le temps, qui n'a pas enregistré, risque de ne pas pouvoir obtenir paiement ; au sujet de la notion de "priorité", voir les remarques 2 à 4 relatives au projet d'article 5). Si une opération est enregistrée, les prêteurs peuvent demander des informations complémentaires à leur emprunteur potentiel ou aux prêteurs enregistrés, chercher à négocier avec les prêteurs enregistrés une convention de subordination (c'est-à-dire une convention de règlement des conflits de priorité) ou s'abstenir d'accorder un financement sur la base des créances pour lesquelles une cession a été enregistrée.

Principales caractéristiques

3. Du fait de sa fonction limitée, et par contraste marqué avec l'enregistrement classique, l'enregistrement au titre du projet de convention exige l'inscription sur un registre public d'un très petit nombre de données : identification du cédant et du cessionnaire et description succincte non spécifique des créances, existantes ou futures, à enregistrer. Autrement dit, un seul avis peut porter sur un grand nombre de créances actuelles ou futures, nées d'un ou de plusieurs contrats, ainsi que sur un ensemble variable de créances et un montant, qui change constamment, de dettes garanties qui interviennent souvent dans les opérations modernes de financement ("crédit renouvelable"). En outre, cet enregistrement est peu coûteux et simple, n'exige aucune formalité (notariale, par exemple) et ne demande aucune supervision de la part du registre dont les services non discrétionnaires consistent à recevoir, classer et fournir les données soumises à l'enregistrement moyennant paiement des droits correspondants.

4. L'enregistrement de toute l'opération ne peut pas répondre aux besoins du financement moderne en ce sens qu'il ne permet pas l'enregistrement d'une opération avant qu'elle ait effectivement eu lieu et que des opérations successives entre les mêmes parties exigeraient des enregistrements multiples, ce qui ne servirait à rien, surchargerait le registre et entraînerait des frais supplémentaires. De plus, cet enregistrement soulèverait des problèmes juridiques délicats, tels que celui de l'authentification.

5. L'enregistrement au titre du projet de Convention se caractérise aussi par le fait qu'il faudrait informatiser le processus, c'est-à-dire la présentation des données à inscrire sur le registre, leur réception au registre et leur traitement de manière à les rendre accessibles aux utilisateurs.

6. Deux méthodes de présentation des données pourraient être envisagées : le support papier et le support électronique. Le support papier obligerait le personnel du registre à entrer les informations manuellement dans la base de données, ce qui accroîtrait le risque d'erreur et la responsabilité éventuelle du personnel. Le système qui permettrait l'entrée directe de données informatisées, facilitée par les techniques actuelles de télécommunication, éliminerait ce problème. L'une et l'autre méthodes de présentation pourraient permettre la recherche électronique avec accès à distance.

7. Un système entièrement électronique (entrée et recherche des données) offrirait l'efficacité maximale avec le minimum d'intervention humaine, d'où rapidité, accessibilité à tout moment, absence de risque d'erreur à l'entrée des données par le registre (ce qui limite sa responsabilité éventuelle) et réduction des frais d'enregistrement. Les utilisateurs pourraient entrer des données ou faire des recherches sur simple ordinateur de table ou même sur ordinateur portable en passant par des réseaux de communication privés et sûrs ("réseau à valeur ajoutée" ou "VAN"). Pour que les données enregistrées soient accessibles aux utilisateurs, le registre doit disposer d'un logiciel de conversion des données à la structure utilisée ainsi que d'archivage et d'indexage de ces données.

8. Le système d'enregistrement pourrait s'appuyer sur une base de données/registre international(e) qui pourrait être relié(e) aux registres nationaux existants. Les pays qui n'en ont pas encore n'auraient pas besoin de créer de registre; l'enregistrement se ferait directement au registre international. Ceux qui ont un système d'enregistrement compatible avec celui du projet de Convention pourraient procéder par l'intermédiaire de leur registre national. Cette méthode exigerait toutefois une coordination efficace entre les différents lieux d'enregistrement : toutes les données enregistrées localement seraient transmises rapidement à la base de données internationale.

Article premier. *Création d'un registre*

À la demande d'un tiers au moins des États contractants, le dépositaire convoque une conférence pour concevoir un registre ou des registres et élaborer [, réviser ou modifier] le règlement applicable à l'enregistrement des données sur les cessions au titre de la présente Convention.

Remarques

1. En l'absence de système international d'enregistrement, le projet d'article premier de l'annexe prévoit un mécanisme visant à déclencher l'application des dispositions du projet de Convention relatives à l'enregistrement, c'est-à-dire la désignation d'une organisation qui ferait fonction de registre et l'élaboration par les États contractants (c'est-à-dire les États pour lesquels le projet de Convention est entré en vigueur) d'un règlement applicable à l'enregistrement.

2. Les principes de base de l'enregistrement sont énoncés dans le texte du projet de Convention, mais il vaut mieux traiter dans un corps distinct de règles — le règlement — la question du fonctionnement du système qu'il faudra probablement modifier périodiquement pour l'adapter à l'évolution des besoins et des technologies. Conformément au projet d'article premier de l'annexe, la première série de règles serait élaborée par les États contractants, lesquels désigneraient une organisation qui ferait fonction de registre. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les États contractants devraient conserver le pouvoir de réviser ou de modifier le règlement ou si ce pouvoir devrait être délégué au registre. En vertu du projet de Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (ci-après dénommé "le projet de convention sur les matériels d'équipement mobiles"), le Conseil de direction d'UNIDROIT est appelé à déterminer le lieu où sera créé le registre international envisagé, à gérer ce registre et à promulguer périodiquement les règles nécessaires à son fonctionnement (UNIDROIT, Étude LXXII, doc. 30, 1996, projet d'article 16-2).

Article 2. *Fonctions du registre*

1. Le registre reçoit les données enregistrées au titre de la présente Convention ainsi que le règlement et tient un index des noms des cédants [avec leur numéro d'enregistrement] pour pouvoir rendre les données accessibles aux utilisateurs sur demande.

2. Dès réception des données, le registre affecte un numéro d'enregistrement et établit un bulletin de vérification qu'il envoie au cédant et au cessionnaire conformément au règlement.

3. Dès réception d'une demande de recherche, le registre établit par écrit un résultat de recherche contenant toutes les données enregistrées au sujet des créances d'une personne donnée.

4. À l'expiration de la période de production d'effets d'un enregistrement, ou dès réception d'une notification du cessionnaire ou d'une décision d'un tribunal rendue conformément à l'article 5 de l'annexe à la présente Convention, le responsable du registre supprime les données enregistrées des fichiers publics du registre.

Remarques

1. Le projet d'article 2 de l'annexe décrit dans une perspective générale les fonctions du registre. Le bulletin de vérification visé au paragraphe 2 a pour objectif de permettre au cédant et au cessionnaire de vérifier que les données entrées dans le registre correspondent à celles qu'ils avaient l'intention d'enregistrer et de corriger les erreurs éventuelles.

2. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner les questions de compétence judiciaire et de responsabilité. Les différends liés à l'enregistrement feraient normalement intervenir des conflits de priorité entre parties en concurrence ou, parfois, des demandes faites aux tribunaux pour qu'ils rendent des décisions contraignantes pour le registre. Les conflits de priorité pourraient être réglés par les tribunaux compétents à l'égard des parties en cause. Toutefois, pour éviter que des décisions contradictoires parviennent au registre, il peut être souhaitable de prévoir que le registre relèvera de la compétence d'un seul tribunal (par exemple, un tribunal du pays où le registre pourrait se trouver, encore que, s'il s'agit seulement d'une base de données, il risque de ne pas être facile d'en déterminer "l'emplacement"). Autrement, le registre international pourrait n'être soumis à la juridiction d'aucun tribunal national et les différends liés à l'enregistrement pourraient être laissés à l'application d'autres méthodes de règlement. Le projet de Convention sur les matériels d'équipement mobiles confère au registre international les privilèges et immunités d'une organisation internationale et le soustrait à la juridiction des tribunaux internationaux, sauf convention contraire entre le registre et l'État hôte (UNIDROIT, Étude LXXII, doc. 30, 1996, projet d'article 16-3).

3. En ce qui concerne la responsabilité du registre, il y a lieu de noter que les systèmes d'enregistrement nationaux analogues à celui qui est prévu dans le cadre du projet de Convention ont bien fonctionné, qu'ils soient soumis ou non à une règle de responsabilité. Dans les juridictions dans lesquelles le registre est responsable des erreurs de fonctionnement du système, rares ont été les actions en responsabilité qui ont été engagées. Dans plusieurs d'entre elles, un certain pourcentage des droits d'enregistrement est réservé à la constitution d'un fonds dont le produit peut être utilisé pour le paiement de dommages-intérêts. Une telle formule est jugée accroître la confiance des utilisateurs du système. Toutefois, un système entièrement électronique dont le responsable a pour seul rôle de maintenir le système opérationnel réduirait considérablement les risques d'erreur (et, par conséquent, le coût de l'assurance).

4. Les questions de juridiction et de responsabilité sont dans une certaine mesure à régler différemment selon que le registre relève d'une organisation publique ou d'une organisation privée. Une organisation publique jouirait normalement de l'immunité souveraine, alors que l'organisation privée serait soumise à la juridiction d'un tribunal et sa responsabilité pourrait être plus facilement engagée.

Article 3. *Enregistrement*

1. Toute personne peut enregistrer des données se rapportant à une cession dans le registre conformément à la présente Convention et au règlement d'enregistrement. Les données enregistrées sont le nom et l'adresse officiels du cédant et du cessionnaire et une description succincte des créances cédées.

2. L'enregistrement produit ses effets à compter du moment où les données visées au paragraphe 1 sont accessibles aux utilisateurs.

3. L'enregistrement des données peut se faire avant ou après une cession.

4. Les données enregistrées peuvent porter sur une ou plusieurs cessions et sur des créances qui n'existent pas au moment de l'enregistrement.

5. Toute anomalie, irrégularité, omission ou erreur dans le nom officiel du cédant qui empêche une recherche faite à partir du nom officiel du cédant d'aboutir aux données enregistrées invalide l'enregistrement.

Remarques

1. Suivant l'exemple des législations nationales modernes, le paragraphe 1 limite les informations à entrer dans le registre à celles qui sont absolument nécessaires pour que l'enregistrement remplisse sa fonction de "mise en garde" (d'autres éléments d'identification peuvent être prévus dans le règlement, par exemple, le numéro attribué à une société par le registre des sociétés ou un autre numéro d'identification, la date de naissance d'une personne; le "nom officiel" peut être défini dans le règlement).

2. L'autorisation du cédant n'entre pas dans les données qu'il convient au minimum d'enregistrer pour que l'enregistrement produise ses effets. L'autorisation est matière à régler entre les parties et le registre n'a pas à s'en soucier quand il reçoit des données. En outre, les parties peuvent fort bien protéger leurs intérêts : les prêteurs, en obtenant l'autorisation du cédant avant d'octroyer un crédit, et les cédants, en demandant la suppression des données des fichiers publics du registre (voir le projet d'article 5 de l'annexe; les cédants sont informés au moyen du bulletin de vérification visé au projet d'article 2-2 de l'annexe). D'autres voies de recours, par exemple, pour la mise en doute de la validité d'un titre de propriété, peuvent être prévues dans le projet de Convention ou laissées à l'application de la loi nationale.

3. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi se demander quelle est l'incidence d'un changement de nom du cédant sur les effets produits par l'enregistrement eu égard aux créances nées après le changement (il y a des lois qui prévoient que l'enregistrement continue de produire ses effets pendant un certain temps après que le cessionnaire a eu connaissance du changement de nom et du nouveau nom du cédant), si une description générale des créances cédées devrait suffire (par exemple, "toutes les créances existantes et futures") ou si une description plus précise devrait être exigée (par exemple, créances nées en mai, ou créances découlant des ventes de matériel ou de ventes à un débiteur donné ou de contrats *x, y* ou *z*).

4. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander encore quelle est l'incidence d'un changement d'établissement du cédant sur les créances nées après le changement. Si le nouvel établissement du cédant est situé dans un État contractant qui n'a pas déclaré qu'il ne sera pas lié par les dispositions du projet de

Convention relatives à l'enregistrement, un nouvel enregistrement n'est peut-être pas nécessaire. En revanche, si le cédant se rend dans un État non contractant, il faudra peut-être que le cessionnaire suive la procédure prescrite par la loi de cet État pour s'assurer la priorité (encore que, en vertu du paragraphe 1 *a* du projet d'article premier, le projet de Convention soit applicable à condition que le cédant ait son établissement dans un État contractant au moment de la cession, même si, par la suite, il se déplace dans un État non contractant).

5. Normalement, seules les cessions comportant un élément international seraient inscrites dans le registre international. Toutefois, un cessionnaire national de créances nationales devrait pouvoir enregistrer (en "optant pour" les règles de priorité du projet de Convention). Dans les juridictions qui ont un système d'enregistrement, la question pourrait se poser de savoir si deux enregistrements — local et international — seraient exigés. L'enregistrement local dans la juridiction où se trouve le cédant offrirait une protection suffisante au cessionnaire à l'égard de l'administrateur d'insolvabilité. Toutefois, le cessionnaire qui voudrait s'assurer la priorité à l'égard des cessionnaires internationaux devrait procéder à l'enregistrement international. Les problèmes pourraient être surmontés si les deux systèmes d'enregistrement étaient reliés de façon que les données enregistrées localement soient transmises à la base de données internationale. Dans ce cas, l'enregistrement local équivaudrait à l'enregistrement international (voir la remarque 5 relative au projet d'article 23 et la remarque liminaire 8 relative aux dispositions concernant l'enregistrement).

6. En vertu du paragraphe 2, l'enregistrement produit ses effets quand les données deviennent accessibles aux utilisateurs. Dans un système entièrement électronique, la recherche de données pourrait se faire dès leur réception au registre. En revanche, dans le cas d'un avis sur support papier dont le personnel du registre devrait entrer les informations dans la base de données, la recherche ne deviendrait possible et, par conséquent, l'enregistrement ne produirait ses effets qu'après l'entrée des données dans l'index informatisé. Dans ce cas, la partie qui enregistre pourrait se protéger contre le risque de perdre sa priorité en retenant le crédit jusqu'à ce que l'enregistrement produise ses effets.

7. Conformément au paragraphe 3, si A enregistre une cession qu'il reçoit par la suite, A aura la priorité dès le moment de l'enregistrement, et non celui de la cession. L'enregistrement préalable a pour objet de combler, entre le moment du financement et celui de l'enregistrement, l'intervalle pendant lequel il y aurait incertitude quant aux droits du cessionnaire à l'égard des tiers.

Article 4. *Durée, reconduction et modification de l'enregistrement*

1. L'enregistrement au titre de la présente Convention produit ses effets [pendant une période de cinq ans après l'enregistrement] [pendant la période de temps spécifiée par la partie qui enregistre].

2. L'enregistrement peut être reconduit pendant des périodes supplémentaires successives [de cinq ans] [de durée spécifiée par la partie qui enregistre] si demande en est faite six mois avant l'expiration de la durée de production des effets de l'enregistrement.

3. L'enregistrement peut être modifié à tout moment pendant la durée de production de ses effets. La modification produit ses effets à compter du moment où elle devient accessible aux utilisateurs.

Remarques

La limitation de la durée de production des effets d'un enregistrement a pour objet d'empêcher que le système soit surchargé par des données se rapportant à des droits inexistants. Souvent, les parties ne sont pas prêtes à faire supprimer rapidement des données du fichier du registre, surtout si cela entraîne des frais. Le paragraphe 1 présente deux variantes, l'une qui prévoit une durée déterminée, et l'autre, plus souple, qui permet aux parties de fixer la durée de production des effets de l'enregistrement. Dans la grande majorité des cas, une durée de cinq ans pourrait suffire. Toutefois, la possibilité pour les parties d'"acheter" dès le départ une période de temps plus longue réduirait le nombre des demandes de reconduction de l'enregistrement.

Article 5. *Droit du cédant de supprimer ou de modifier les données enregistrées*

1. Le cédant peut demander par écrit que le cessionnaire enregistre un avis de suppression ou de modification des données enregistrées. [Le cédant indique explicitement la nature de l'action demandée et les motifs de sa demande.]

2. Si le cessionnaire ne donne pas suite à cette demande dans les quinze jours qui suivent sa réception, le cédant peut saisir un tribunal compétent pour qu'il ordonne la suppression ou la modification des données enregistrées au motif qu'elles se rapportent à des créances sur lesquelles le cessionnaire n'a aucun intérêt ou a un intérêt différent.

Remarques

1. En vertu du paragraphe 1, le cédant peut demander au cessionnaire de faire supprimer ou modifier des données qui se trouvent dans le fichier public. Si le cessionnaire ne donne pas suite à la demande, le cédant doit saisir la justice (il n'y a pas de "désenregistrement" automatique). Le "désenregistrement" automatique exposerait le cessionnaire au risque de perdre sa position prioritaire s'il ne réagit pas devant une demande erronée ou fallacieuse du cédant. Ce risque serait encore plus grand si la demande était faite à la veille d'une insolvabilité et pouvait avoir une incidence sur le coût du crédit. En revanche, on pourrait faire valoir en faveur du "désenregistrement" automatique qu'il serait plus approprié d'imposer au cessionnaire la tâche d'avoir à saisir la justice, car ce dernier peut enregistrer sans avoir à prouver qu'il a l'autorisation du cédant ou qu'une cession a été effectuée.

2. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer le tribunal qui aurait compétence pour rendre l'ordonnance visée au paragraphe 2.

Article 6. *Recherches dans le registre*

1. Toute personne peut faire des recherches dans les fichiers du registre et obtenir le résultat de ces recherches par écrit.

2. La recherche peut se faire à partir du nom du cédant [ou du numéro d'enregistrement].

[3. Le résultat d'une recherche qui est censée émaner du registre est recevable à titre de preuve et, en l'absence de preuve contraire, atteste les données sur lesquelles porte la recherche, y compris :

a) La date et l'heure de l'enregistrement; et

b) le rang de l'enregistrement indiqué par le numéro d'enregistrement mentionné dans le résultat écrit de la recherche.]

Remarques

1. Le paragraphe 1 prévoit un registre ouvert au public. Dans la pratique, la partie qui fera une recherche sera soit un cessionnaire effectif ou potentiel, soit un tiers agissant au nom d'un cessionnaire. Afin de ne pas exclure les nouvelles méthodes de recherche,

aucune méthode n'est indiquée dans le paragraphe 1 (la question est à traiter dans le règlement). Le paragraphe 2 définit deux critères de recherche : le nom du cédant et le numéro d'enregistrement (le numéro attribué à une société par le registre en vertu du projet d'article 2-2 de l'annexe). Le résultat d'une recherche peut ne correspondre qu'à un de ces critères.

2. Une recherche faite à partir du nom du cédant peut ne pas révéler toutes les cessions antérieures. Ainsi, A (cessionnaire) enregistre la cession de créances appartenant à B (cédant) après s'être assuré que B n'a pas déjà cédé ces créances à une autre personne; B cède ensuite les mêmes créances à C, qui pourra découvrir l'existence des droits de A en faisant une recherche à partir du nom de B. Mais, si C cède les créances à D, D ne pourra pas découvrir les droits de A en faisant une recherche à partir du nom de C. Il ne faudrait pas exagérer l'importance de ce problème, car aucun système d'enregistrement ne peut offrir une certitude absolue. Dans l'exemple ci-dessus, D devra trouver le nom du cédant initial en s'appuyant sur les garanties données par son cédant.

3. Il y a aussi le problème du langage à utiliser pour que la recherche des informations entrées dans la base de données internationale soit relativement facile (en particulier, pour ce qui est du nom du cédant, car ce serait le critère de recherche pertinent). L'expérience acquise au niveau national montre qu'il serait possible pour le registre international de fonctionner, moyennant un certain coût, en plusieurs langages. C'est dire que certains langages seraient désignés langages officiels du registre. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'utilisation de numéros peut régler le problème du langage (par exemple, si on utilisait le numéro d'enregistrement attribué par le registre comme autre critère de recherche, ou un numéro émanant du registre des sociétés ou d'un autre organisme habilité à identifier un cédant).

4. Le paragraphe 3, qui figure entre crochets aux fins d'examen par le Groupe de travail, vise à faire en sorte que le résultat d'une recherche, dès lors qu'il apparaît digne de foi, soit recevable à titre de commencement de preuve de la fiabilité des données qu'il contient. Toutefois, une partie peut toujours contester l'authenticité d'un résultat de recherche. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le paragraphe 3 est nécessaire, car la recevabilité et la valeur probante d'un résultat de recherche pourraient être laissées à la libre appréciation des tribunaux.

C. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-huitième session (New York, 2-13 mars 1998) (A/CN.9/447) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-14
I.	DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	15-16
II.	PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT	17-159
	CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS	17-139
	Section I. Cédant et cessionnaire	17-68
	Article 14. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire	17-24
	Article 15. Garanties du cédant	25-40
	Article 16. Notification au débiteur	41-47
	Article 17. Droit du cessionnaire à recevoir paiement	48-68
	Section II. Débiteur	69-139
	Article 18. Paiement libératoire du débiteur	69-93
	Article 19. Exceptions et droits à compensation du débiteur	94-102
	Article 20. Convention de non-recours aux exceptions et aux droits à compensation	103-121
	Article 21. Modification du contrat initial [ou de la créance]	122-135
	Article 22. Restitution des paiements	136-139
	CHAPITRE V. CESSIONS SUBSÉQUENTES	140-159
	Remarques générales	140-142
	Article 25. Champ d'application	143-146
	Article 26. Conventions limitant les cessions subséquentes	147-152
	Article 27. Paiement libératoire du débiteur	153-157
	Article 28. Notification au débiteur	158-159
III.	RAPPORT DU GROUPE DE RÉDACTION	160-164
IV.	TRAVAUX FUTURS	165
		Page
Annexe		114

INTRODUCTION

1. À sa vingt-huitième session, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a poursuivi les travaux qu'il avait entrepris conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt-huitième session (Vienne, 2-26 mai 1995)[1] en vue de l'élaboration d'une loi uniforme sur la cession de créances à des fins de financement. Cette session était la cinquième consacrée à cette loi uniforme, intitulée provisoirement projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement.

2. La décision de la Commission d'entreprendre des travaux sur la cession dans le cadre du financement par cession de créances faisait suite à des suggestions qui lui avaient été adressées, en particulier lors du Congrès de la CNUDCI sur le thème "Le droit commercial uniforme au XXIe 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 (1980) de renvoyer l'examen à plus tard[2].

3. De sa vingt-sixième à sa vingt-huitième session (de 1993 à 1995), la Commission a examiné trois rapports du Secrétariat relatifs à certains problèmes juridiques dans le domaine de la cession de créances (A/CN.9/378/Add.3, A/CN.9/397 et A/CN.9/412) et a conclu qu'il serait à la fois souhaitable et possible d'établir 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[3].

4. Lors de sa vingt-quatrième session (Vienne, 8-19 novembre 1995), le Groupe de travail a commencé par examiner un avant-projet de règles uniformes contenu dans un rapport du Secrétaire général intitulé "Examen et avant-projet de règles uniformes" (A/CN.9/412). À cette session, le Groupe de travail a été instamment prié de s'efforcer d'élaborer un texte juridique qui ait pour effet d'accroître la disponibilité de crédits à des taux plus modiques (A/CN.9/420, par. 16).

5. À sa vingt-neuvième session (1996), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-quatrième session (A/CN.9/420). Elle s'est déclarée satisfaite de l'œuvre accomplie et a prié le Groupe de travail de poursuivre ses travaux avec diligence[4].

6. Pour les travaux de sa vingt-cinquième session (New York, 8-19 juillet 1996), le Groupe de travail était saisi d'une note du Secrétariat qui contenait des dispositions concernant diverses questions, notamment sur la forme et la teneur de la cession, les droits et obligations du cédant, du cessionnaire, du débiteur et des autres tiers, les cessions subséquentes et la question des conflits de lois (A/CN.9/WG.II/WP.87). À sa vingt-sixième session (Vienne, 11-22 novembre 1996), le Groupe de travail a examiné une note établie par le Secrétariat qui contenait une version révisée du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement (A/CN.9/WG.II/WP.89).

7. À sa trentième session (1997), la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses vingt-cinquième et vingt-sixième sessions (A/CN.9/432 et A/CN.9/434). Elle a noté que le Groupe de travail était parvenu à un accord sur un certain nombre de questions et que les principales questions en suspens portaient sur les effets de la cession sur les tiers, comme les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité du cédant[5]. En outre, la Commission a noté que le projet de Convention avait suscité l'intérêt des milieux spécialisés dans le financement par cession de créances et des gouvernements, car il pouvait accroître la disponibilité de crédits à des taux plus abordables[6].

8. À sa vingt-septième session (Vienne, 20-31 octobre 1997)[7], le Groupe de travail a poursuivi ses travaux en examinant une version révisée du projet de Convention contenu dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.93). À cette session, il a pris pour hypothèse de travail que le texte en cours d'élaboration comporterait des dispositions relatives aux conflits de lois, concernant en particulier les questions de priorité (A/CN.9/445, par. 27 et 31).

9. Le Groupe de travail, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt-huitième session à New York du 2 au 13 mars 1998. Ont assisté à la session les représentants des États membres suivants : Algérie, Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Autriche, Botswana, Bulgarie, Chili, Chine, Égypte, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Mexique, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Slovaquie, Soudan et Thaïlande.

10. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants : Bénin, Canada, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée-Bissau, Indonésie, Iraq, Irlande, Koweït, Mongolie, Qatar, République arabe syrienne, République de Corée, République démocratique du Congo, République populaire démocratique de Corée, République tchèque, Roumanie, Sénégal, Suède, Suisse, Turquie et Venezuela.

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 374 à 381.

[2] Ibid., *trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 26 à 28.

[3] Ibid., *quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 297 à 301; ibid., *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), par. 208 à 214; et ibid., *cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 374 à 381.

[4] Ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 234.

[5] Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 254.

[6] Ibid., par. 256.

[7] La vingt-septième session, qui devait initialement se tenir à New York du 23 juin au 3 juillet 1997, a dû être reportée, l'Assemblée générale ayant décidé de tenir sa dix-neuvième session extraordinaire sur le programme Action 21 à New York du 23 au 27 juin 1997.

11. Étaient également représentées par des observateurs les organisations internationales suivantes : Association du barreau de la Ville de New York (ACBNY), le Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Commercial Finance Association (CFA), European Federation of National Factoring Associations (EUROPAFACTORING), Factors Chain International (FCI), Fédération bancaire de l'Union européenne, Association internationale du barreau (AIB) et l'Union internationale des avocats (UIA).

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

Président : M. David Morán Bovio (Espagne)

Rapporteur : M. Abu Algassim Mergehni Mohammad (Soudan)

13. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.95) et note du Secrétaire général intitulée "Articles révisés du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement" (A/CN.9/WG.II/WP.96).

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

1. Élection du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

15. Rappelant que, faute de temps, les projets d'articles 14 à 22 n'avaient pas été examinés à sa session précédente, le Groupe de travail a décidé de commencer ses travaux par l'examen du projet d'article 14. Il a examiné les projets d'articles 14 à 22 et 25 à 28 tels qu'ils figuraient dans le document A/CN.9/WG.II/WP.96.

16. Il est rendu compte des délibérations et conclusions du Groupe de travail, y compris de l'examen par celui-ci de diverses dispositions du projet, dans les sections III et IV ci-après. Le Groupe de travail a adopté, quant au fond, les projets d'articles 14 à 16 et 18 à 21 et les a renvoyés à un groupe de rédaction constitué par le Secrétariat pour uniformiser les versions dans les différentes langues des projets d'articles adoptés. De plus, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de réviser le projet d'article 17, conformément aux délibérations et conclusions du Groupe de travail exposées dans la section III ci-dessous.

II. PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT

Chapitre IV. Droits, obligations et exceptions

Section I. Cédant et cessionnaire

Article 14. *Droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

17. Le texte du projet d'article 14 examiné par le Groupe de travail était libellé comme suit :

> "1. Sous réserve des dispositions de la présente Convention, les droits et obligations du cédant et du cessionnaire découlant de leur convention sont déterminés par les termes et conditions de ladite convention, y compris toutes règles, toutes conditions générales ou tous usages qui y sont mentionnés.
>
> 2. Le cédant et le cessionnaire sont liés par les usages auxquels ils ont consenti et, sauf convention contraire, par les habitudes qui se sont établies entre eux.
>
> 3. Dans une cession internationale, le cédant et le cessionnaire sont réputés, sauf convention contraire, s'être tacitement référés pour la cession à tout usage dont ils avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties aux opérations particulières de financement des créances."

Paragraphe 1

18. Le Groupe de travail a adopté tel quel le texte du paragraphe 1 quant au fond.

Paragraphe 2

19. On a exprimé l'avis que ce paragraphe devait être supprimé parce qu'il était redondant, dans la mesure où les parties pourraient en tout état de cause décider d'être liées par les usages et l'étaient normalement par les pratiques établies entre elles. En outre, il a été fait observer que dans les cas où il pouvait, selon toute probabilité, s'opérer des cessions successives à l'occasion d'une transaction ordinaire (par exemple, dans le cas d'un accord d'affacturage international), ce paragraphe risquerait de susciter des incertitudes quant aux usages et habitudes qui lieraient les cessionnaires ultérieurs qui n'auraient pas forcément eu connaissance des usages et habitudes auxquels le cédant et le cessionnaire originaires auraient consenti.

20. Toutefois, l'opinion dominante a été qu'il faudrait maintenir ce paragraphe. On a fait remarquer que si dans nombre de pays des dispositions analogues au paragraphe 2 pouvaient être considérées comme énonçant une évidence, il existait probablement des juridictions où

les principes qui sous-tendaient le paragraphe 2 n'étaient sans doute pas considérés comme allant de soi. C'était la raison pour laquelle ces principes avaient été consacrés dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)[a], ci-après dénommée "la Convention des Nations Unies sur les ventes". De plus, toute divergence entre le projet de Convention et la Convention des Nations Unies sur les ventes à cet égard risquerait, a-t-il fait observer, de créer des difficultés dans l'interprétation des deux instruments. S'agissant de l'objection soulevée au sujet des cessions successives, on s'est accordé à considérer que, dans la mesure où le paragraphe traitait de la relation bilatérale entre cédant et cessionnaire, il ne risquait pas d'y avoir d'ambiguïté quant aux usages et habitudes ayant force obligatoire dans le cadre de cette relation. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a adopté le texte du paragraphe 2 quant au fond sans le modifier.

Paragraphe 3

21. On a exprimé l'opinion que ce paragraphe devait être supprimé puisqu'il se bornait à reprendre un principe largement accepté qui voulait que certains usages jouent dans une relation contractuelle en l'absence de toute convention contraire. De plus, on a déclaré que ce paragraphe risquait d'être source d'incertitude car il ne semblait pas exister à l'heure actuelle d'ensemble distinct d'usages concernant les pratiques de financement pour cession de créances. À l'appui de sa suppression, on a fait valoir que, tel qu'il était actuellement libellé, ce paragraphe aurait vraisemblablement pour effet de lier le cédant et le cessionnaire par des usages dont ils n'auraient peut-être pas eu connaissance. Dans ce contexte, on a souligné que reconnaître aux parties la faculté de conclure une convention contraire pourrait se révéler une solution insatisfaisante dans la mesure où il serait extrêmement difficile à des parties qui ignoraient l'existence de tel ou tel usage de convenir de l'écarter.

22. Toutefois, l'opinion dominante a été que le paragraphe 3 pourrait présenter quelque utilité en limitant la référence aux usages commerciaux à ceux qui étaient couramment observés dans le commerce international. En ce qui concerne l'opinion selon laquelle il n'existait à l'heure actuelle ni usages ni habitudes généralement acceptés en matière de financement par cession de créances dans le commerce international, on a fait observer qu'en attendant que ces usages internationaux voient le jour le paragraphe 3 aurait à juste titre pour effet d'écarter les usages purement internes qui ne devraient pas s'imposer aux parties à une cession internationale. On a précisé que les références aux usages internationalement acceptés que l'on retrouvait dans la Convention des Nations Unies sur les ventes procédaient de la volonté de ne pas subordonner les transactions internationales aux usages internes. De l'avis général, la possibilité ménagée aux parties d'ajuster le contenu de leur relation contractuelle conférait à celles-ci une protection suffisante contre tout usage qu'elles jugeraient peu convenable.

23. Toutefois, dans le souci de dissiper les doutes exprimés, il a été proposé notamment de préciser dans le texte que les parties à la cession pourraient par convention expresse ou tacite écarter tels ou tels usages. On s'est opposé à cette proposition au motif qu'elle risquerait de soulever des difficultés dans l'interprétation d'autres dispositions du projet de Convention faisant référence à une convention contraire des parties et qu'une telle solution remettrait inutilement en cause le droit des contrats applicable en dehors du projet de Convention.

24. Il a également été proposé de supprimer la référence à toute connaissance réelle ou déduite contenue dans les mots "avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance" au motif que si une telle référence à la connaissance subjective des parties pouvait se révéler utile à l'occasion de relations bilatérales elle n'aurait pas sa raison d'être dans le cadre d'une relation tripartite, car il serait extrêmement difficile aux tiers de déterminer ce dont le cédant et le cessionnaire avaient ou auraient dû avoir connaissance. On a largement souscrit à cette proposition. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 quant au fond.

Article 15. *Garanties du cédant*

25. Le projet d'article 15 examiné par le Groupe de travail était libellé comme suit :

"1. Sauf convention contraire du cédant et du cessionnaire, le cédant assure que :

a) [Nonobstant une convention entre le cédant et le cessionnaire limitant d'une manière ou d'une autre les droits du cédant de céder ses créances] le cédant a, au moment de la cession, le droit de céder la créance;

b) Le cédant n'a pas déjà cédé [, ni ne cédera ultérieurement] la créance à un autre cessionnaire; et

c) Le débiteur ne peut invoquer, au moment de la cession, des exceptions ou des droits à compensation, découlant du contrat initial ou de toute autre convention avec le cédant, autres que ceux spécifiés dans la cession.

2. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant n'assure pas que le débiteur a, ou aura, les moyens financiers d'effectuer le paiement."

Paragraphe 1

Texte introductif

26. Le Groupe de travail a estimé dans son ensemble qu'il fallait indiquer dans le texte introductif à quel moment le cédant devait fournir les garanties prévues dans le projet d'article 15. Il a décidé, après en avoir délibéré, que ce devait être au moment de la conclusion du contrat de cession. Sous réserve de cette modification, il a adopté le texte introductif quant au fond.

[a] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.IV.3), première partie).

Alinéa a

27. Le Groupe de travail s'est accordé à reconnaître que le membre de phrase entre crochets figurant à l'alinéa *a* était superflu, puisqu'il était en effet implicite dans le projet d'article 12 que le cédant avait le droit de transférer ses créances même si une clause de non-cession figurait dans le contrat donnant naissance aux créances ("contrat initial"). Il a été fait observer qu'en dépit de son caractère répétitif le texte entre crochets devait être conservé dans l'intérêt de la clarté, mais la majorité des membres a estimé que la question était assez claire et que les termes entre crochets pouvaient donc être supprimés.

28. En ce qui concerne la prescription du droit du cédant de céder ses créances, il a été généralement reconnu que l'alinéa *a* répartissait bien le risque d'annulation de la cession entre le cédant et le cessionnaire dû à cette prescription, puisque le cédant était mieux à même de savoir si son droit de céder des créances était ou non prescrit.

29. Le Groupe de travail a noté que puisqu'il avait décidé que le moment où le cédant devait fournir les garanties prévues dans le projet d'article 15 serait indiqué dans le texte introductif, la référence au moment de la cession figurant à l'alinéa *a* n'était plus nécessaire. Il a été fait remarquer, toutefois, qu'il y avait lieu de faire une distinction entre le moment où les garanties étaient fournies et celui où elles produisaient leurs effets.

30. Bien que cette distinction ait été jugée utile, la référence au moment de la cession — qui était définie à l'alinéa *k* du projet d'article 5 — a suscité un certain nombre de préoccupations. Certains ont estimé que cette référence était incomplète; en effet, d'une part, le projet d'article 15 était fondé sur l'hypothèse que les parties n'avaient pas réglé la question des garanties dans leur accord, et, d'autre part, le projet d'article 5 *k* ne prévoyait pas le cas où les parties n'auraient pas spécifié le moment de la cession dans leur accord. D'autres ont exprimé la crainte que la référence au moment de la cession n'ait involontairement pour résultat que la garantie prévue à l'alinéa *a* prenne effet après la conclusion du contrat de cession, ce qui a été jugé inopportun. À l'issue du débat, le Groupe de travail a adopté l'alinéa *a* quant au fond, sous réserve de la suppression des termes entre crochets et de la référence au moment de la cession.

Alinéa b

31. Le Groupe de travail s'est tout d'abord demandé s'il convenait de retenir la garantie, figurant entre crochets, donnée par le cédant qu'il ne cédera pas une seconde fois les mêmes créances. En faveur de son maintien, il a été fait observer que, dans le cas des cessions comportant le transfert de propriété des créances, le cessionnaire exige normalement du cédant qu'il s'engage à ne pas céder de nouveau les mêmes créances. En faveur de sa suppression, il a été avancé qu'une telle garantie serait inappropriée dans le cas d'une cession à titre de garantie pour laquelle une partie seulement de la créance est grevée. Il a été souligné que le droit du cédant d'offrir à divers prêteurs différentes parties de créances constituait l'essentiel de pratiques financières importantes et qu'il convenait de le préserver. En outre, les garanties de ce type étaient normalement matière à négociation dans le cadre d'opérations spécifiques et n'avaient pas leur place dans une règle supplétive destinée à s'appliquer à divers types d'opérations.

32. Pour ce qui est des termes "déjà cédé", les membres du Comité ont généralement reconnu qu'ils n'avaient de sens que si l'on fixait le moment par rapport auquel il pourrait être déterminé ce que "déjà" signifiait. Comme suite à la décision du Groupe de travail d'indiquer dans le texte introductif à quel moment les garanties devaient être données, il a été décidé de retenir les termes "déjà cédé". Sous réserve de la suppression des termes entre crochets, le Groupe de travail a adopté l'alinéa *b* quant au fond.

Alinéa c

33. Des préoccupations ont été exprimées au sujet de la garantie que doit donner le cédant, conformément à l'alinéa *c*, concernant les exceptions ou les droits à compensation. L'une d'elles était que, dans le cas des cessions globales à titre de garantie, une garantie semblable à celle qui était prévue à l'alinéa *c* ne conviendrait pas, étant donné que le cédant pourrait n'avoir aucun moyen de savoir si de telles exceptions existaient. Pour répondre à cette préoccupation, il a été suggéré de supprimer l'alinéa *c* et de s'en remettre aux usages et pratiques commerciaux qui seraient applicables conformément au paragraphe 2 du projet d'article 14. Une objection a été opposée à cette suggestion au motif que le crédit n'est normalement accordé que sur la base de créances qui ne sont pas grevées d'exceptions. Il a été dit en outre que, dans le cas de cessions globales comportant des créances qui feraient probablement l'objet d'exceptions de la part du débiteur, le crédit que recevaient les cédants ne représentait que le montant des créances qui n'étaient pas grevées d'exceptions, alors qu'ils devaient rembourser un montant plus élevé. Il a été dit aussi qu'en cas de "financement avec recours", si le cessionnaire ne peut obtenir paiement en raison d'exceptions invoquées par le débiteur, le cédant devait reprendre les créances et les remplacer par d'autres.

34. Une autre préoccupation était qu'en limitant aux exceptions et aux droits à compensation contractuels les garanties que le cédant était tenu de donner conformément à l'alinéa *c* on exposerait de façon injustifiée le cessionnaire à des exceptions et à des droits à compensation qui pourraient ne pas être de nature contractuelle. Il a donc été suggéré de supprimer les mots figurant entre crochets à l'alinéa *c*. De l'avis général, il fallait aussi supprimer les mots "autres que ceux spécifiés dans la cession", étant donné qu'ils étaient superflus, puisqu'il était déjà fait référence à une convention contraire du cédant et du cessionnaire dans la phrase liminaire du paragraphe 1 et qu'en outre ils introduisaient un élément de rigidité, en ce sens que si les exceptions que pouvait invoquer le débiteur concernant la cession n'étaient pas toutes spécifiées, le cédant pourrait se trouver involontairement en défaut si de telles exceptions étaient invoquées.

35. On a aussi exprimé la crainte qu'en se référant au moment de la conclusion du contrat de cession l'alinéa *c* pourrait avoir pour effet involontaire que le cédant garantisse qu'il n'existe pas d'exceptions ou de droits à compensation, dont il ignorerait l'existence au moment de la conclusion du contrat de cession (c'est-à-dire des exceptions et des droits à compensation qui pourraient découler de contrats conclus ultérieurement). Un tel résultat serait inapproprié.

36. Pour répondre à cette préoccupation, il a été suggéré de modifier l'alinéa *c* de manière à prévoir que, dans le cas de créances futures, la garantie qu'il n'y a pas d'exceptions de la part du débiteur prenne effet au moment où naissent les créances. Il a été objecté qu'une telle différence de traitement entre les exceptions découlant de contrats existants ou futurs n'était pas justifiée. Il fallait en effet, pour le cessionnaire, que les garanties prennent effet au moment du transfert de la créance et, conformément au projet d'article 11, ce moment était celui de la cession dans le cas des créances existantes comme dans celui des créances futures.

37. Il a été généralement reconnu que le moment du transfert des créances devait être celui de la cession, mais il a été rappelé au Groupe de travail que des préoccupations avaient été exprimées au sujet de la définition de l'expression "moment de la cession" figurant dans le projet d'article 5 *k* (voir plus haut, par. 30). Il a donc été décidé de remanier l'alinéa *c* de façon à y exprimer l'opinion générale du Groupe de travail sans se référer au projet d'article 5 *k*. L'alinéa *c* se lirait alors à peu près comme suit : "Si la créance est une créance existante, le débiteur ne peut invoquer ni n'invoquera des exceptions ou des droits à compensation, et si la créance est une créance future, le débiteur n'invoquera pas d'exceptions ni de droits à compensation au moment ou après le moment où la créance naît." Cette suggestion a été considérée généralement acceptable quant au fond, mais le Groupe de travail a préféré un libellé plus simple, qui pourrait être le suivant : "le débiteur n'invoque pas ni n'invoquera d'exceptions ni de droits à compensation".

38. Au cours du débat, il a été demandé si les futurs droits à compensation découlant de contrats ne se rattachant pas au contrat initial seraient couverts par l'alinéa *c*. Il a été répondu que les droits à compensation que pouvait invoquer le débiteur conformément au paragraphe 2 du projet d'article 19 seraient effectivement couverts. Il a été fait observer en outre que le cessionnaire pouvait se protéger contre ces droits du débiteur en notifiant ce dernier.

39. À l'issue des débats, le Groupe de travail a adopté l'alinéa *c* quant au fond, tel qu'indiqué à la fin du paragraphe 37 ci-dessus.

Paragraphe 2

40. Il a été généralement reconnu que le paragraphe 2 répartissait bien le risque du crédit entre le cédant et le cessionnaire. À l'issue des débats, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 quant au fond, sans changement.

Article 16. *Notification au débiteur*

41. Le projet d'article 16 examiné par le Groupe de travail était libellé comme suit :

"1. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ou le cessionnaire ou bien les deux peuvent envoyer au débiteur la notification de la cession et demander que le paiement soit fait au cessionnaire.

2. La notification de la cession ou la demande de paiement adressée par le cédant ou le cessionnaire en violation d'une convention conclue conformément au paragraphe 1 produit ses effets. Toutefois, aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur toute obligation ou responsabilité de la partie qui viole une telle convention pour tout préjudice découlant de la violation.

3. La notification est donnée par écrit et identifie raisonnablement les créances et la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle ou à l'adresse de laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement.

4. La notification de la cession peut porter sur des créances nées après ladite notification. [Cette notification produit ses effets pendant cinq ans à compter de la date de la réception par le débiteur, sauf :

a) Convention contraire entre le cessionnaire et le débiteur, ou

b) Si la notification est renouvelée par écrit pendant la période où elle produit ses effets [pour une période de cinq ans, sauf convention contraire entre le cessionnaire et le débiteur].]"

Paragraphe 1

42. De l'avis général, le paragraphe 1 était rédigé de manière à créer, comme il convenait, un droit et non une obligation de notifier le débiteur. Il a été dit qu'une obligation de notifier le débiteur pourrait nuire à des pratiques de financement utiles, qui consistaient à ne pas notifier la cession au débiteur, auquel cas le débiteur devait continuer à payer le cédant. En ce qui concerne les derniers mots du paragraphe 1, il a été dit qu'ils réduisaient inutilement la portée de la disposition aux situations où la notification comporterait une demande de paiement au cessionnaire. De nombreux membres ont estimé qu'il serait plus approprié de retenir un libellé semblable à celui du paragraphe 2 de l'article 18, en vertu duquel un paiement était effectué "conformément aux instructions de paiement données dans la notification". Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond (dans le cadre de l'examen du paragraphe 2 du projet d'article 18, le Groupe de travail a modifié la mention des "instructions de paiement"; voir par. 72, 73 et 78 ci-après).

Paragraphe 2

43. Il a été déclaré que, tel qu'il est actuellement libellé, le paragraphe 2 pourrait servir à régler des questions autres

que la libération du débiteur, telles que la priorité entre cessionnaires concurrents (par exemple, lorsque le droit applicable donne la priorité au cessionnaire qui a notifié le débiteur le premier), ce qui ne convenait pas. On a par ailleurs fait observer que le but du paragraphe 2 était de régler les situations dans lesquelles il pourrait y avoir des restrictions à la liberté des parties de notifier le débiteur.

44. Pour ce qui est de la forme, de nombreux membres ont estimé que les mots “une convention conclue conformément au paragraphe 1” pouvaient être interprétés à tort comme exigeant la conclusion d’une convention particulière entre le cédant et le cessionnaire. Il a été décidé de les remplacer par les mots “l’accord visé au paragraphe 1”. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté la teneur du paragraphe 2.

Paragraphe 3

45. Il a été généralement reconnu que le projet de Convention devait contenir une disposition concernant les termes dans lesquels la notification devait être faite. De l’avis général, cette disposition devait être formulée de façon à ce que soit admis tout libellé pouvant être raisonnablement considéré comme informant le débiteur du contenu de la notification. Par ailleurs, compte tenu des conséquences importantes qu’avait la notification conformément au projet de Convention, la disposition devrait prévoir un élément de certitude au moyen d’une règle “refuge”, c’est-à-dire une règle en vertu de laquelle une notification faite dans des termes donnés est réputée produire ses effets. Elle devrait en outre reconnaître la validité des notifications multilingues.

46. Il a donc été proposé d’ajouter au paragraphe 3 ou dans un nouveau paragraphe du projet d’article 16 un texte qui se lirait à peu près comme suit : “La notification est faite dans des termes pouvant être raisonnablement considérés comme informant le débiteur du contenu de la notification. Aux fins du présent paragraphe, il suffit qu’elle soit faite dans les termes du contrat initial.” À l’issue du débat, le Groupe de travail a adopté la teneur du paragraphe 3 et du nouveau paragraphe. Dans le cadre de l’examen des paragraphes 2 et 3 du projet d’article 18, du paragraphe 2 du projet d’article 19 et du nouveau paragraphe 4 du projet d’article 21, le Groupe de travail a rouvert le débat sur le paragraphe 3 du projet d’article 16 (voir par. 74 à 76, 82, 83, 99, 100 et 135 ci-après).

Paragraphe 4

47. En ce qui concerne la deuxième phrase du paragraphe 4, qui est actuellement entre crochets, il a été généralement reconnu qu’il ne convenait pas de fixer la période durant laquelle la notification produisait ses effets. Il a été souligné que, normalement, il n’existait pas de convention entre le cessionnaire et le débiteur, qu’il serait difficile pour le cessionnaire d’établir la date à laquelle le débiteur aurait reçu la notification, que l’obligation de vérifier la date de la notification pour déterminer s’il pouvait s’acquitter de sa dette en réglant le cessionnaire imposerait au débiteur une charge excessive, que la période de cinq ans était arbitraire et ne correspondait pas nécessairement à un délai de prescription dans tous les États contractants. Sous réserve de la suppression de la deuxième phrase, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 4 quant au fond.

Article 17. *Droit du cessionnaire à recevoir paiement*

48. Le texte du projet d’article 17 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> “1. Le cessionnaire est habilité à recevoir paiement de la créance cédée. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, si le paiement est fait au cessionnaire, ce dernier est habilité à conserver tout ce qu’il reçoit.
>
> 2. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, si le paiement est fait au cédant, le cessionnaire a droit à tout ce qui est reçu par le cédant.
>
> 3. Si le paiement est fait à une autre personne, y compris à un autre cessionnaire, un créancier du cédant ou l’administrateur de l’insolvabilité, le cessionnaire a droit à tout ce qui est reçu par cette personne.”

Paragraphes 1 et 2

49. On a appuyé les principes énoncés au paragraphe 1, mais un certain nombre de suggestions ont été faites au sujet de sa formulation exacte. Une suggestion tendait à supprimer la première phrase. À l’appui de cette suppression, on a fait valoir que le droit du cessionnaire à recevoir paiement découlait suffisamment de la convention entre le cédant et le cessionnaire. On a fait objection à cette suggestion au motif que la première phrase du paragraphe 1, principale disposition du projet d’article 17, était nécessaire pour établir le droit du cessionnaire à recevoir paiement.

50. Selon une autre suggestion, il fallait, pour éviter d’affecter les droits des tiers, limiter la portée de la règle selon laquelle le cessionnaire avait droit à recevoir paiement en insérant, au début de la première phrase du paragraphe 1, les mots “dans les relations entre le cédant et le cessionnaire”. On a dit que le droit du cessionnaire à exiger le paiement du débiteur était déjà établi dans les projets d’articles 2, paragraphe 1, 10 et 16, paragraphe 1, et était implicite dans le projet d’article 18, tandis que les droits des tiers étaient traités dans les projets d’articles 23, 24, 34, 35, 39 et 40. On a cependant émis l’opinion qu’en ne traitant pas clairement du droit du cessionnaire à exiger le paiement du débiteur dans la principale disposition du projet de Convention, qui avait trait au droit du cessionnaire à recevoir paiement, on risquait de créer de l’incertitude sur le point de savoir si le cessionnaire pouvait exiger le paiement du débiteur, en particulier avant la notification.

51. D’après une autre suggestion encore, il fallait, à la fin du paragraphe 1, ajouter les mots “dans la mesure de son droit à la créance”. On a expliqué que la rédaction proposée visait les situations où, dans une cession à titre de garantie, le cessionnaire devait justifier et retourner au cédant tout surplus restant après satisfaction de sa réclamation à

l'encontre du cédant. Le Groupe de travail a jugé cette suggestion acceptable dans l'ensemble.

52. D'après une autre suggestion encore, il fallait, pour traiter les cas où le paiement de la créance cédée était effectué en nature, remplacer le terme "paiement" par les mots "exécution de l'obligation du débiteur". On a fait observer que le paiement des créances s'effectuait normalement par la remise d'une somme d'argent, mais que, dans certaines situations, des marchandises pouvaient être offertes en paiement de la créance cédée. Dans le contexte des transactions d'affacturage, en particulier, il était important, a-t-on dit, d'établir le droit du cessionnaire de recouvrer du cédant ou de conserver des marchandises livrées en paiement de la créance cédée.

53. On a noté que le projet d'article 2, paragraphe 3, qui s'inspirait de l'article 7 de la Convention de l'UNIDROIT sur l'affacturage international (Ottawa, 1988), ci-après dénommée la "Convention d'Ottawa", répondait peut-être suffisamment à la préoccupation exprimée à propos d'un éventuel paiement en nature. Du fait que la définition du terme "créance" comprenait tout droit découlant du contrat initial, le "paiement de la créance" comprendrait le paiement en nature de la créance.

54. Beaucoup ont cependant estimé qu'il pouvait être nécessaire d'établir une disposition supplémentaire traitant du nombre limité de cas où des marchandises étaient retournées au cessionnaire ou recouvrées par lui en paiement de la créance cédée. D'autre part, on a dans l'ensemble été d'avis qu'il fallait maintenir la référence au "paiement" dans le projet d'article 17. Il a été suggéré à ce sujet d'introduire dans le projet d'article 17 une définition du terme "paiement" incluant le paiement en nature. Il a été fait objection à cette suggestion au motif qu'introduire une définition du terme "paiement" aux seules fins du projet d'article 17 risquait de créer des problèmes d'interprétation à propos des dispositions du projet de Convention dans lesquelles figurait le terme "paiement".

Nouveau texte proposé pour le paragraphe 1

55. Afin de répondre aux diverses suggestions qui avaient été faites à propos des paragraphes 1 et 2, il a été proposé de fondre les deux paragraphes et d'en remanier le texte comme suit :

> "1. Dans les relations entre le cédant et le cessionnaire et sauf convention contraire entre eux, le cessionnaire est habilité à recevoir paiement de la créance cédée et :
>
> *a)* A droit à tout ce qui est ou sera reçu par le cédant en exécution totale ou partielle de la créance; et
>
> *b)* Est habilité à conserver tout ce qu'il reçoit à ce titre.
>
> Le cessionnaire ne peut, en vertu du présent paragraphe, conserver un montant excédant son droit sur la créance."

56. Le texte proposé a été considéré comme une base acceptable pour la suite du débat, mais divers amendements ont été suggérés. Une suggestion était de remplacer les mots "dans les relations entre le cédant et le cessionnaire" par les mots "sans préjudice des droits des tiers", de manière que le projet d'article 17 maintienne le droit du cessionnaire à réclamer le paiement au débiteur. Selon une autre suggestion, la référence à l'"exécution" risquait de ne pas avoir la même signification dans tous les systèmes juridiques et il convenait de réintroduire la notion de "paiement", le paiement étant une notion bien connue dans tous les système juridiques. Une autre suggestion encore était d'insérer dans le projet d'article 17 une disposition traitant du droit du cessionnaire à réclamer le paiement avant la notification de la cession. En réponse à cette suggestion, on a fait observer que le droit du cessionnaire à réclamer le paiement avant la notification était établi implicitement dans le projet d'article 10, tandis qu'en pareil cas le débiteur bénéficiait d'une exception en vertu du projet d'article 18. D'après une autre suggestion encore, il pouvait être nécessaire de préciser les dispositions des projets d'articles 16 et 17 à propos de l'interaction qu'il pourrait y avoir entre la notification, d'une part, et la demande de paiement, d'autre part.

57. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir une version révisée des paragraphes 1 et 2 en tenant compte des vues et suggestions susmentionnées.

Paragraphe 3

58. Il a été dit qu'il était nécessaire d'énoncer plus clairement, dans le paragraphe 3, un principe déjà implicite dans l'actuel projet, à savoir que le cessionnaire avait droit à tout produit des créances cédées reçu par une autre personne en paiement des créances, pourvu que le cessionnaire ait la priorité sur cette personne. Afin d'obtenir ce résultat, il a été suggéré de réviser le paragraphe 3 dans les termes suivants :

> "Si le paiement relatif à la créance cédée est fait à une autre personne sur laquelle le cessionnaire a la priorité, le cessionnaire a droit à tout ce qui est ou sera reçu par cette personne en paiement total ou partiel de la créance. Le cessionnaire ne peut, en vertu du présent paragraphe, réclamer ou conserver un montant excédant son droit à la créance."

59. Au sujet du mot "priorité", il a été dit qu'il était trop vague et qu'il convenait de le compléter par une référence aux règles de priorité du projet de Convention. On a cependant fait observer qu'une telle approche risquait d'aboutir par inadvertance à laisser sans solution des cas où le droit de la personne recevant le paiement n'était pas fondé sur la priorité mais sur d'autres considérations (par exemple, la bonne foi). Afin de tenir compte de ces situations, il a été suggéré de se référer plutôt au "droit supérieur" que le cessionnaire pouvait avoir "en vertu du droit applicable".

60. Il a été fait objection à cette suggestion au motif que si, par exemple, le produit de la créance était reçu de bonne foi par une institution dépositaire et mêlé à d'autres avoirs au point de ne plus pouvoir être identifié comme étant le produit de la créance, le cessionnaire ne pourrait réclamer ce produit même s'il avait la priorité. On a dit qu'il n'était pas rare que de tels conflits surgissent dans des situations

où, par exemple, un concessionnaire d'équipement cédait à différentes institutions de financement des créances résultant de ventes distinguées selon le type d'équipement. De tels conflits, a-t-on signalé, pouvaient utilement être réglés par voie d'accord entre les divers créanciers ("accords entre créanciers"). On a cependant fait observer que, dans les situations où le produit de la créance était déposé auprès d'une institution financière par le cédant ou en son nom, le cessionnaire devrait, même en vertu du texte proposé qui se référait à la priorité, réclamer le produit au cédant, qui en fait serait la personne qui avait reçu le paiement, et non à l'institution auprès de laquelle le produit pouvait avoir été déposé.

61. En ce qui concerne la deuxième phrase du texte proposé, on a exprimé la crainte qu'elle n'aille à l'encontre de la pratique normale, selon laquelle le cessionnaire recevait paiement du montant intégral de la créance et devait justifier et retourner au cédant ou à ses autres créanciers tout excédent restant. Pour tenir compte de cette préoccupation, il a été suggéré de supprimer les mots "réclamer ou".

62. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir une version révisée du paragraphe 3 en tenant compte des vues exprimées et des suggestions présentées.

Priorité sur le produit des créances

63. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir si le droit du cessionnaire sur le produit des créances cédées devait être un droit personnel ou réel (droit *ad personam* ou *in rem*). On s'est accordé à considérer qu'il s'agissait là d'une question importante, surtout en cas d'insolvabilité du cédant, qui devait être réglée dans le projet de Convention. Les opinions ont toutefois divergé quant à savoir précisément quelle solution retenir à cet effet. Selon une opinion, le droit du cessionnaire sur le produit des créances devait être traité comme un droit *in rem.* Cette solution permettrait de réduire le risque de non-paiement du cessionnaire puisqu'en cas d'insolvabilité celui-ci pourrait recouvrer les créances sur le patrimoine insolvable ou, à tout le moins, être considéré comme créancier gagiste. On pourrait ainsi réduire le coût du crédit, a-t-on fait observer. Toutefois, il a été largement estimé qu'il fallait voir dans le droit du cessionnaire sur le produit des créances un droit *ad personam*. On a souligné que retenir une autre solution serait aller à l'encontre des impératifs d'ordre public propres au droit interne. On a également fait observer que, vu son défaut de conformité avec les principes de base du droit interne, cette solution risquait de remettre en cause l'adhésion du nombre d'États au projet de Convention. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a conclu que la question ne pouvait pas être réglée au moyen d'une règle de droit matériel et a décidé de réfléchir à la possibilité de dégager une règle de droit international privé.

64. Un certain nombre de propositions ont été faites dans ce sens. Une proposition tendait à laisser à la loi du pays où le cédant était situé le soin de déterminer la priorité sur le produit des créances. Une telle solution rejoindrait celle retenue dans le contexte de la priorité vis-à-vis des créances. Il en résulterait en outre que la loi régissant la priorité serait celle de la juridiction où une procédure d'insolvabilité vis-à-vis du cédant serait fort vraisemblablement ouverte (c'est-à-dire la loi du pays où était situé le cédant). On s'est opposé à cette proposition au motif qu'il ne serait pas acceptable de subordonner les droits du titulaire d'un instrument négociable ou du bénéficiaire d'un transfert de fonds, ou encore de la personne en possession de marchandises reçues à titre de paiement libératoire de la créance cédée, par exemple, à la loi du pays où était situé le cédant.

65. Selon une autre proposition, la priorité sur le produit des créances devrait être accordée à la loi du pays dans lequel se trouvait le produit. Une telle solution garantirait la primauté des règles de droit impératives régissant par exemple les droits vis-à-vis des instruments négociables ou des marchandises. On a également fait objection à cette proposition au motif qu'il ne serait pas indiqué de subordonner à différentes lois les différentes étapes d'une même transaction (c'est-à-dire le paiement en espèces sous la forme d'un instrument négociable, puis sous la forme de transfert de fonds) ou les différentes formes des mêmes avoirs (c'est-à-dire les créances et différents types de produits). Au surplus, cette solution pourrait avoir pour effet non voulu de permettre au cessionnaire de structurer les transactions de manière artificielle afin de les assujettir à la loi d'une juridiction convenable ("recherche du for le plus favorable"). Selon une autre proposition encore, la priorité sur le produit des créances devrait ressortir à la loi du pays où le cessionnaire était situé. À l'encontre de cette proposition, on a invoqué les mêmes arguments que ceux avancés contre la solution fondée sur le lieu où était situé le produit.

66. Vu la difficulté qu'il y avait à régler la question de la priorité vis-à-vis de tous les types de produits même au moyen d'une règle de droit international privé, on a émis l'idée que la règle de droit international privé envisagée se borne à régler les questions de priorité concernant uniquement les produits recouvrant la forme de créances. Une telle solution permettrait au Groupe de travail de s'entendre plus facilement sur une règle de droit international privé calquée sur le modèle des projets d'articles 23 et 24 qui prévoyaient l'application de la loi de l'État dans lequel était situé le cédant. Accessoirement, a-t-on fait observer, la priorité sur d'autres types de produits pourrait être réglée également à la faveur d'une règle fondée sur l'emplacement du produit, par exemple, sous la forme d'instruments négociables ou de marchandises.

67. On a exprimé la crainte que, quelle que soit la solution retenue s'agissant de la loi applicable aux questions de priorité sur le produit des créances, le problème ne demeure entier si cette loi ne réglait pas la question. Pour dissiper cette crainte, on a suggéré d'insérer éventuellement dans le projet de Convention une règle de droit matériel qui jouerait uniquement dans l'hypothèse où la loi applicable ne réglerait pas la question. Il a été proposé qu'à défaut le projet de Convention pourrait proposer des variantes de règles de droit matériel au choix des États contractants. On a fait objection aux deux propositions au motif que la solution qu'elles suggéraient risquerait d'entraîner par

inadvertance la fragmentation de la loi applicable et, partant, un surcroît d'incertitude.

68. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un projet de texte qui réglerait les questions de priorité sur le produit des créances compte tenu des vues exprimées et des propositions avancées.

Section II. Débiteur

Article 18. *Paiement libératoire du débiteur*

69. Le texte du projet d'article 18 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "1. Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant.
>
> 2. Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des paragraphes 3 à 5 du présent article, le débiteur ne peut effectuer un paiement libératoire que conformément aux instructions de paiement données dans la notification.
>
> 3. Lorsque le débiteur reçoit notification de plus d'une cession des mêmes créances effectuée par le même cédant, il est habilité à effectuer un paiement libératoire conformément aux instructions de paiement données dans la première notification qu'il a reçue.
>
> 4. [Lorsque le débiteur reçoit une notification de la cession émanant du cessionnaire,] il est habilité à demander au cessionnaire de prouver de la manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession a été effectuée, faute de quoi il est habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant. La cession est réputée prouvée de la manière appropriée notamment par la présentation de [l'écrit attestant la cession ou] de tout [autre] écrit émanant du cédant et indiquant que la cession a eu lieu.
>
> 5. Le présent article n'a d'incidences sur aucun autre motif pour lequel le paiement effectué à la partie habilitée à le recevoir ou à une instance judiciaire [ou non judiciaire] compétente, ou à un fonds de dépôt public, est libératoire pour le débiteur."

Paragraphe 1

70. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1, quant au fond, sans modification.

Paragraphe 2

71. Le Groupe de travail dans son ensemble a approuvé le principe énoncé au paragraphe 2, selon lequel, sous réserve des exceptions mentionnées aux paragraphes 3 à 5, le débiteur, après avoir reçu notification de la cession, ne pouvait effectuer un paiement libératoire qu'à la personne spécifiée dans la notification.

72. Néanmoins, la mention des instructions de paiement faite au paragraphe 2 a soulevé un certain nombre de préoccupations. De l'avis d'un représentant, elle pouvait être interprétée comme donnant au cessionnaire le droit de modifier les conditions de paiement contenues dans le contrat initial, en particulier le pays et la monnaie de paiement, ce qui était contraire aux dispositions du paragraphe 2 du projet d'article 7. De l'avis d'un autre représentant, elle pouvait avoir pour effet involontaire de créer une incertitude concernant la question de savoir si le débiteur pouvait être libéré par paiement au cédant au cas où la notification ne donnait pas suffisamment d'instructions. Il a été généralement reconnu qu'il convenait de clarifier ce point en introduisant dans le paragraphe *f* du projet d'article 5 un renvoi au paragraphe 3 du projet d'article 16. Néanmoins, on a fait observer qu'il fallait introduire dans le projet d'article 19 une exception selon laquelle une notification ne comportant pas d'instructions de paiement pouvait annuler les droits à compensation du débiteur, acquis après la notification, découlant de contrats avec le cédant n'ayant pas de lien avec le contrat initial.

73. Pour régler ces problèmes, il a été suggéré d'aligner le paragraphe 2 du projet d'article 18 sur le paragraphe 3 du projet d'article 16 et de remplacer les mots "que conformément aux instructions de paiement données" par "qu'à la personne ou au compte ou à l'adresse spécifiés dans la notification".

74. Le Groupe de travail a ensuite examiné la relation entre la notification et les instructions de paiement. Un représentant a exprimé l'opinion qu'il fallait faire une nette distinction entre la notification de la cession et les instructions de paiement (en d'autres termes, la demande de paiement). À son avis, la notification devait spécifier les créances cédées, et la demande de paiement le bénéficiaire. Pour tenir compte de cet avis, il a été suggéré de modifier le paragraphe 3 du projet d'article 16 de façon qu'il se lise comme suit :

> "3. La notification de la cession est donnée par écrit et identifie raisonnablement les créances cédées.
>
> *3bis.* La demande de paiement est faite par écrit et, sous réserve des dispositions du paragraphe 2 de l'article 7, identifie la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle ou à l'adresse de laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement. Elle peut être incluse dans la notification ou envoyée ultérieurement."

75. Un certain nombre de représentants ont appuyé cette suggestion, estimant qu'en effet, dans la pratique, il était fait une nette distinction entre la notification et la demande de paiement. On a fait valoir aussi qu'elle se justifiait par la différence qui existait entre une notification et une demande de paiement, tant du point de vue de l'objet que du point de vue chronologique. En outre, on a fait observer que le libellé actuel du paragraphe 3 du projet d'article 16 aurait pour effet involontaire d'invalider les notifications qui ne spécifiaient pas le bénéficiaire, ce qui irait à l'encontre des pratiques en vigueur.

76. La suggestion a soulevé un certain nombre d'objections. Il a été dit qu'elle officialisait inutilement

une distinction, qui n'avait qu'une importance pratique limitée. On a fait observer, par exemple, que, dans les transactions d'affacturage, une notification comprenait habituellement une demande de paiement au cessionnaire. Même dans les transactions dans lesquelles les cessionnaires notifiaient les débiteurs de la cession sans demander que ce soit à eux que le paiement soit fait, une notification indiquait normalement que le débiteur devait continuer à payer le cédant. Ce type de notification visait simplement à annuler les droits à compensation que le débiteur pourrait acquérir lors d'opérations avec le cédant n'ayant pas de lien avec le contrat initial. Il a été fait observer en outre qu'une telle approche pourrait avoir pour effet involontaire d'augmenter le coût du crédit, puisque, si la notification ne spécifiait pas l'identité du cessionnaire ou de la personne autorisée à donner des instructions de paiement en son nom, les cessionnaires seraient toujours contraints d'envoyer une demande de paiement. De plus, une telle approche compliquerait la question de la libération du débiteur, en particulier dans les cas où il recevait plusieurs notifications et plusieurs demandes de paiement.

77. Au cours du débat, un représentant a posé la question de savoir si le débiteur pouvait se libérer par paiement au cédant avec le consentement du cessionnaire, par exemple, dans les cas de réserve de propriété prolongée. Il a été fait observer en réponse que, conformément au paragraphe 1, en l'absence de notification de la cession, le débiteur était habilité à se libérer par paiement au cédant. S'il y avait notification, le même résultat pouvait être atteint par application des dispositions du paragraphe 2 du projet d'article 18 et du paragraphe 3 du projet d'article 16, puisque le cessionnaire pouvait demander que le paiement soit fait au cédant.

78. À l'issue du débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 quant au fond, sous réserve que la mention des instructions de paiement soit remplacée par les mots "qu'à la personne ou au compte ou à l'adresse spécifiés dans la notification".

Paragraphe 3

79. On a noté que le paragraphe 3 visait des situations où le débiteur recevait plusieurs notifications relatives à plus d'une cession des mêmes créances par le même cédant. On a estimé dans l'ensemble que, dans de telles situations, le débiteur devrait pouvoir s'acquitter de son obligation en payant la personne identifiée dans la première notification. On a fait valoir que le débiteur devait disposer d'un moyen facile de s'acquitter de son obligation et qu'il n'était pas censé rechercher, parmi les divers cessionnaires des mêmes créances, qui était l'ayant droit. En réponse à une question, on a expliqué que la question de savoir si le cessionnaire qui recevait paiement du débiteur pouvait conserver le produit du paiement n'était pas traitée dans le projet d'article 18 mais dans les dispositions ayant trait à la priorité. Une suggestion tendant à réviser le paragraphe 3 de manière à permettre au débiteur de s'acquitter de son obligation en payant la personne identifiée dans l'une quelconque des notifications n'a pas été approuvée.

80. Notant que le paragraphe 3 ne visait pas des situations où plusieurs notifications se rapportaient à la même cession, le Groupe de travail a examiné la question de savoir s'il convenait de réviser le paragraphe 3 de manière à traiter la question de la rectification d'erreurs ou de la modification d'instructions de paiement contenues dans une notification. On a fait remarquer que, dans son texte actuel, le paragraphe 3 risquait d'aboutir par inadvertance à ce que le cessionnaire ne soit pas en mesure de rectifier des erreurs commises dans la première notification ou de modifier ses instructions de paiement.

81. Un certain nombre de suggestions ont été faites quant à la manière dont il fallait aborder ces questions. Une suggestion était que la personne qui avait émis la première notification devrait pouvoir la rectifier ou la modifier. Il a été fait objection à cette suggestion au motif que, si cette personne était le cédant, elle ne devrait pas être autorisée à modifier les instructions de paiement données dans la notification, puisque le cédant était dessaisi de ses droits sur les créances. Il a donc été suggéré de réserver au cessionnaire le droit de rectifier ou de modifier les instructions de paiement. On a aussi fait objection à cette suggestion au motif que, si la première notification avait été faite par le cédant, seul celui-ci pouvait la rectifier ou la modifier. On a fait objection aux deux suggestions susmentionnées au motif qu'une règle subordonnant la libération du débiteur à des rectifications ou modifications faites dans la notification par le cédant ou par le cessionnaire imposerait au débiteur l'obligation inappropriée de déterminer le contenu correct ou exact de la notification. Un tel résultat ferait courir au débiteur le risque de subir une perte à cause d'erreurs commises par le cédant ou le cessionnaire, ou à cause d'un changement de leurs intentions, et compromettrait ainsi la certitude que devait avoir une règle traitant de la protection du débiteur. Il a en conséquence été suggéré de s'en remettre sur ce point à la loi et à la pratique nationales.

82. Eu égard à sa discussion de la question des instructions de paiement, le Groupe de travail a décidé qu'il convenait d'ajouter une référence au cessionnaire au paragraphe 3 du projet d'article 16. On a dans l'ensemble été d'avis qu'outre l'identité du bénéficiaire du paiement le débiteur devait connaître l'identité du cessionnaire qui pouvait émettre des instructions de paiement. La suggestion tendant à mentionner aussi la personne autorisée par le cessionnaire à émettre des instructions de paiement a rencontré des objections au motif que le droit du cessionnaire d'autoriser quelqu'un d'autre à émettre des instructions de paiement était suffisamment fondé sur le droit du mandat et n'avait pas à être mentionné explicitement au paragraphe 3 du projet d'article 16.

83. Toujours concernant le paragraphe 3 du projet d'article 16, il a été déclaré que la notification devait être aussi simple que possible afin d'éviter l'invalidation d'une notification incomplète. La validité d'une notification devrait dépendre exclusivement, a-t-il dit, de l'identification du cessionnaire et des créances cédées. Par contre, l'identification du bénéficiaire et toute instruction concernant le paiement ne devraient pas constituer un élément nécessaire. On a donc fait observer qu'il faudrait revoir le libellé du paragraphe 3 du projet d'article 16.

84. Au cours du débat, on a soulevé la question de savoir si le paragraphe 3 était compatible avec le projet d'article 17 qui établissait le droit de chaque cessionnaire à recevoir paiement. Il a été répondu qu'en permettant au débiteur de s'acquitter de son obligation en payant la personne identifiée dans la première notification, le paragraphe 3 établissait une exception que le débiteur pouvait faire valoir à l'encontre de tous les autres cessionnaires.

85. Après discussion, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 quant au fond sous réserve de remplacer la référence aux instructions de paiement par les mots : "à la personne ou au compte ou à l'adresse identifiés dans la première notification qu'il a reçue".

Paragraphe 4

86. Dans l'ensemble, on a appuyé sur le fond la règle énoncée au paragraphe 4, mais un certain nombre de suggestions ont été faites. L'une d'elles tendait à imposer au cessionnaire l'obligation générale de joindre à la notification une preuve appropriée de la cession. Il a été fait objection à cette suggestion au motif qu'une telle approche risquait par inadvertance d'accroître le coût du crédit.

87. Une autre suggestion tendait à ajouter, dans le texte anglais, les mots *"and until"* après le mot *"unless"*, afin de préciser que le cessionnaire devait soumettre la preuve de la cession au débiteur "dans un délai raisonnable" et avant le moment du paiement. Cette suggestion n'a pas été appuyée parce qu'on estimait, dans l'ensemble, que, selon le paragraphe 4, le débiteur qui avait demandé la preuve de la cession devait surseoir au paiement jusqu'à ce que cette preuve ait été reçue ou qu'un délai raisonnable se soit écoulé. On estimait, dans l'ensemble, que le texte suggéré pouvait être interprété à tort comme permettant au débiteur de s'acquitter de son obligation en payant le cédant pendant le "délai raisonnable" mentionné au paragraphe 4.

88. Une autre suggestion encore tendait à élargir la portée du paragraphe 4 en traitant des notifications défectueuses et à remanier en conséquence le texte du paragraphe de la manière suivante :

> "Lorsque le débiteur reçoit des instructions de paiement qui sont incomplètes, imprécises ou défectueuses par ailleurs, il est habilité à demander au cessionnaire ou à la personne identifiée dans la notification comme étant la personne habilitée à émettre des instructions de paiement de fournir dans un délai raisonnable les renseignements nécessaires pour compléter, préciser ou rectifier ces instructions de paiement, faute de quoi il est habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant."

89. On a dans l'ensemble été d'avis qu'il n'était pas nécessaire d'ajouter le texte proposé puisqu'une notification défectueuse, c'est-à-dire une notification qui ne contenait pas tous les éléments mentionnés au paragraphe 3 du projet d'article 16, ne produirait pas ses effets. On estimait, dans l'ensemble, que le membre de phrase liminaire ("Lorsque le débiteur reçoit une notification de la cession émanant du cessionnaire") reflétait bien la nécessité de protéger le débiteur lorsqu'une notification était reçue d'une personne qui lui était inconnue, et qu'il fallait par conséquent maintenir ces mots.

90. En ce qui concerne la rédaction du texte, il a été suggéré d'éviter que le cessionnaire ait à "prouver" que la cession avait été effectuée; en effet, dans certaines juridictions, le texte ainsi rédigé pourrait être interprété comme prescrivant que les documents originaux faisant la preuve de la cession soient remis au débiteur à l'exclusion de toute copie de ces documents. On estimait, dans l'ensemble, que, dans le texte anglais, des mots tels que *"exhibited"*, *"displayed"* ou *"provided"* seraient préférables. Pour les mêmes raisons, il a été convenu de supprimer les mots entre crochets ("l'écrit attestant la cession ou") en attendant qu'une décision définitive soit prise sur la forme de la cession. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 4 quant au fond.

Paragraphe 5

91. On s'est prononcé, dans l'ensemble, en faveur du principe énoncé au paragraphe 5 selon lequel le projet d'article 18 ne visait pas à exclure d'autres motifs de paiement libératoire du débiteur pouvant exister selon le droit applicable indépendamment du projet de Convention.

92. On a émis l'avis que les mots "aucun autre motif" n'indiquaient peut-être pas assez clairement que le paragraphe se référait aux dispositions du droit applicable indépendamment du projet de Convention, y compris les sources contractuelles et non contractuelles du droit. On a généralement admis qu'une telle interprétation, conforme à l'interprétation de références à "aucun autre motif" figurant dans la Convention d'Ottawa, pourrait utilement figurer dans un commentaire au projet de Convention qui serait établi à un stade ultérieur.

93. Dans un même ordre d'idées, il a été dit que les mots "à la partie habilitée à le recevoir" risquaient de créer de l'incertitude sur la manière dont le débiteur devait déterminer qui était l'ayant droit. On a généralement estimé, toutefois, que la référence au paiement effectué "à la partie habilitée à le recevoir" était particulièrement utile et offrait la souplesse nécessaire en établissant une règle de sauvegarde suivant laquelle, que le paiement ait été ou non effectué conformément aux autres dispositions du projet d'article 18, le débiteur pouvait s'acquitter de son obligation en payant l'ayant droit. Après discussion, le Groupe de travail a adopté sur le fond le paragraphe 5 sans aucune modification.

Article 19. *Exceptions et droits à compensation du débiteur*

94. Le texte du projet d'article 19 examiné par le Groupe de travail était libellé comme suit :

> "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 [ou de la décision

d'une instance judiciaire ou non judiciaire donnant naissance à la créance cédée] qu'il pourrait invoquer si la demande était formée par le cédant.

2. Le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire tout droit à compensation découlant de contrats entre le cédant et le débiteur autres que le contrat initial [ou de la décision d'une instance judiciaire ou non judiciaire autre que celle qui donne naissance à la créance cédée], à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu la notification de la cession.

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, les exceptions et droits à compensation que le débiteur pourrait, conformément à l'article 12, invoquer contre le cédant pour violation des conventions limitant d'une manière ou d'une autre le droit du cédant de céder ses créances ne peuvent être invoqués par le débiteur contre le cessionnaire."

Paragraphe 1

95. Le Groupe de travail a jugé le texte du paragraphe 1 acceptable quant au fond dans l'ensemble. Il a toutefois été souligné que le terme "exceptions" ne permettait peut-être pas d'envisager dûment le droit de former une demande reconventionnelle découlant du contrat initial. C'est ainsi qu'il a été décidé d'insérer les mots "ou tous les droits à compensation" après l'expression "toutes les exceptions" dans ce paragraphe. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté le paragraphe quant au fond.

Paragraphe 2

96. Si l'on a souscrit au principe qui veut que la notification éteigne certains droits à compensation que le débiteur pourrait opposer au cessionnaire, le libellé actuel de ce paragraphe a suscité un certain nombre de craintes. Tout d'abord, on a exprimé la crainte que ce paragraphe ne limite indûment les droits à compensation que le débiteur pouvait opposer au cessionnaire aux seuls droits à compensation d'origine conventionnelle, en excluant ainsi les droits à compensation d'origine non conventionnelle ou ceux résultant de la loi ou d'une décision judiciaire ou autre. Pour dissiper cette crainte, il a été suggéré de supprimer les mots "découlant ... la créance cédée" et d'introduire l'adjectif "autre" entre les mots "tout" et "droit" à la première ligne du paragraphe. Cette proposition a recueilli une large adhésion.

97. On a par ailleurs exprimé la crainte que la référence à la faculté du débiteur "d'invoquer" un droit à compensation au moment où il reçoit la notification ne soit pas assez précise quant au degré d'exigibilité requise du droit à compensation au temps de la notification. Afin d'éviter ce risque, il a été proposé de prescrire que les droits à compensation soient non seulement susceptibles d'être "invoqués", mais qu'ils soient également "réels et certains" au moment où la notification est reçue. On a fait objection à cette proposition au motif qu'elle limiterait indûment les droits à compensation du débiteur aux cas dans lesquels le montant de la demande reconventionnelle était fixé au moment de la notification. À ce sujet, on a estimé qu'une telle solution s'immiscerait inutilement dans la législation interne sur la compensation, matière en laquelle les systèmes juridiques nationaux divergeaient sensiblement.

98. Quant à savoir comment faire une place dans le projet de Convention aux droits à compensation antérieurs à la notification mais non quantifiés au moment de celle-ci, on a estimé qu'il fallait distinguer entre les droits à compensation d'origine contractuelle reliés (ou "connexes") au contrat initial et ceux d'origine contractuelle qui ne lui seraient pas reliés. Ainsi, les premiers droits devraient pouvoir être "invoqués" quand bien même ils ne seraient pas quantifiés au moment de la notification, cependant que les seconds ne pourraient l'être que s'ils étaient quantifiés au moment de la notification. On s'est accordé pour dire, cependant, qu'il n'était sans doute pas possible de chercher à unifier dans le cadre du projet d'article 19 les divers régimes juridiques régissant la compensation. À l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé de laisser à la loi applicable, en dehors de la Convention, le soin de régler cette question. À cet égard, on a estimé que le paragraphe 2 devrait préciser la loi qui serait applicable à la compensation. Les membres du Groupe de travail sont convenus, dans l'ensemble, de différer le débat sur la loi applicable à la compensation jusqu'à ce qu'ils en aient terminé avec l'examen du projet d'article 30.

99. Lors du débat, on a exprimé l'opinion qu'il fallait ménager au paragraphe 2 une dérogation à la règle énoncée au paragraphe 3 du projet d'article 16 à l'effet de poser que toute notification qui ne désignerait pas le bénéficiaire éteindrait les droits à compensation que le débiteur aurait pu invoquer postérieurement à la notification. On a fait observer qu'une telle solution serait conforme à la pratique en cours et, faute de la consacrer, on risquerait d'entraver ces pratiques et de voir le crédit renchérir et se raréfier.

100. Si elle a recueilli une certaine adhésion, cette proposition a aussi suscité un certain nombre d'objections. On a fait valoir que la solution proposée compromettrait la certitude requise pour le débiteur dans la mesure où celui-ci, y compris le consommateur-débiteur, serait à tort tenu de savoir qu'une notification emportait différents effets aux fins des diverses dispositions du projet de Convention. En outre, a-t-on fait observer, elle n'assurerait pas le degré de certitude requis par les cessionnaires (c'est-à-dire, les agents financiers), dès lors que ceux-ci désignaient normalement le bénéficiaire dans la notification, ainsi qu'il était prescrit au paragraphe 3 du projet d'article 16 tel qu'il avait été adopté par le Groupe de travail. En réponse, il a été fait remarquer que si, dans le cadre de certaines transactions (par exemple l'affacturage), la pratique normale serait de désigner le bénéficiaire, une notification n'identifierait pas toujours le bénéficiaire à l'occasion d'autres pratiques dans le contexte desquelles la notification avait pour seul objet d'éteindre les droits à compensation que le débiteur pourrait postérieurement à la notification tirer d'une source autre que le contrat initial. C'est pourquoi il faudrait, a-t-on déclaré, réexaminer le paragraphe 3 du projet d'article 16 prescrivant d'identifier le bénéficiaire dans la notification. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé d'insérer entre crochets au

paragraphe 2 une disposition consacrant la proposition susmentionnée pour examen à une session future et a confié au Groupe de rédaction le soin d'en arrêter le libellé précis. Le Groupe de travail s'est prononcé dans ce sens étant entendu que le paragraphe 3 du projet d'article 16 pourrait être réexaminé à une date ultérieure. Sous réserve de cette modification et de celle mentionnée plus haut au paragraphe 3, le Groupe de travail a adopté le texte du paragraphe 2 quant au fond.

Paragraphe 3

101. On a exprimé l'opinion que le projet d'article 12 ne serait acceptable que si le débiteur pouvait invoquer contre le cessionnaire tous droits à compensation qu'il pourrait lui opposer pour violation d'une clause de non-cession. En conséquence, on a proposé soit de supprimer le paragraphe 3, soit de le réviser pour tenir compte de cette stipulation. Toutefois, l'opinion dominante a été que dans le cas où une cession serait faite en violation d'une clause de non-cession, le débiteur pourrait exiger des dommages-intérêts du seul cédant et non du cessionnaire. On s'est accordé à considérer qu'une telle solution était conforme à celle retenue au projet d'article 12, selon laquelle toute responsabilité existant au regard de la loi applicable en dehors du projet de Convention du chef de la violation d'une clause de non-cession de la part du cédant ne devrait pas être étendue au cessionnaire puisque cela risquerait de priver la cession de toute valeur pour le cessionnaire.

102. Du point de vue rédactionnel, il a été proposé de supprimer la référence au paragraphe 2 figurant au paragraphe 3, puisque ce dernier paragraphe visait les exceptions et droits à compensation découlant d'une violation de clauses de non-cession insérées dans le contrat initial. On s'est opposé à cette proposition au motif que le cédant et le débiteur pourraient convenir de clauses de non-cession dans une convention autre que le contrat initial. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a adopté quant au fond le texte du paragraphe 3 sans le modifier.

Article 20. *Convention de non-recours aux exceptions et aux droits à compensation*

103. Le texte du projet d'article 20 qu'a examiné le Groupe de travail était libellé comme suit :

"1. Sans préjudice [de la loi régissant la protection des consommateurs] [des impératifs d'ordre public] dans l'État où le débiteur est situé, le débiteur peut convenir avec le cédant, par écrit, de ne pas invoquer contre le cessionnaire des exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de l'article 19. Une telle convention empêche le débiteur d'invoquer contre le cessionnaire ces exceptions et droits à compensation.

2. Le débiteur ne peut accepter de ne pas invoquer :

a) Les exceptions découlant des manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire ou du cédant;

b) Le droit de contester la validité du contrat initial.

3. Une telle convention ne peut être modifiée que par une convention écrite. [Après notification, la modification produit ses effets contre le cessionnaire sous réserve du paragraphe 2 de l'article 21.]"

Paragraphe 1

104. Diverses opinions ont été exprimées sur le point de savoir si, au début de la première phrase, il fallait se référer à la loi régissant la protection des consommateurs ou aux impératifs d'ordre public. Un représentant a été d'avis qu'il fallait conserver la référence aux impératifs d'ordre public au motif qu'elle établirait un parallèle avec les règles en vigueur du droit interne de nombreux pays. Un autre représentant a estimé qu'il fallait conserver aussi bien la référence à la loi régissant la protection des consommateurs que la référence aux impératifs d'ordre public de façon à assurer au maximum la protection du débiteur. Le sentiment dominant a été toutefois que la référence à l'ordre public devrait être écartée, étant donné qu'elle élargirait de façon inappropriée la portée des exceptions à la disposition et en rendrait le contenu équivoque. Il a été souligné, en outre, que la question de l'ordre public était traitée de façon suffisamment détaillée dans les projets d'articles 32 et 33, qui se rapportaient respectivement aux règles impératives et à l'ordre public.

105. En ce qui concerne la référence à la loi régissant la protection des consommateurs, un représentant a exprimé l'opinion qu'elle ne devrait se rapporter qu'aux dispositions législatives et réglementaires (ce qui excluait l'application de la jurisprudence, dont le contenu pourrait être difficile à déterminer) et au droit applicable aux particuliers, c'est-à-dire aux personnes physiques (ce qui excluait le droit applicable aux personnes morales, encore que certaines associations ou petites entreprises non constituées en sociétés pourraient être considérées comme des "consommateurs" au regard de la loi régissant la protection des consommateurs dans certains pays). Il a été suggéré que des éléments d'une définition du terme "consommateur" aux fins du projet d'article 20 pouvaient être trouvés dans l'alinéa *a* du projet d'article 4, qui se rapportait aux cessions effectuées "à des fins personnelles, familiales ou domestiques".

106. Le sentiment général a été toutefois qu'il serait trop ambitieux de chercher à unifier, dans le projet de Convention, des notions telles que "consommateur" ou "loi régissant la protection des consommateurs" au moyen d'une disposition de droit matériel. Tenter de définir le terme "consommateur" dans le contexte du projet d'article 20 ou, plus généralement, aux fins du projet de Convention, serait déroger à la pratique suivie jusqu'alors par la CNUDCI dans les instruments juridiques internationaux qu'elle a adoptés. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'il serait préférable que la question de la protection des consommateurs soit réglée, dans le projet de Convention, au moyen d'une règle relative au conflit de lois, conformément à laquelle la définition du terme "consommateur" ainsi que la portée et le contenu de toute "loi régissant la protection des consommateurs" seraient déterminés par le droit du pays où le débiteur est situé.

107. En ce qui concerne la deuxième phrase du paragraphe 1, il a été fait observer qu'elle ne faisait qu'énoncer la conséquence évidente de la règle contenue dans la première phrase, mais il a été généralement considéré qu'il fallait la conserver dans l'intérêt de la clarté. À l'issue du débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond, sans modification, étant entendu que la référence aux impératifs d'ordre public serait supprimée.

Paragraphe 2

Phrase introductive

108. Du point de vue de la forme, il a été généralement admis que les mots "le débiteur ne peut accepter de ne pas invoquer" devraient être remplacés par un libellé tel que "le débiteur ne peut accepter d'exclure".

Alinéa a

109. Un représentant a été d'avis qu'il fallait supprimer la référence aux exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cédant. Une telle référence risquait en effet d'introduire un élément de précarité dans un certain nombre de transactions financières du fait que le cessionnaire aurait à vérifier si le contrat initial n'était pas vicié par un acte frauduleux du cédant. Il a aussi été dit que, dans le contexte du paragraphe 2, il importait d'accorder une protection au cessionnaire qui avait agi de bonne foi. Il a été généralement estimé qu'il suffisait de se référer aux "manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire" pour couvrir aussi bien les cas où la fraude a été commise par le cessionnaire que ceux où elle a été commise par le cessionnaire et le cédant agissant de connivence. Après un débat, il a été décidé que l'alinéa *a* devrait se lire à peu près comme suit : "les exceptions découlant des manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire".

Alinéa b

110. Un représentant a exprimé la crainte que le fait d'empêcher le débiteur d'accepter de ne pas invoquer "le droit de contester la validité du contrat initial" risquait d'aller à l'encontre de la pratique en vigueur, qui, a-t-on dit, était essentielle dans le contexte du financement des opérations d'exportation et selon laquelle les débiteurs acceptaient de ne pas invoquer les exceptions découlant de l'invalidité éventuelle du contrat initial. Une telle pratique concordait avec la nécessité d'éviter au cessionnaire d'avoir à vérifier la validité du contrat initial.

111. Il a été rappelé que le paragraphe 2 du projet d'article 20 s'inspirait du paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre internationaux (1988)[b], ci-après dénommée "Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre" (voir A/CN.9/434, par. 211) et qu'il avait pour objet d'établir un parallèle, en matière de cession des créances, avec le régime juridique des instruments négociables. L'essentiel du débat a porté sur la question de savoir comment pouvait être établi ce parallèle. Diverses opinions ont été exprimées à ce sujet.

112. Un représentant a été d'avis que la question pourrait être réglée au moyen d'une référence générale au droit des instruments négociables. Il a alors été proposé de modifier l'alinéa *b* de façon à ce qu'il se lise comme suit : "Le débiteur ne peut accepter de ne pas invoquer contre le cessionnaire les exceptions ou droits à compensation qu'il serait en droit d'invoquer si la créance était incorporée dans un instrument négociable émis dans l'État où le débiteur est situé." Si le libellé proposé était retenu en tant qu'énoncé d'une règle générale, l'alinéa *a* sous sa forme actuelle pourrait servir d'illustration à cette règle. Cette proposition a été appuyée au motif qu'elle engloberait la pratique mentionnée plus haut en matière de financement des opérations d'exportation en validant des clauses conformément auxquelles les débiteurs accepteraient de ne pas invoquer les exceptions découlant de l'invalidité éventuelle du contrat initial. Il a été proposé aussi que le paragraphe 2 se réfère simplement au paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre, qui serait ainsi incorporé dans le projet de Convention par référence.

113. Toutefois, certains représentants se sont demandés s'il était approprié de régler la question par une simple référence au droit des instruments négociables, qui pourrait ne pas être semblable, dans tous les pays, au régime juridique établi par la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre. On s'est aussi interrogé sur le point de savoir si une référence au droit des instruments négociables était compatible avec l'alinéa *b* du projet d'article 4, qui excluait du champ d'application du projet de Convention les cessions de créances par endossement ou remise d'un effet de commerce. Il a été dit aussi qu'une référence au droit régissant les instruments négociables pourrait aller à l'encontre de la volonté des parties, étant donné que la décision de ne pas incorporer leurs créances dans des instruments négociables pourrait signifier qu'elles ne veulent pas que leurs transactions soient régies par le droit des instruments négociables. Il a été dit, à cet égard, que, tel qu'il était libellé, le paragraphe 2 devait être considéré comme fixant le degré minimal de protection à accorder au débiteur. Pour préserver ce minimum, il a été suggéré d'ajouter, à la fin de l'alinéa *b*, les mots "dans la mesure où il contrevient à l'ordre public de l'État où le débiteur est situé".

114. Un autre représentant a exprimé l'opinion que le paragraphe 2 devrait être remplacé par une disposition de fond inspirée des alinéas *a* et *c* du paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre. Une telle disposition assurerait au débiteur un degré de protection analogue à celui que prévoit l'actuel paragraphe 2 et permettrait en outre d'éviter de se référer à la "validité" du contrat initial, référence qui pourrait se révéler ambiguë étant donné les diverses notions (fausse déclaration, erreur et autres exceptions) qui pourraient y être associées dans certains systèmes juridiques.

[b] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), annexe I; voir également l'annexe de la résolution 43/165 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1988.

115. En vue d'illustrer ce que pourrait être la teneur de dispositions de fond inspirées du paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre, il a été proposé de remplacer l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 20 par le texte suivant :

"*b)* Les exceptions fondées sur l'incapacité du débiteur d'être obligé par le contrat initial;

c) Lorsque le contrat initial a été conclu par écrit, les exceptions découlant de ce que le débiteur a signé le contrat initial sans avoir connaissance du fait qu'il s'obligeait en signant, à condition que l'ignorance dudit fait ne soit pas due à une faute de sa part, et que sa signature ait été obtenue par des manœuvres frauduleuses."

116. Il a été fait observer que les nouveaux alinéas *b* et *c* proposés n'étaient fondés que sur les dispositions de l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre. Ils ne tenaient donc pas compte des dispositions de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 30 de ladite Convention, qui habilitaient le signataire d'un effet à opposer au porteur d'un instrument négociable "les exceptions prévues au paragraphe 1 de l'article 33, à l'article 34, au paragraphe 1 de l'article 35, au paragraphe 3 de l'article 36, au paragraphe 1 des articles 53, 57 et 63, et à l'article 84" de la Convention. Les auteurs des nouveaux alinéas ont expliqué que les exceptions visées à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre ou bien n'étaient pas applicables dans le contexte des opérations de cession, ou bien, si elles l'étaient, étaient de nature à ne pas être invoquées par le débiteur. Il a été généralement estimé que le Groupe de travail devrait examiner plus à fond, à une session future, dans quelle mesure le projet de Convention devrait être mis en parallèle avec les dispositions du paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre, mais il a été reconnu que le texte proposé constituait une base appropriée pour la suite du débat.

117. De nombreux représentants se sont déclarés en faveur du nouvel alinéa *b* du paragraphe 2, considérant qu'il levait l'incertitude en ne se référant pas à la notion de "validité" du contrat initial. En ce qui concerne l'"incapacité" du débiteur à être obligé par le contrat, il a été généralement estimé qu'il devait ressortir clairement du texte qu'il visait aussi les cas dans lesquels le débiteur n'avait pas le pouvoir de s'obliger, ce qui pourrait ne pas être compris dans la notion d'"incapacité" dans tous les systèmes juridiques. Ce principe étant accepté, le Groupe de travail a adopté le nouvel alinéa *b* du paragraphe 2 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

118. Des représentants se sont aussi déclarés en faveur du nouvel alinéa *c* du paragraphe 2. Toutefois, un représentant a souligné que le texte proposé devrait être examiné de plus près à une session future, en tenant compte de la nécessité d'assurer une protection appropriée au débiteur. Il a été dit, en particulier, qu'imposer au débiteur la double obligation de prouver qu'il n'avait pas commis de faute et que sa signature avait été obtenue par des manœuvres frauduleuses pourrait être très contraignant. En ce qui concerne le libellé, il a été dit que le texte proposé pour le nouvel alinéa *c* du paragraphe 2 accordait trop d'importance aux conditions de forme en se référant au fait que le contrat initial devait être conclu "par écrit" et à la "signature" du débiteur. Il a donc été proposé que la disposition mette l'accent sur la manière dont le consentement du débiteur avait été exprimé et non sur la manière dont les conditions de forme avaient été respectées dans le contrat initial. À cette fin, il a été suggéré de modifier le nouvel alinéa *c* proposé de façon qu'il se lise comme suit :

"*c)* Les exceptions découlant de ce que le débiteur n'avait pas connaissance du fait qu'il s'obligeait en consentant au contrat initial, à condition que l'ignorance dudit fait ne soit pas due à une faute de sa part et que son consentement ait été obtenu par des manœuvres frauduleuses."

119. Le Groupe de travail a pris acte de l'amendement proposé. Après un débat, il a décidé de mettre entre crochets le texte initialement proposé pour l'alinéa *c* du paragraphe 2 pour l'examiner plus à fond à une session future.

Paragraphe 3

120. En ce qui concerne la forme, il a été généralement estimé que les mots "une telle convention" devaient être remplacés par les mots "une convention visée au paragraphe 1". Il a été jugé aussi que le groupe de rédaction devrait peut-être voir s'il ne vaudrait pas mieux placer le paragraphe 3 avant le paragraphe 2.

121. Il a été généralement reconnu qu'il n'était pas nécessaire de limiter la portée de la disposition au cas où une modification de la convention intervenait après la notification de la cession. En vue de couvrir aussi le cas où une modification intervenait avant la notification, il a été décidé de remanier la deuxième phrase de façon qu'elle se lise comme suit : "La modification produit ses effets selon qu'il est prévu à l'article 21." Après un débat, le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 3 sous sa forme modifiée.

Article 21. *Modification du contrat initial [ou de la créance]*

122. Le texte du projet d'article 21 examiné par le Groupe de travail se lisait comme suit :

"1. Une convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur qui a des incidences sur le droit du cessionnaire à recevoir paiement produit ses effets à l'égard du cessionnaire, et celui-ci acquiert des droits correspondants.

2. Après notification de la cession, une convention conclue au titre du paragraphe 1 du présent article produit ses effets à l'égard du cessionnaire, et celui-ci acquiert des droits correspondants,

Variante A

si elle est conclue de bonne foi et conformément à des normes commerciales raisonnables ou, dans le cas d'une modification se rapportant à une créance obtenue en totalité par exécution, si elle est approuvée par le cessionnaire.

Variante B

si la modification est prévue dans la cession ou approuvée ultérieurement par le cessionnaire.

[3. Les paragraphes 1 et 2 du présent article n'ont d'incidences sur aucun droit du cessionnaire à l'égard du cédant en cas de violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire interdisant au cédant de modifier le contrat initial sans le consentement du cessionnaire.]

[4. Lorsqu'une créance est confirmée ou déterminée dans une décision d'une instance judiciaire ou non judiciaire, elle ne peut être modifiée que par une décision de cette instance.]"

Paragraphe 1

123. Le paragraphe 1 a bénéficié, quant au fond, d'un certain appui et a fait l'objet d'un certain nombre de suggestions d'ordre rédactionnel. Selon une de ces suggestions, il convenait de mentionner, au lieu du "droit du cessionnaire à recevoir paiement", la teneur ou les caractéristiques de la créance. Cette suggestion a été généralement appuyée. Selon une autre suggestion, il fallait préciser, à la fin du paragraphe 1, que le cessionnaire acquiert des droits correspondants "à l'égard du débiteur". Ces mots ont été jugés généralement acceptables dans la mesure où ils avaient pour objet de spécifier que le cessionnaire acquiert les droits découlant du contrat modifié à l'égard du débiteur. On a généralement estimé toutefois que, pour dissiper toute incertitude quant à la signification de ces mots, il fallait préciser au paragraphe 3 que toute modification du contrat initial convenue entre le cédant et le débiteur n'affecterait pas les droits du cessionnaire à l'égard du cédant. Sous réserve des modifications susmentionnées concernant le paragraphe 1 et le paragraphe 3 (voir par. 132 ci-après), le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond.

Paragraphe 2

124. En ce qui concerne le chapeau du paragraphe 2, on a dit que, au lieu de mettre l'accent sur les cas exceptionnels dans lesquels une modification du contrat après notification de la cession produit ses effets à l'égard du cessionnaire, il valait mieux énoncer la règle générale selon laquelle une modification après notification ne produit pas d'effets à l'égard du cessionnaire. On a donc proposé de reformuler la phrase de la façon suivante : "Après notification de la cession, une convention entre le cédant et le débiteur ne produit pas ses effets à l'égard du cessionnaire, excepté." Cette proposition a été généralement appuyée, étant entendu que, dans les cas exceptionnels ou, même après notification, une modification produirait ses effets à l'égard du cessionnaire, celui-ci acquerrait les droits découlant du contrat modifié à l'égard du débiteur.

125. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir laquelle des deux variantes figurant au paragraphe 2 était préférable. Les partisans de la variante A ont fait valoir qu'elle était suffisamment souple dans la mesure où, tout en exigeant qu'une modification soit approuvée par le cessionnaire lorsqu'une créance était obtenue en totalité par exécution, elle n'exigeait pas dans ce cas le consentement du cessionnaire pour chaque modification mineure qui pouvait être apportée au contrat initial. On a fait observer qu'une telle souplesse était nécessaire, en particulier dans le cas du financement des projets, où l'obligation pour les parties au contrat de construction initial d'obtenir le consentement du cessionnaire pour toute modification, même mineure, à apporter à ce contrat pouvait nuire à l'exécution du projet et imposer une contrainte inutile au cessionnaire. On a dit, en outre, que le même degré de souplesse était nécessaire dans le cas des accords de restructuration financière où des créances étaient cédées à titre de garantie en échange d'une modification du taux d'intérêt ou de la date d'échéance de la dette. Dans ce cas, le cédant, qui était autorisé à gérer ses affaires, ne devait pas être tenu de demander le consentement du cessionnaire pour la moindre modification à apporter à l'accord de restructuration.

126. Tout en reconnaissant la nécessité de ménager suffisamment de souplesse dans les cas susmentionnés, on a généralement estimé que la variante A introduisait quelque incertitude. Cette incertitude tenait à l'emploi des termes "de bonne foi" et "normes commerciales raisonnables", qui n'étaient pas universellement entendus de la même manière. On a fait observer, en outre, qu'en adoptant une formule analogue à celle de la variante A on risquait d'encourager le cédant à frauder. On a dit, par ailleurs, que les parties à des accords de construction ou de restructuration n'avaient pas besoin de la protection accordée par la variante A, car la question des modifications serait normalement prévue dans leurs contrats. Quant à l'obligation d'obtenir le consentement du cessionnaire dans le cas d'une modification se rapportant à une créance obtenue en totalité par exécution, on a dit qu'elle ne protégeait pas suffisamment le cessionnaire, car les cessionnaires accordaient souvent un crédit sur la base d'une créance qui n'était pas obtenue par exécution ou ne l'était qu'en partie (par exemple, dans le cas d'expéditions multiples échelonnées sur une longue période ou d'obligations contractuelles postérieures à la facturation).

127. Le Groupe de travail s'est donc concentré sur la variante B. On a généralement estimé que cette variante rendait bien compte du principe fondamental selon lequel, après notification de la cession, une modification du contrat initial faite sans l'approbation du cessionnaire ne pouvait pas produire ses effets à l'égard de celui-ci. Toutefois, pour ménager une certaine souplesse dans l'application de ce principe, un certain nombre de suggestions ont été faites. Selon l'une, il serait utile de réviser la variante B de manière à spécifier que le cessionnaire ne devait pas refuser sans raison valable d'approuver la modification. Cette suggestion a obtenu un large appui.

128. Selon une autre suggestion, la variante B devait être remaniée de manière à indiquer les trois cas dans lesquels une modification produirait ses effets à l'égard du cessionnaire, à savoir lorsque la modification est prévue dans le contrat initial, lorsqu'elle est approuvée ultérieurement par le cessionnaire ou lorsqu'elle serait approuvée par tout cessionnaire raisonnable. Bien qu'elle ait été appuyée par la majorité des membres, cette suggestion a suscité certaines inquiétudes. Selon certains, elle risquait d'avoir pour effet d'obliger les cessionnaires à consulter un grand nombre de contrats pour déterminer s'ils contenaient une disposition traitant de la question des modifications. On a fait également observer que, pour que la modification produise ses effets à l'égard du cessionnaire, il faudrait que le débiteur détermine si un cessionnaire "raisonnable" l'aurait approuvée, ce qui ne serait pas toujours facile pour le débiteur.

129. On a également dit que le consentement du cessionnaire ne devrait être exigé que dans le cas où une modification du contrat initial a des incidences matérielles néfastes sur les droits du cessionnaire. Si certains ont appuyé cette suggestion, d'autres s'y sont opposés en faisant valoir qu'elle limiterait indûment les cas dans lesquels le consentement du cessionnaire serait exigé. Il serait préférable d'exiger le consentement d'un "cessionnaire raisonnable", car cette condition serait moins restrictive.

130. Pour tenir compte des vues et des préoccupations exprimées, on a proposé le texte ci-après :

"Après notification de la cession, une convention entre le cédant et le débiteur qui a des incidences sur les droits du cessionnaire ne produit pas ses effets, excepté :

a) Si le cessionnaire y consent; ou

b) Si la créance n'est pas obtenue en totalité par exécution et si la modification est prévue dans le contrat initial ou serait approuvée par tout cessionnaire raisonnable, dans le contexte du contrat initial."

131. Le nouveau texte proposé pour le paragraphe 2 a obtenu un large appui. En réponse à un certain nombre de questions, on a fait observer ce qui suit : le sens exact des mots "ne produit pas ses effets" devrait être précisé dans le commentaire du projet de Convention; il faudrait mentionner les modifications prévues dans le contrat initial pour faire en sorte que le débiteur et le cessionnaire sachent l'un et l'autre qu'il est possible de modifier le contrat; il faudrait aussi mentionner les créances obtenues en totalité par exécution, à condition d'indiquer la date de la facture, même si le contrat pertinent n'a été que partiellement exécuté. Après un débat, le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 2 ainsi modifié.

Paragraphe 3

132. Le Groupe de travail a rappelé la décision qu'il avait prise, dans le contexte de sa discussion du paragraphe 1, de réviser le paragraphe 3 de manière qu'une modification convenue entre le cédant et le débiteur n'ait pas d'incidences sur les droits du cessionnaire à l'égard du cédant (voir par. 123 ci-dessus). Beaucoup ont estimé qu'il fallait élargir le paragraphe 3 de manière qu'il englobe tout droit que le cessionnaire pouvait avoir à l'égard du cédant en cas de violation d'une convention conclue entre eux.

133. Un certain nombre de suggestions ont été faites quant à la manière exacte d'exprimer cette idée. Il a été suggéré de ne pas se référer aux droits du cessionnaire en cas de violation d'une convention interdisant de modifier le contrat initial, mais de stipuler que les paragraphes 1 et 2 étaient sans préjudice de toutes conventions conclues entre le cédant et le cessionnaire. Une autre suggestion tendait à supprimer, au paragraphe 3, les mots "interdisant au cédant ... cessionnaire". À l'appui de cette suggestion, il a été dit qu'une modification du contrat initial pouvait constituer une violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire même si cette convention ne comportait pas de clause expresse interdisant au cédant de modifier le contrat initial. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 quant au fond, sous réserve de cette modification.

Paragraphe 4

134. On a estimé dans l'ensemble qu'il fallait supprimer le paragraphe 4. Il a été dit qu'un créancier et un débiteur déterminés comme tels par une décision judiciaire devraient pouvoir régler leur différend par voie de convention. Alors même que les tribunaux pouvaient ne pas être liés par un tel règlement conventionnel, les parties à un tel règlement, elles, l'étaient. De plus, on a fait observer que le paragraphe risquait d'être interprété à tort comme une ingérence dans le processus judiciaire; en effet, il pourrait être interprété comme signifiant qu'un tribunal supérieur ne pourrait infirmer la décision d'un tribunal inférieur. Après discussion, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe. En conséquence de cette décision, le Groupe de travail a décidé de supprimer la référence à la créance initiale dans le titre du projet d'article 21.

Nouveau paragraphe 4

135. Il a été dit que, pour les raisons qui avaient été indiquées lorsque le Groupe de travail avait discuté le projet d'article 19 (voir par. 99 et 100 ci-dessus), un nouveau paragraphe 4 devrait être inséré entre crochets dans le projet d'article 21. Le Groupe de travail a décidé que ce nouveau paragraphe 4, qui serait ajouté au projet d'article 21 pour que le Groupe de travail l'examine à une future session, devrait se lire comme suit : "Aux fins du présent article, la notification de la cession produit ses effets même si elle n'identifie pas la personne, le compte ou l'adresse auxquels le débiteur est tenu d'effectuer le paiement."

Article 22. *Restitution des paiements*

136. Le texte du projet d'article 22 examiné par le Groupe de travail était libellé comme suit :

"Sans préjudice [de la loi régissant la protection des consommateurs] [des impératifs d'ordre public] dans le

pays où est situé le débiteur et des droits du débiteur en vertu de l'article 19, la non-exécution du contrat initial par le cédant [ou de la décision d'une instance judiciaire ou non judiciaire donnant naissance à la créance cédée] n'habilite pas le débiteur à recouvrer auprès du cessionnaire une somme payée par lui au cédant ou au cessionnaire."

137. Il a été dit que le titre du projet d'article 22 ne donnait pas une idée juste du contenu de la disposition. Les mots "une somme payée par lui", a-t-il été souligné, étaient censés viser non seulement les "avances" de paiement, mais, plus généralement, tout paiement effectué par le débiteur au cédant ou au cessionnaire. Par exemple, lorsque le contrat initial devait être exécuté par versements successifs, le fait que le cédant n'effectue pas un des versements ne devrait pas habiliter le débiteur à recouvrer une somme payée lors de l'exécution d'un versement précédent. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que le titre du projet d'article 22 devrait se lire "Recouvrement de paiements".

138. En ce qui concerne le fond du projet d'article, il a été proposé de supprimer les mots "et des droits du débiteur en vertu de l'article 19", au motif qu'ils étaient superflus. À l'appui de cette proposition, il a été dit que les droits du débiteur d'invoquer des exceptions ou des droits à compensation ne s'appliqueraient que lorsque le débiteur voudrait soit réduire le montant de paiements qui restaient à faire, soit ne pas les faire. Ces droits étaient jugés non pertinents dans le contexte du projet d'article 22. En effet, lorsqu'une somme avait déjà été payée, les exceptions ou droits à compensation que le débiteur pouvait invoquer au titre du projet d'article 19 ne pouvaient l'habiliter à recouvrer ladite somme auprès du cessionnaire. Il a toutefois été fait observer qu'en supprimant la référence au projet d'article 19 on risquait d'affaiblir la position du débiteur, en particulier en cas de complicité frauduleuse entre le cedant et le cessionnaire, ce qui n'était pas souhaitable. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver la référence au projet d'article 19 dans le projet d'article 22 et d'examiner la question plus à fond à une future session.

139. L'avis selon lequel il fallait conserver la référence à l'ordre public a bénéficié d'un appui. On a fait valoir à cet égard qu'en ne traitant de la question des règles impératives et de l'ordre public que dans les projets d'articles 32 et 33, on risquait, ce qui n'était pas souhaitable, de limiter la mesure dans laquelle le projet de Convention renvoyait au droit impératif applicable en dehors du projet de Convention. Il a été répondu que, si les projets d'articles 32 et 33 figuraient dans le chapitre VI relatif au conflit de lois, ils ne visaient aucunement à limiter la mesure dans laquelle le projet de Convention tiendrait compte des préoccupations des États concernant les règles d'ordre public et autres règles impératives. On a déclaré en outre que ces projets d'articles avaient uniquement pour objet d'assurer que lesdites règles s'appliqueraient grâce au mécanisme des règles régissant le conflit de lois, garantissant ainsi que la législation applicable en dehors du projet de Convention serait prise en considération au maximum. Par ailleurs, en évitant les références multiples aux notions d'"ordre public" et de "règles impératives" dans le projet de Convention, les projets d'articles 32 et 33 limitaient le risque que ces notions ne fassent l'objet d'interprétations différentes dans le contexte de différents articles du projet de Convention. Après un débat, il a été généralement convenu que le texte du projet d'article 22 devait faire pendant aux dispositions du projet d'article 20 et que, conformément à la décision concernant le paragraphe 1 du projet d'article 20 (voir par. 107 ci-dessus), les mots "[des impératifs d'ordre public]" devaient être supprimés. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 22 quant au fond.

Chapitre V. Cessions subséquentes

Remarques générales

140. Après avoir achevé l'examen de la section II du chapitre IV du projet de Convention, le Groupe de travail a décidé, faute de temps, de reporter l'examen de la section III à une session ultérieure et de procéder à un échange de vues initial sur le chapitre V. Il a été convenu que cet échange de vues aurait pour objet d'identifier les questions à examiner à une session ultérieure.

141. On a généralement estimé que le projet de Convention devait s'appliquer aux cessions subséquentes (c'est-à-dire aux cessions de créances effectuées par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire à des cessionnaires subséquents). On a dit que des cessions de ce type étaient effectuées dans le cadre d'un certain nombre de pratiques, y compris l'affacturage international, la titrisation, le financement des projets, la restructuration des entreprises ayant des difficultés financières et les opérations de refinancement. Le texte devait avoir pour principal objet de faciliter ces pratiques en augmentant les possibilités de crédit bon marché.

142. Au cours du débat, on a dit que le Groupe de travail pourrait peut-être formuler des règles établissant un ordre de priorité entre plusieurs cessionnaires de la même créance cédée initialement par le même cédant dans le cas d'une cession à titre de garantie. On a fait observer que, dans certains systèmes juridiques, une deuxième cession de la même créance n'était pas valide, ce qui ne permettait pas au cédant d'utiliser une créance à titre de garantie pour obtenir un crédit de plusieurs cessionnaires successifs.

Article 25. *Champ d'application*

143. Le texte du projet d'article 25 examiné par le Groupe de travail se lisait comme suit :

"La présente Convention s'applique :

a) aux cessions de créances effectuées par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire à des cessionnaires subséquents ("cessions subséquentes") qui sont régies par la présente Convention en vertu de l'article premier, même si la cession initiale ou toute

autre cession antérieure n'est pas régie par la présente Convention; et

b) à toute cession subséquente, à condition que la cession initiale soit régie par la présente Convention, de la même manière que si le cessionnaire subséquent était le cessionnaire initial."

Alinéa a

144. On a fait observer que l'alinéa *a* visait à préciser que le projet de Convention s'appliquait aux cessions subséquentes qui entraient dans son champ d'application, même si la cession initiale n'y entrait pas (par exemple, une cession subséquente dans une opération de titrisation pouvait être régie par la future convention, même si la cession initiale était une cession nationale de créances nationales).

145. Un certain nombre d'observations ont été faites. On a dit notamment que l'alinéa *a* ne paraissait pas conforme au principe de la *continuatio juris* énoncée à l'alinéa *b*. On a fait également observer que, pour mieux rendre l'idée qu'une cession subséquente entrant dans le champ d'application du projet de Convention devait être régie par ce projet, même si la cession initiale ne l'était pas, il fallait se référer au chapitre I dans son ensemble.

Alinéa b

146. On a appuyé le principe de la *continuatio juris* énoncé à l'alinéa *b*, selon lequel le régime applicable à la cession initiale doit régir toute cession subséquente. On a fait observer, toutefois, que l'alinéa *b* s'appliquerait de façon satisfaisante si la créance initiale était internationale, car tout cessionnaire subséquent pourrait savoir à l'avance que le projet de Convention s'appliquerait aux cessions subséquentes en raison du caractère international de la créance. En revanche, si la créance était nationale, l'application de l'alinéa *b* pourrait ne pas produire de résultats satisfaisants, car un cessionnaire subséquent ne pourrait pas savoir à l'avance si le projet de Convention s'appliquerait à une cession nationale d'une créance nationale. Ainsi, on a généralement estimé qu'il fallait modifier l'alinéa *b* de manière à éviter que le projet de Convention ne s'applique aux cessions nationales de créances nationales (le cédant, le cessionnaire et le débiteur se trouveraient dans le même pays). Pour atteindre le résultat souhaité, on a suggéré d'ajouter, à la fin de l'alinéa *b*, un membre de phrase ainsi conçu : "étant entendu que, dans les cas où la créance est une créance nationale, une cession subséquente n'est pas régie par la présente Convention lorsque le cédant et le cessionnaire sont situés dans le même État que le débiteur".

Article 26. *Conventions limitant les cessions subséquentes*

147. Le texte du projet d'article 26 examiné par le Groupe de travail se lisait comme suit :

"1. Une créance cédée par le cessionnaire initial ou tout cessionnaire subséquent à un cessionnaire subséquent est transférée nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur ou tout cessionnaire subséquent limitant d'une manière ou d'une autre le droit du cédant initial ou de tout cédant subséquent de céder ses créances.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou responsabilités découlant de la violation d'une telle convention, mais une personne qui n'était pas partie à une telle convention n'est pas responsable du chef de sa violation."

Titre

148. On a fait observer qu'il faudrait peut-être aligner le titre sur celui du projet d'article 12.

Paragraphe 1

149. On a noté qu'au paragraphe 1 une référence avait été ajoutée à une convention de non-cession entre le "cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur ou tout cessionnaire subséquent" afin de garantir qu'une clause de non-cession dans le contrat initial ou dans la cession, ou encore dans une cession subséquente n'invaliderait aucune cession subséquente. On a appuyé le paragraphe 1 quant au fond, mais on a dit qu'il faudrait peut-être revoir sa formulation exacte en vue notamment de déterminer s'il était nécessaire d'y inclure une référence à un cessionnaire subséquent.

Paragraphe 2

150. On a noté qu'en vertu du paragraphe 2, si un cessionnaire était responsable à l'égard du débiteur ou de tout cédant, au titre d'une loi applicable autre que le projet de Convention, pour avoir effectué une cession subséquente de la créance malgré l'existence d'une clause de non-cession dans le contrat initial, dans la cession ou dans toute cession subséquente, cette responsabilité ne s'étendait à aucun cessionnaire subséquent.

151. On a dit que, si le paragraphe 2 visait la responsabilité contractuelle, il était peut-être superflu dans la mesure où il énonçait un principe général du droit des contrats. Si, par contre, le paragraphe 2 visait la responsabilité extracontractuelle du cessionnaire pour la violation d'une convention de non-cession par le cédant, il n'était peut-être pas souhaitable.

152. On a fait observer, en réponse, que si le cessionnaire devait être tenu responsable d'une manière ou d'une autre de la violation d'une convention de non-cession entre le cédant et une autre partie la cession n'aurait aucune valeur pour le cessionnaire. En outre, l'imposition au cessionnaire d'une telle responsabilité potentielle aurait pour résultat involontaire d'accroître le coût du crédit même si cette responsabilité ne se concrétisait pas, car le cessionnaire, dans le cas d'une cession globale, aurait à examiner un grand nombre de contrats pour déterminer s'ils contiennent une clause de non-cession. De plus, il serait de toute façon difficile de distinguer la responsabilité extracontractuelle de la responsabilité contractuelle et d'inclure l'une mais pas l'autre dans le champ d'application de la Convention.

Après un débat, il a été convenu que la question devait être réexaminée dans le contexte du projet d'article 12, qui traitait de la question de la responsabilité du cessionnaire pour une violation de la clause de non-cession par le cédant.

Article 27. *Paiement libératoire du débiteur*

153. Le texte du projet d'article 27 examiné par le Groupe de travail était libellé comme suit :

> "Nonobstant le fait que l'invalidité d'une cession invalide toutes les cessions subséquentes, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire conformément aux instructions de paiement données dans la première notification qu'il a reçue."

Intitulé

154. Il a été déclaré que pour éviter de répéter l'intitulé du projet d'article 18 on serait peut-être amené à modifier celui du projet d'article 27 de façon qu'il se lise comme suit : "Paiement libératoire du débiteur dans les cessions subséquentes".

Paragraphe unique

155. On s'est accordé à considérer que dans l'hypothèse où le débiteur aurait reçu plusieurs notifications ayant trait à un certain nombre de cessions subséquentes, il devrait pouvoir se libérer en payant la personne désignée dans la dernière notification reçue avant le paiement. On a estimé que telle qu'elle était libellée, la disposition pourrait avoir pour effet non voulu d'obliger le débiteur à déterminer si une cession intermédiaire était invalide. On a fait observer en réponse que pour qu'une telle règle puisse jouer la notification devrait constater que plusieurs cessions subséquentes étaient intervenues. Toutefois, on a exprimé l'avis qu'il ne surgirait dans la pratique aucune difficulté dès lors que normalement seul le dernier cessionnaire serait tenu de notifier le débiteur et, en conséquence, la première notification serait également la dernière. On a fait remarquer que le projet d'article 28, qui s'inspirait du paragraphe 2 de l'article 11 de la Convention d'Ottawa, était fondé sur cette interprétation.

156. On a relevé qu'aux termes du paragraphe 2 du projet d'article 18, dans le contexte de la cession initiale, le débiteur pouvait se libérer en payant la personne désignée dans la première notification même si la cession initiale était invalide et qu'en cas de doute, quant à la validité d'une cession, le débiteur pouvait, en vertu du paragraphe 4 de l'article 18, se libérer en payant le cédant. Toutefois, on a exprimé la crainte que la référence à l'invalidité d'une cession subséquente et l'absence d'une disposition analogue dans le projet d'article 18 ne soulèvent des difficultés d'interprétation.

157. Conformément à la décision qu'il avait prise au sujet du paragraphe 2 du projet d'article 18 (voir plus haut par. 78), le Groupe de travail est convenu de remplacer les mots "conformément aux instructions de paiement données dans la première notification qu'il a reçue" par les mots "à la personne désignée, ou au compte ou à l'adresse indiqués dans la première notification".

Article 28. *Notification au débiteur*

158. Le texte du projet d'article 28 examiné par le Groupe de travail était libellé comme suit :

> "La notification d'une cession subséquente vaut notification de [toute cession antérieure] [la cession immédiatement antérieure]."

159. On a exprimé l'avis que la notification d'une cession subséquente devrait valoir notification de toute cession antérieure. Compte tenu des dispositions du paragraphe 3 du projet d'article 16, une telle solution risquerait d'avoir pour effet non recherché de prescrire que la notification désigne tous les cessionnaires et bénéficiaires. On a fait observer en réponse que le contenu de la notification devrait être différent s'agissant des cessions subséquentes. On a souligné que le débiteur devait être en mesure de déterminer si une série de cessions subséquentes ou diverses cessions des mêmes créances étaient concernées. Faute de temps, le Groupe de travail a renvoyé l'examen approfondi du projet d'article 28 à une session future.

III. RAPPORT DU GROUPE DE RÉDACTION

160. Le Groupe de travail a demandé à un groupe de rédaction constitué par le Secrétariat de réexaminer les dispositions des projets d'articles 14 à 16 et 18 à 21 en vue d'en harmoniser les différentes versions linguistiques.

161. À l'issue de ses travaux, le Groupe de travail a examiné le rapport du groupe de rédaction et a adopté quant au fond le texte des projets d'articles 14 à 16, 18, 19 et 21 tels qu'ils avaient été révisés par celui-ci. Le texte de ces articles révisés est reproduit dans l'annexe au présent rapport.

162. En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet d'article 20, le texte de l'alinéa *b* tel que révisé par le groupe de rédaction se lisait comme suit :

> "*b)* Les exceptions tirées de son incapacité ou du défaut de qualité de son agent de conclure pour son compte le contrat initial;".

163. On s'est demandé si la formule "défaut de qualité de son agent" traduisait convenablement la décision prise par le Groupe de travail d'envisager également dans cette disposition le défaut de qualité éventuelle du débiteur pour s'obliger (voir plus haut, par. 117). On a fait valoir en réponse que si la référence à l'incapacité du débiteur de s'obliger était censée jouer dans les cas où celui-ci serait une personne physique, la référence à son défaut de qualité était censée valoir essentiellement dans l'hypothèse où il serait une personne morale agissant de ce fait par l'intermédiaire de ses agents autorisés. Afin d'exprimer plus clairement l'intention du Groupe de travail, il a été décidé

de préciser le libellé de l'alinéa *b*. [La modification retenue est sans objet en français.]

164. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté quant au fond le texte du projet d'article 20 tel que révisé par le groupe de rédaction. Le texte adopté est reproduit dans l'annexe au présent rapport.

IV. TRAVAUX FUTURS

165. Il a été noté que le Groupe de travail tiendrait en principe sa session suivante à Vienne du 5 au 16 octobre 1998, ces dates devant être confirmées par la Commission à sa trente et unième session qui devait se tenir à New York du 1er au 12 juin 1998.

ANNEXE

Chapitre IV. Droits, obligations et exceptions

Section I. Cédant et cessionnaire

Article 14. *Droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

1. Sous réserve des dispositions de la présente Convention, les droits et obligations du cédant et du cessionnaire découlant de leur convention sont déterminés par les termes et conditions de ladite convention, y compris toutes règles ou toutes conditions générales qui y sont mentionnées.

2. Le cédant et le cessionnaire sont liés par les usages auxquels ils ont consenti et, sauf convention contraire, par les habitudes qui se sont établies entre eux.

3. Dans une cession internationale, le cédant et le cessionnaire sont réputés, sauf convention contraire, s'être tacitement référés pour la cession à tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties aux opérations particulières de financement des créances.

Article 15. *Garanties du cédant*

1. Sauf convention contraire du cédant et du cessionnaire, le cédant garantit au moment de la conclusion du contrat de cession que :

a) Le cédant a le droit de céder la créance;

b) Le cédant n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire; et

c) Le débiteur ne peut ni ne pourra invoquer des exceptions ou des droits à compensation quelconques.

2. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne garantit pas que le débiteur a, ou aura, les moyens financiers d'effectuer le paiement.

Article 16. *Notification au débiteur*

1. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ou le cessionnaire ou bien les deux peuvent envoyer au débiteur la notification de la cession et demander que le paiement soit fait à la personne désignée dans la notification.

2. La notification de la cession ou la demande de paiement adressée par le cédant ou le cessionnaire en violation d'une convention visée au paragraphe 1 produit ses effets. Toutefois, aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur toute obligation ou responsabilité de la partie qui viole une telle convention pour tout préjudice découlant de la violation.

3. La notification de la cession est donnée par écrit et identifie raisonnablement les créances cédées, le cessionnaire et la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle ou à l'adresse de laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement.

4. La notification est donnée dans toute langue dont on peut raisonnablement présumer qu'elle permet d'informer le débiteur du contenu de la notification. Une notification donnée dans la langue du contrat initial est dans tous les cas suffisante.

5. La notification de la cession peut porter sur des créances nées après ladite notification.

Section II. Débiteur

Article 18. *Paiement libératoire du débiteur*

1. Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire au cédant.

2. Lorsqu'il a reçu notification de la cession et, sous réserve des paragraphes 3 à 5 du présent article, le débiteur ne peut effectuer un paiement libératoire qu'à la personne désignée, ou au compte ou à l'adresse indiqués dans ladite notification.

3. Lorsqu'il reçoit notification de plus d'une cession des mêmes créances effectuées par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire à la personne désignée, ou au compte ou à l'adresse indiqués dans la première notification reçue.

4. Lorsqu'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur peut demander à celui-ci de prouver de la manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession a été effectuée, faute de quoi il se libère en payant le cédant. La cession est réputée prouvée de la manière appropriée notamment par la présentation de tout écrit émanant du cédant et constatant que la cession a eu lieu.

5. Le présent article est sans incidence sur tout autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur à la partie habilitée à le recevoir ou à une instance judiciaire ou non judiciaire compétente, ou à un organisme public de consignation.

Article 19. *Exceptions et droits à compensation du débiteur*

1. Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur une demande de paiement des créances cédées, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions ou tous les droits à compensation découlant du contrat initial [ou de la décision d'une instance judiciaire ou non judiciaire donnant naissance à la créance cédée] qu'il pourrait invoquer si la demande était formée par le cédant.

2. Le débiteur peut opposer au cessionnaire tout autre droit à compensation, à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu notification de la cession. [Aux fins du présent paragraphe, la notification de la cession produit effet même si elle n'identifie pas la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle ou l'adresse à laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement.]

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, les exceptions et droits à compensation que le débiteur pourrait, conformément à l'article 12, invoquer contre le cédant pour violation des conventions limitant d'une manière ou d'une autre le droit du cédant de céder ses créances ne peuvent être invoqués par le débiteur contre le cessionnaire.

Article 20. *Convention de non-recours aux exceptions et droits à compensation*

1. Sans préjudice de la loi régissant la protection des consommateurs dans l'État où le débiteur est situé, celui-ci peut convenir avec le cédant, par écrit, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de l'article 19. Une telle convention empêche le débiteur d'opposer au cessionnaire ces exceptions ou droits à compensation.

2. Le débiteur ne peut renoncer à invoquer :

a) Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire;

b) Les exceptions tirées de son incapacité ou du défaut de qualité de son agent de conclure pour son compte le contrat initial;

[*c)* Si le contrat initial est écrit, les exceptions tirées du fait qu'il a signé le contrat initial sans savoir que, ce faisant, il devenait partie au contrat, pour autant que ce défaut de connaissance n'ait pas été dû à sa propre négligence et que son consentement n'ait pas été surpris par la fraude.]

3. Une telle convention ne peut être modifiée que par une convention écrite. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire s'apprécie par application du paragraphe 2 de l'article 21.

Article 21. *Modification du contrat initial*

1. Toute convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur, qui a des incidences sur les droits du cessionnaire, produit effet à l'égard du cessionnaire et celui-ci acquiert des droits correspondants.

2. Après notification de la cession, une convention entre le cédant et le débiteur qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard du cessionnaire, à moins que :

a) Celui-ci y consente; ou

b) La créance ne soit pas acquise en totalité par exécution et que la modification ait été prévue dans le contrat initial ou que, dans le cadre du contrat initial, tout cessionnaire raisonnable y consentirait.

3. Les paragraphes 1 et 2 du présent article sont sans incidence sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

[4. Aux fins du présent article, la notification de la cession produit effet même si elle ne désigne pas la personne à laquelle, ou le compte auquel ou l'adresse à laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement.]

D. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-huitième session : financement par cession de créances : articles révisés du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement : note du Secrétariat

(A/CN.9/WG.II/WP.96) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 117

I. PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT 117

PRÉAMBULE 117

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION 118

Article premier. Champ d'application 118
Article 2. Cession de créances 119
Article 3. Internationalité 120
Article 4. Exclusions 120

CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES 120

Article 5. Définitions et principes d'interprétation 120
Article 6. Autonomie des parties 121
Article 7. Protection du débiteur 122
Article 8. Principes d'interprétation 122

CHAPITRE III. FORME ET EFFET DE LA CESSION 122

Article 9. Forme de la cession 122
Article 10. Effet de la cession 122
Article 11. Moment du transfert des créances 123
Article 12. Limitations contractuelles de la cession 123
Article 13. Transfert de sûretés 124

Pages

CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS 124

Section I. Cédant et cessionnaire 124

Article 14. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire 124
Article 15. Garanties du cédant 125
Article 16. Notification au débiteur 125
Article 17. Droit du cessionnaire à recevoir paiement 126

Section II. Débiteur 127

Article 18. Paiement libératoire du débiteur 127
Article 19. Exceptions et droits à compensation du débiteur 127
Article 20. Convention de non-recours aux exceptions et aux droits à compensation 128
Article 21. Modification du contrat initial [ou de la créance] 128
Article 22. Recouvrement d'avances 129

Section III. Tiers 129

Article 23. Droits concurrents de plusieurs cessionnaires 129
Article 24. Droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant 129

CHAPITRE V. CESSIONS SUBSÉQUENTES 130

Article 25. Champ d'application 130
Article 26. Conventions limitant les cessions subséquentes 131
Article 27. Paiement libératoire du débiteur 131
Article 28. Notification au débiteur 131

CHAPITRE VI. CONFLIT DE LOIS 131

Article 29. Loi applicable au contrat de cession 131
Article 30. Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur 132
Article 31. Loi applicable aux conflits de priorité 132
Article 32. Règles impératives 133
Article 33. Ordre public 133

CHAPITRE VII. AUTRES RÈGLES DE PRIORITÉ POSSIBLES 133

Section I. Règles de priorité fondées sur l'enregistrement 133

Article 34. Priorité entre plusieurs cessionnaires 133
Article 35. Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant 133

Section II. Enregistrement 133

Article 36. Création d'un système d'enregistrement 133
Article 37. Enregistrement 134
Article 38. Recherches dans le registre 134

Section III. Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession 134

Article 39. Priorité entre plusieurs cessionnaires 134
Article 40. Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant 135

CHAPITRE VIII. CLAUSES FINALES 135

Article 41. Dépositaire 135
Article 42. Conflits avec des accords internationaux 135
Article 43. Application du chapitre VII 135
Article 44. Règles ou procédures d'insolvabilité sur lesquelles la présente Convention n'a pas d'incidences 135
Article 45. Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion 135
Article 46. Application aux unités territoriales 136
Article 47. Effet des déclarations 136
Article 48. Réserves 136
Article 49. Entrée en vigueur 136
Article 50. Dénonciation 136

INTRODUCTION

1. À sa vingt-huitième session, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a poursuivi les travaux qu'il avait entrepris conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt-huitième session (Vienne, 2-26 mai 1995) en vue de l'élaboration d'une loi uniforme sur la cession de créances à des fins de financement[1]. Cette session était la cinquième que le Groupe de travail consacrait à l'élaboration de cette loi uniforme, intitulée provisoirement projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement.

2. La décision de la Commission d'entreprendre des travaux sur la cession de créances à des fins de financement répondait à des suggestions qui lui avaient été adressées lors du Congrès de la CNUDCI sur le thème "Le droit commercial uniforme au XXIe siècle" (qui a eu lieu à New York, parallèlement à la vingt-cinquième session, du 17 au 21 mai 1992). Lors de ce Congrès, il avait aussi été suggéré à la Commission de reprendre ses travaux sur les sûretés en général, question dont elle avait décidé, à sa treizième session (New York, 14-25 juillet 1980), de renvoyer l'examen à plus tard[2].

3. De sa vingt-sixième à sa vingt-huitième session (de 1993 à 1995), la Commission a examiné trois rapports du Secrétariat relatifs à certains aspects juridiques de la cession de créances (A/CN.9/378/Add.3, A/CN.9/397 et A/CN.9/412). Après avoir étudié ces rapports, elle a conclu qu'il serait à la fois possible et souhaitable d'élaborer un ensemble de règles uniformes dont l'objectif serait d'éliminer les obstacles au financement par cession de créances créés par l'incertitude qui existait dans plusieurs 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 ces cessions sur le débiteur et d'autres tiers[3].

4. À sa vingt-quatrième session (Vienne, 13-24 novembre 1995), le Groupe de travail a commencé à examiner un avant-projet de règles uniformes contenu dans un rapport du Secrétaire général intitulé "Examen et avant-projet de règles uniformes" (A/CN.9/412). À la même session, 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 (A/CN.9/420, par. 16).

5. De sa vingt-cinquième à sa vingt-septième session (New York, 8-19 juillet 1996, Vienne, 11-22 novembre 1996 et Vienne, 20-31 octobre 1997)[4], le Groupe de travail a poursuivi ses travaux en examinant différentes versions du projet de Règles uniformes figurant dans des notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.87, A/CN.9/WG.II/WP.89 et A/CN.9/WG.II/WP.93). À ces sessions, le Groupe de travail a adopté des hypothèses de travail, à savoir que le texte à élaborer prendrait la forme d'une convention (A/CN.9/432, par. 28) et comporterait des dispositions relatives aux conflits de lois (A/CN.9/434, par. 262), traitant en particulier des questions de priorité (A/CN.9/445, par. 27 et 31).

6. La présente note renferme une version révisée du projet de Convention compte tenu des travaux menés et des décisions prises jusqu'ici par le Groupe de travail. Les ajouts et les modifications apportés au texte sont en italique. À l'exception du projet d'article 17, le texte en italique, aux projets d'articles 13 à 22, n'est pas le nouveau texte, mais il apparaît ainsi parce qu'il n'a pas été examiné à la session précédente du Groupe de travail.

I. PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 120 à 122 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 14 (vingt-sixième session, 1996)

Remarques

Afin d'assurer la cohérence entre le titre et le contenu du projet de Convention, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner de nouveau le titre une fois qu'il aura fini d'examiner l'ensemble du projet de Convention.

Préambule

Les États contractants,

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

[Considérant que les problèmes créés par les incertitudes quant au régime juridique applicable aux cessions dans le commerce international constituent un obstacle aux opérations dans lesquelles une contrepartie, un crédit ou des services connexes sont fournis ou promis en échange de créances, y compris l'affacturage, le forfaitage, la titrisation, le financement des projets et les opérations de refinancement.]

Estimant que l'adoption de règles uniformes régissant la cession de créances à des fins de financement faciliterait le développement du commerce international et favoriserait l'offre de crédit à des taux plus favorables,

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 374 à 381.

[2] Ibid., *trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 26 à 28.

[3] Ibid., *quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 297 à 301; ibid., *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), par. 208 à 214; et ibid., *cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 374 à 381.

[4] La date et le lieu de la vingt-septième session, qui devait initialement se tenir à New York du 23 juin au 3 juillet 1997, ont dû être modifiés par suite de la décision de l'Assemblée générale de tenir sa dix-neuvième session extraordinaire consacrée à Action 21 à New York du 23 au 27 juin 1997.

Sont convenus de ce qui suit :

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 123 et 124 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 15 et 16 (vingt-sixième session, 1996)

Remarques

Si le Groupe de travail préfère retenir le deuxième paragraphe du préambule, qui a été établi par le Secrétariat afin qu'il l'examine, il souhaitera peut-être supprimer le projet d'article 5 *d* (définition des créances à des fins de financement).

Chapitre premier. Champ d'application

Article premier [1][5]. *Champ d'application*

1. La présente Convention s'applique aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre si, au moment de la cession, le cédant est situé dans un État contractant.

2. [Les dispositions des articles [...] ne s'appliquent pas] [La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et les obligations du débiteur] à moins que le débiteur ne soit situé dans un État contractant [ou que les règles du droit international privé conduisent à l'application de la loi d'un État contractant aux relations entre le cédant et le débiteur].

[3. Les dispositions des articles 29 à 33 s'appliquent [aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre] indépendamment des paragraphes 1 et 2 du présent article.]

4. Le chapitre VII s'applique dans un État contractant qui a fait une déclaration au titre de l'article 43. [Si un État contractant fait une telle déclaration, les dispositions des articles 23-1, 24-1 et 24-2) ne s'appliquent pas dans cet État.]

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 26 et 27, 31 et 125 à 145 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 17 à 25 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 14 à 18 et 29 à 32 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 19 à 25, 30 et 31 (vingt-quatrième session, 1995)

[5]Les chiffres entre crochets renvoient aux articles de la version précédente du projet de Convention (A/CN.9/WG.II/WP.93).

Remarques

1. À sa session précédente, le Groupe de travail a décidé, pour lever toute incertitude quant à l'application du projet de Convention et quant à la loi applicable aux questions de priorité, qu'il faudrait donner une définition claire du terme "établissement" ou d'un autre terme similaire (A/CN.9/445, par. 164 à 167). Pour éviter de créer des problèmes d'interprétation à propos d'autres textes de la CNUDCI dans lesquels est employé le terme "établissement", il n'est pas fait usage de ce terme. Il en est question à la place du lieu où est situé le cédant ou le débiteur, qui est défini au projet d'article 5. Cette définition a pour but de donner une certitude en identifiant comme lieu où est situé le cédant ou le débiteur un endroit unique pouvant être déterminé facilement, par exemple, le lieu d'immatriculation ou, dans le cas d'un particulier ou d'une personne n'ayant pas de siège statutaire, sa résidence habituelle. Aux termes de l'article 16-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)[a], ci-après dénommée "Loi type des Nations Unies sur l'insolvabilité internationale", et de l'article 3-1 de la Convention relative aux procédures d'insolvabilité établie par l'Union européenne, ci-après dénommée "la Convention européenne sur l'insolvabilité", le siège statutaire ou, dans le cas d'un particulier, sa résidence habituelle, est présumé être le centre de ses intérêts principaux, "sauf preuve contraire".

2. Le paragraphe 1 pourrait aussi être formulé comme suit : "La présente Convention s'applique aux cessions internationales." Afin d'englober toutes les cessions actuellement visées au paragraphe 1, il faudrait définir l'internationalité comme suit : "Une cession est internationale si, au moment où elle est effectuée, deux quelconques des parties suivantes sont situées dans des États différents : cédant, cessionnaire, débiteur" (voir les articles 1 à 4 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (1995)[b], ci-après dénommée "Convention des Nations Unies sur les garanties et les lettres de crédit stand-by".

3. Si l'on adopte une telle approche, aussi bien les cessions internationales que les cessions de créances internationales seraient régies par le projet de Convention. L'internationalité serait toutefois déterminée au moment de la cession (selon la formulation actuelle du projet d'article 3, le caractère international d'une créance est déterminé au moment où naît cette créance; en conséquence, en cas de cession de créances futures, les parties peuvent ne pas être en mesure de déterminer au moment de la cession si le projet de Convention s'appliquerait).

4. À sa précédente session, le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait supprimer la référence à l'application du projet de Convention en vertu du droit international privé, car elle introduisait un degré inacceptable d'incertitude dans un texte qui traitait non seulement d'obligations

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

[b]Résolution 50/48 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1995, annexe.

contractuelles, mais aussi de droits patrimoniaux (A/CN.9/445, par. 139). Toutefois, on ne peut éliminer l'incertitude en supprimant la référence au droit international privé, du fait que les règles du droit international privé s'appliquent également en dehors du projet de Convention. En outre, par suite de la décision du Groupe de travail, si, en vertu des règles du droit international privé, le droit interne d'un État contractant était applicable, il pourrait s'appliquer au lieu du projet de Convention. Il est estimé qu'un ensemble de règles uniformes du droit privé international dans le sens des projets d'articles 29 à 33 pourrait être un moyen satisfaisant de s'attaquer à la question de l'incertitude découlant de l'application de règles non uniformes de droit international privé ainsi qu'au problème posé ci-dessus.

5. Au paragraphe 2, le Groupe de travail souhaitera peut-être préciser les dispositions pertinentes. Le paragraphe 3 est placé entre crochets en attendant une décision finale du Groupe de travail sur la question de savoir si les règles de conflit du projet de Convention devraient être maintenues et, dans ce cas, si elles devraient s'appliquer au cas où le for se trouve dans un État contractant, que le cédant ou le débiteur soit situé ou non dans un État contractant. Le paragraphe 4 reflète la décision provisoire du Groupe de travail selon laquelle les dispositions de droit matériel du projet de Convention relatives à la priorité ne devraient s'appliquer qu'aux États souhaitant être liés par elles (A/CN.9/445, par. 26 et 27). Aux termes de la deuxième phrase de ce paragraphe, si un État opte pour le chapitre VII, il choisit d'appliquer les dispositions de droit matériel relatives à la priorité figurant à ce chapitre, et non les projets d'articles 23 et 24, qui traitent du conflit de lois. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'adopter une approche différente en combinant les dispositions de droit matériel relatives à la priorité et les dispositions de conflit de lois relatives à la priorité. Dans ce cas, les dispositions de droit matériel relatives à la priorité choisies par l'État contractant s'appliqueraient si le cédant est situé dans cet État (paragraphe 1 du projet d'article premier). Il n'y aurait pas d'incompatibilité avec les projets d'articles 23 et 24, car ceux-ci disposent que la priorité est régie par le droit (à savoir le droit matériel) de l'État dans lequel est situé le cédant, et qui serait le même État.

Article 2 [2]. *Cession de créances*

1. Aux fins de la présente Convention, le terme "cession" désigne le transfert par convention d'une personne ("cédant") à une autre personne ("cessionnaire") de son droit au paiement d'une somme d'argent ("créance") due par le débiteur, *à condition que le transfert s'effectue en échange* d'une contrepartie, d'un crédit ou de services connexes fournis par le cessionnaire au cédant ou par une personne désignée par le cédant. Le terme "cession" comprend le transfert de créances et la création de droits sur des créances à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation.

[2. Le terme "créance" comprend tout droit du cédant au paiement d'une somme d'argent au titre :

*[*a) *d'un contrat entre le cédant et le débiteur, que ce contrat porte sur la vente ou la location de marchandises, la fourniture de services ou de crédits, l'octroi de licences pour des technologies, la propriété intellectuelle ou l'information, ou autres;*

b) *d'un règlement conventionnel ou d'une décision émanant d'une instance judiciaire ou non judiciaire;*

c) *d'une police d'assurance ou de réassurance;*

d) *d'un accord de dépôt entre le cédant et une institution financière;*

e) *d'un accord entre le cédant et une institution financière pour la gestion de titres, de marchandises ou d'autres biens;*

f) *d'un accord portant sur la vente ou un autre transfert, ou le prêt de titres, d'instruments ou de métaux précieux;*

g) *d'autres contrats selon lesquels le montant du paiement est indexé ou lié de toute autre manière aux taux d'intérêt, aux prix de titres, marchandises ou autres biens, ou à l'apparition d'autres événements ou circonstances indépendants des actions des parties au contrat.]*

*[*3. *Le terme "créance" comprend également tout droit du cédant découlant du contrat initial, s'il y en a un, ainsi que le droit découlant d'une clause relative à la réserve de propriété ou à la création d'un droit sur des marchandises à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation.]*

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 146 à 153 et 170 à 179 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 62 à 70 et 72 à 77 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 40 à 49 et 53 à 69 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 33 à 43 et 53 à 69 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Les mots "à condition que le transfert s'effectue" ont été insérés au paragraphe 1 pour préciser que la contrepartie doit être donnée en échange du transfert d'un droit de propriété sur les créances dont traitera le projet de Convention et ne se rapporte pas au contrat de cession, pour la validité duquel aucune contrepartie n'est requise, en vertu du "principe d'abstraction" en vigueur dans certains pays. Les mots "ou par une personne désignée par le cédant" ont été insérés pour garantir qu'une personne peut céder ses créances de façon qu'une autre personne puisse obtenir ou qu'elle ait la promesse d'obtenir "une contrepartie, un crédit ou des services connexes".

2. Le paragraphe 2 est placé entre crochets car le Groupe de travail n'a pas encore décidé si les pratiques mentionnées devraient être prises en compte. Elles sont incluses au paragraphe 2 afin de faciliter les consultations avec les représentants desdites pratiques (A/CN.9/445, par. 178).

L'alinéa *b* vise les créances extracontractuelles découlant d'un règlement conventionnel ou liquides, ainsi que les créances fiscales. Les droits découlant des garanties et des lettres de crédit stand-by ne sont pas mentionnées au paragraphe 2, car leur cession fait l'objet d'autres textes internationaux, y compris la Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il y a lieu de faire explicitement référence à la cession de tels droits au projet d'article 4 traitant des exclusions.

3. Le paragraphe 3, qui figure entre crochets, résulte d'une suggestion faite à la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/445, par. 189, 216 et 234). En vertu de ce paragraphe, les marchandises restituées par le débiteur au cédant, ou recouvrées par ce dernier, appartiendraient au cessionnaire (voir l'article 7 de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (Ottawa, 1988), ci-après dénommée la "Convention d'Ottawa").

Article 3 [3]. *Internationalité*

Une créance est internationale si, au moment où elle naît, le cédant et le débiteur sont situés dans des États différents. Une cession est internationale si, au moment où elle est effectuée, le cédant et le cessionnaire sont situés dans des États différents.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 154 à 163 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 26 à 33 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 26 à 29 (vingt-quatrième session, 1995)

Article 4 [4]. *Exclusions*

La présente Convention ne s'applique pas aux cessions :

a) effectuées à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

b) dans la mesure où elles ont été effectuées par endossement ou remise d'un effet de commerce;

c) effectuées dans le cadre de la vente, ou de la modification du régime de propriété ou du statut juridique, de l'entreprise commerciale d'où sont nées les créances cédées.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 168 et 169 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 42 à 61 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 17 et 62 à 66 (vingt-cinquième session, 1996)

Remarques

Les mots ajoutés au paragraphe *b* visent à faire en sorte que, si une créance est transférée à la fois par cession et par endossement ou remise d'un effet de commerce, le projet de Convention s'appliquerait à la cession, mais pas au transfert par endossement ou remise d'un effet.

Chapitre II. Dispositions générales

Article 5 [5]. *Définitions et principes d'interprétation*

Aux fins de la présente Convention :

a) Le terme "contrat initial" désigne le contrat, *s'il y en a un*, entre le cédant et le débiteur d'où naît la créance cédée *[ou par lequel la créance cédée est confirmée, déterminée ou modifiée]*;

b) Une créance est réputée naître au moment où le contrat initial est conclu [ou, en l'absence de contrat initial, au moment où elle est confirmée *ou déterminée* par *décision d'une instance judiciaire ou non judiciaire];*

c) Le terme "créance future" désigne une créance qui peut naître après la conclusion du *contrat de* cession;

[d) Le terme "financement par cession de créances" désigne toute opération dans laquelle une contrepartie, un crédit ou des services connexes sont fournis en échange de créances. Ce terme inclut l'affacturage, le forfaitage, la titrisation, le financement des projets et le refinancement;]

e) Le terme "écrit" désigne toute forme de communication accessible de manière à être utilisable pour référence ultérieure *et permettant d'identifier l'expéditeur et d'indiquer qu'il approuve l'information contenue dans la communication par des méthodes généralement acceptées ou par une procédure convenue par l'expéditeur et le destinataire de la communication*;

f) Le terme "notification de la cession" désigne une *communication* informant le débiteur qu'une cession a été effectuée;

g) Le terme "administrateur de l'insolvabilité" désigne une personne ou un organisme, même désigné(e) à titre provisoire, autorisé(e) à administrer le redressement ou la liquidation des biens du cédant;

h) Le terme "procédure d'insolvabilité" désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans laquelle les biens et les activités du cédant sont soumis à contrôle ou supervision d'un tribunal aux fins de redressement ou de liquidation;

i) Le terme"priorité" désigne la préférence donnée au droit d'une partie sur le droit d'une autre partie;

j) Une personne est située dans l'État dans lequel elle a son siège statutaire ou, si elle n'a pas de siège statutaire ou bien s'il s'agit d'un particulier, où elle a sa résidence habituelle;

[k) Le terme "moment de la cession" désigne le moment spécifié dans le contrat de cession ou autre écrit, qui ne peut être antérieur au moment auquel le contrat de cession est effectivement conclu.]

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 164 à 167 et 180 à 190 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 70 à 72, 75 et 76, 78 à 85, 166 à 194 et 244 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 40 à 72 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 44 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Le libellé souligné à l'alinéa *a* a pour objet de prendre en compte les accords de règlement conventionnels par lesquels les créances fiscales et autres créances extra-contractuelles peuvent être confirmées ou déterminées, ainsi que les conventions modifiant le contrat initial. Le texte souligné à l'alinéa *b* a pour objet de prendre en compte les créances fiscales et autres créances extra-contractuelles. En vertu de l'alinéa *b*, une créance extra-contractuelle naît : si elle est confirmée dans un règlement conventionnel (c'est-à-dire si elle est transformée en créance contractuelle), au moment où cette convention est conclue; et si elle est confirmée par décision d'une autorité judiciaire ou administrative au moment où cette décision est rendue. Les autres créances extracontractuelles ne sont pas visées par le projet de Convention en raison de l'incertitude qui leur est associée.

2. À la suite d'une décision prise par le Groupe de travail à sa session précédente, un nouveau libellé a été inséré à l'alinéa *e* pour mieux rendre compte de la notion d'"authentification" (A/CN.9/445, par. 186). Il est inspiré de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)[c].

3. L'alinéa *h* a été transféré du projet d'article 24 de la version précédente du projet de Convention au projet d'article 5, car, dans le projet actuel, le terme "procédure d'insolvabilité" est employé dans plusieurs articles (les termes "ouverture d'une procédure d'insolvabilité" et "saisie", figurant au projet d'article 24-8 de la version précédente, ont été supprimés, car ils n'apparaissent pas dans le texte final de la Loi type sur l'insolvabilité d'où ils avaient été tirés, et il est peut-être préférable que ces termes soient définis dans une autre loi applicable).

4. L'alinéa *j* résulte de la décision, prise par le Groupe de travail à la session précédente, selon laquelle le projet de Convention devrait énoncer une définition claire du terme "établissement", voire le remplacer par un autre terme (A/CN.9/445, par. 164). Afin d'éviter de créer des problèmes d'interprétation concernant la signification du terme "établissement", qui est employé dans d'autres textes établis par la CNUDCI, on a utilisé le terme "est situé". L'objet de l'alinéa *j* est d'indiquer un lieu de référence unique, qui puisse être déterminé facilement. Le lieu d'immatriculation d'une personne morale ou la résidence habituelle d'une personne physique est un lieu unique (la filiale d'une grande société immatriculée dans un pays autre que celui du siège sera une entité juridique distincte et des financiers pourraient facilement l'établir). D'un autre côté, une telle approche fondée sur le "siège statutaire" risque d'aboutir, par inadvertance, aux résultats suivants : les cessions seront régies par une loi avec laquelle elles n'ont aucun lien, et les opérations des cédants, c'est-à-dire des emprunteurs, seront souvent régies par la législation du pays où les cédants ont leur siège. On peut toujours faire valoir que ces deux résultats seraient acceptables pour les cédants, tant que l'approche suggérée apporte la certitude et la prévisibilité requises pour que les cédants obtiennent un crédit moins cher. Les cédants peuvent structurer leurs transactions avec les cessionnaires, conformément à la loi du pays dans lequel ils ont leur siège statutaire, et qui peut être le pays du siège ou d'une filiale par l'intermédiaire de laquelle une transaction est conclue.

5. Contrairement au projet d'article 11, qui traite du moment du transfert de la créance en vertu d'un contrat de cession, l'alinéa *k* porte sur le moment de la conclusion du contrat de cession, terme employé aux projets d'articles premier, 3, 9, 11, 23, 24, 31, 34, 39 et 40. L'alinéa *k* a été rédigé par le Secrétariat pour donner suite aux propositions faites à la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/445, par. 225). La première proposition visait à ce que, pour éviter de créer une incertitude, l'on définisse clairement le terme "moment de la cession". La deuxième proposition était qu'il ne fallait pas permettre aux parties de manipuler la règle en se mettant d'accord pour antidater leur contrat de cession.

Article 6 [6]. *Autonomie des parties*

1. Entre le cédant et le cessionnaire, les articles [...] peuvent être exclus ou modifiés par convention.

2. Entre le cédant et le débiteur, les articles [...] peuvent être exclus ou modifiés par convention.

[3. Aucune disposition de la présente Convention n'invalide une cession qui *produit ses effets entre le cédant et le cessionnaire* en vertu de dispositions autres que celles de la présente Convention.]

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 191 à 194 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 35 à 41 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 33 à 38 (vingt-cinquième session, 1996)

Remarques

Le Groupe de travail souhaitera peut-être préciser les projets d'articles qui pourraient être exclus ou modifiés par convention entre les parties. Au paragraphe 3, le texte souligné vise à préciser que ce paragraphe n'aborde pas la question des effets d'une cession sur le débiteur et d'autres tiers. Tel qu'il est libellé actuellement, ce paragraphe irait à l'encontre du projet d'article 9, si c'était la variante A de ce dernier qui était retenue.

[c] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I; voir également l'annexe de la résolution 51/162 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 1996.

Article 7 [7]. *Protection du débiteur*

1. Sauf disposition contraire de la présente Convention, une cession ne produit pas d'effets sur les droits et obligations du débiteur.

2. Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidences sur le droit qu'a le débiteur de payer dans la monnaie et dans le pays spécifiés dans les conditions de paiement contenues dans le contrat initial [ou *dans la décision d'une instance judiciaire ou non judiciaire* donnant naissance à la créance cédée].

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 195 à 198 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 86 à 94 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 87 à 92 et 244 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 101 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Le projet d'article 7 vise à ce que le projet de Convention offre, pour la protection du débiteur, un cadre correspondant aux critères minimaux exigés dans toute juridiction. Il est complété par les projets d'articles 12, 13 et 18 à 22. Lorsque c'est nécessaire, par exemple, dans les projets d'articles 20 et 22, les dispositions du projet de Convention relatives à la protection du débiteur sont subordonnées à la loi sur la protection du consommateur (pour des exceptions possibles au projet d'article 12 lorsque le débiteur est un consommateur ou un État, voir les remarques afférentes à cet article). Le paragraphe 2 vise à garantir qu'une cession au titre du projet de Convention ne peut modifier la monnaie et le pays dans lesquels le paiement doit être effectué. Toutefois, le projet de Convention ne détermine pas ce qui constitue le paiement et si celui-ci doit être effectué au lieu où sont situés le cédant ou le cessionnaire ou le débiteur, tant qu'ils sont situés dans le pays spécifié dans le contrat initial.

Article 8 [8]. *Principes d'interprétation*

1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application, ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

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

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 199 et 200 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 100 et 101 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 76 à 81 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 190 (vingt-quatrième session, 1995)

Chapitre III. Forme et effet de la cession

Article 9 [10]. *Forme de la cession*

1. *Variante A*

Une cession sous une forme autre que la forme écrite ne produit pas ses effets, sauf si elle est effectuée au titre d'un contrat sous forme écrite entre le cédant et le cessionnaire.

Variante B

Une cession ne produit ses effets que si elle est attestée par un écrit décrivant les créances sur lesquelles elle porte ou, en l'absence d'un écrit, si elle est conforme aux règles concernant la forme de la cession en vigueur dans l'État où est situé le cédant au moment de la cession.

Variante C

La forme de la cession et les effets du non-respect de cette forme sont régis par la loi de l'État où est situé le cédant au moment de la cession.

2. Sauf convention contraire, la cession d'une ou de plusieurs créances futures produit ses effets sans qu'un nouvel écrit soit nécessaire pour chaque créance quand elle naît.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 204 à 210 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 102 à 106 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 82 à 86 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 75 à 79 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Jusqu'à présent, la variante A a bénéficié de l'appui de la majorité des membres du Groupe de travail (A/CN.9/434, par. 104 et A/CN.9/445, par. 205 et 206). Les variantes B et C ont été élaborées à la précédente session du Groupe de travail par un groupe de rédaction spécial, afin de répondre aux préoccupations exprimées par quelques délégations concernant la forme écrite (A/CN.9/445, par. 207 à 209).

Article 10 [11]. *Effet de la cession*

1. *Sous réserve des articles 22 et 23,*

a) la cession de créances qui sont individualisées a pour effet de céder les créances faisant l'objet de la cession;

b) la cession de créances qui ne sont pas individualisées a pour effet de céder les créances qui peuvent être identifiées comme étant celles faisant l'objet de la cession, soit au moment convenu par le cédant et le cessionnaire, soit, en l'absence d'une telle convention, au moment où les créances naissent.

2. Une cession peut porter sur une ou plusieurs créances, existantes ou futures, et sur la totalité ou une fraction des créances ou sur tout droit indivis sur lesdites créances.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 211 à 220 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 66 et 67, 113 et 126 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 101 à 108 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 45 à 56 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Le chapeau du paragraphe 1 a pour objectif de faire en sorte que la règle qui y est énoncée ne porte pas atteinte aux droits des tiers. Aux alinéas *a* et *b*, on a inséré le mot "céder" (qui, au titre du projet d'article 2-1, englobe à la fois le transfert des créances et la création de sûretés sur ces créances), afin de ne pas donner l'impression que seuls les transferts de créances sont visés (A/CN.9/445, par. 213).

Article 11 [12]. *Moment du transfert des créances*

1. Sous réserve des articles 23 et 24,

a) une créance née avant le moment de la cession est transférée au moment de la cession; et

b) une créance future est réputée transférée au moment convenu entre le cédant et le cessionnaire [, *moment qui ne peut être antérieur au moment de la cession*]. En l'absence d'une telle convention, *une créance future est réputée transférée* au moment de la cession [ou, dans le cas d'une créance découlant *d'une décision d'une instance judiciaire ou non judiciaire*, au moment où elle [naît] [devient exigible]].

2. *Si un État fait une déclaration au titre de l'article 43, le paragraphe 1 est soumis à la règle de priorité indiquée dans la déclaration [et non aux articles 23 et 24].*

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 221 à 226 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 108 et 115 à 122 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 109 à 112 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 57 à 60 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Le chapeau du paragraphe 1, ainsi que le paragraphe 2 ont pour objectif de faire en sorte que la règle concernant le moment du transfert d'une créance énoncée au paragraphe 1 n'aille pas à l'encontre des règles de priorité énoncées dans le projet de Convention, qui peuvent être les projets d'articles 23 et 24 ou les autres règles contenues au chapitre VII. Les mots figurant entre crochets dans la première phrase de l'alinéa *a* du paragraphe 1 visent à garantir que les parties à la cession ne conviennent pas, pour le transfert, d'un moment antérieur au moment de la cession. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si la référence aux projets d'articles 23 et 24 permet de clarifier le paragraphe 2 et si elle doit être conservée. Cette référence est entre crochets en attendant que soit déterminée la relation entre les projets d'articles 23 et 24 et les autres règles de priorité possibles (voir projet d'article 1-4 et paragraphe 5 des remarques afférentes au projet d'article premier).

Article 12 [13]. *Limitations contractuelles de la cession*

1. Une créance est transférée au cessionnaire nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant envers le débiteur du chef d'une cession effectuée en violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances, mais le cessionnaire n'est pas responsable envers le débiteur du chef d'une telle violation.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 227 à 231 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 128 à 133, 135 et 136 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 113 à 126 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 61 à 68 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le titre révisé du projet d'article 12. Il voudra peut-être examiner en outre les questions suivantes : l'emprunteur de crédits consortiaux peut-il empêcher les prêteurs de céder les crédits à un concurrent de l'emprunteur (ce qui ne serait pas une véritable cession, mais ferait partie d'un plan de reprise); le cédant peut-il empêcher le cessionnaire de céder à nouveau les créances (clause de non-cession dans la cession); le cessionnaire peut-il empêcher un cessionnaire ultérieur de céder à nouveau les créances (clause de non-cession dans un contrat de refinancement) ? Le projet d'article 12 peut être examiné en même temps que le projet d'article 26, qui traite des limitations contractuelles de la cession dans le cadre des cessions subséquentes, afin de préciser si, par exemple, une limitation contractuelle entre le cédant initial et le débiteur empêche non seulement la cession initiale, mais également toute cession subséquente ou engage la responsabilité du cessionnaire ou de tout cessionnaire subséquent en cas de nouvelle cession des créances.

2. À une session antérieure du Groupe de travail, il avait été proposé que lorsqu'un contrat dans lequel le débiteur

était un consommateur ou une entité publique comportait une clause de non-cession, ledit consommateur ou l'entité publique soient autorisés à effectuer un paiement libératoire conformément aux conditions de paiement fixées dans l'arrangement initial entre le cédant et le débiteur; en d'autres termes, le cessionnaire ne pourrait changer les conditions de paiement (A/CN.9/445, par. 229).

3. Une telle approche, dans la mesure où elle vise les transactions impliquant des consommateurs, tiendrait compte de la pratique actuelle dans laquelle les créances des consommateurs sont cédées en vrac, sans que ces derniers en soient avisés. Ils continuent d'effectuer des versements au même compte bancaire, à la même boîte postale, ou autre, et c'est au cédant et au cessionnaire de négocier pour déterminer qui a le contrôle de ce compte ou de cette boîte. Pour ce qui est de l'application de cette règle lorsque le débiteur est un État, on peut considérer que, pour des raisons d'ordre public, un écart par rapport à la règle générale du projet d'article 12 pourrait être justifié.

4. On peut considérer, au contraire, que le texte du projet de Convention tient déjà suffisamment compte de la pratique susmentionnée concernant les consommateurs et qu'il n'est pas nécessaire de réserver à cette pratique un traitement spécial. En vertu du paragraphe 1 du projet d'article 18, en l'absence de notification, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire au cédant. En outre, les débiteurs consommateurs n'auraient pas besoin d'une protection supplémentaire, puisqu'ils n'ont normalement pas le pouvoir de négocier des clauses de non-cession avec leurs créanciers, et les consommateurs avertis qui ont un tel pouvoir peuvent protéger eux-mêmes leurs intérêts. En outre, qu'ils soient consommateurs ou entités publiques, les débiteurs peuvent être protégés par des lois autres que le projet de Convention, puisque ce dernier porte sur les limitations contractuelles de la cession et non sur les limitations légales qui peuvent exister, par exemple, dans le cadre de la législation sur la protection des consommateurs ou sur la passation des marchés publics.

Article 13 [14]. *Transfert de sûretés*

1. Sauf disposition contraire d'une loi ou sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, les sûretés personnelles ou réelles garantissant le paiement des créances cédées sont transférées au cessionnaire sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire.

2. *Le paragraphe 1 du présent article s'applique même en cas de convention entre le cédant et le débiteur, ou la personne qui accorde une sûreté garantissant le paiement des créances cédées, limitant d'une manière quelconque le droit du cédant de céder une créance ou une sûreté garantissant le paiement de la créance.*

3. *Le transfert d'un droit réel possessoire au titre du paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les obligations du cédant envers le débiteur ou la personne qui accorde le droit réel sur le bien transféré en vertu de la loi régissant ce droit.*

4. *Le paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les exigences des règles de droit, autres que la présente Convention régissant la forme ou l'enregistrement du transfert de toutes sûretés garantissant le paiement des créances cédées.*

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 232 à 235 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 138 à 147 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 127 à 130 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 69 à 74 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Le Secrétariat a établi les paragraphes 2 et 3 pour répondre aux préoccupations exprimées à une précédente session du Groupe de travail (A/CN.9/434, par. 143 à 145). Ces paragraphes visent à tenir compte de la décision du Groupe de travail selon laquelle le transfert de sûretés devrait produire ses effets malgré l'existence de conventions entre le cédant et le débiteur limitant cette transférabilité; et le transfert de ces sûretés ne devrait pas porter atteinte aux droits du garant d'une garantie indépendante, de l'émetteur d'une lettre de crédit stand-by ou d'une personne accordant un droit possessoire (A/CN.9/434, par. 146).

2. Le paragraphe 2 ne fait pas référence aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit stand-by, puisque la règle énoncée au paragraphe 1 ne peut s'appliquer à ces instruments du fait qu'ils ne constituent pas des "sûretés" et ne sont normalement pas transférés automatiquement. Si le Groupe de travail décidait d'étendre l'application de la règle énoncée au paragraphe 1 aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit stand-by, il faudrait ajouter dans ce paragraphe une référence, par exemple, à des "droits adjoints", et préciser, au paragraphe 2, qu'un tel transfert de "droits adjoints" ne porte pas atteinte aux droits d'un garant/émetteur (on pourrait employer et définir le terme "engagement indépendant", en s'inspirant probablement de l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur les garanties et les lettres de crédit stand-by).

3. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si les mots "sauf disposition contraire d'une loi", au paragraphe 1, rendent le paragraphe 4 superflu.

Chapitre IV. Droits, obligations et exceptions

Section I. Cédant et cessionnaire

Article 14 [15]. *Droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

1. Sous réserve des dispositions de la présente Convention, les droits et obligations du cédant et du cessionnaire découlant de leur convention sont déterminés par les termes et conditions de ladite convention, y compris

toutes règles, toutes conditions générales ou tous usages qui y sont mentionnés.

2. Le cédant et le cessionnaire sont liés par les usages auxquels ils ont consenti et, sauf convention contraire, par les habitudes qui se sont établies entre eux.

3. *Dans une cession internationale*, le cédant et le cessionnaire sont réputés, sauf convention contraire, s'être tacitement référés pour la cession à tout usage dont ils avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties aux opérations particulières de financement des créances.

Examen antérieur

A/CN.9/434, par. 148 à 151 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 131 à 144 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 73, 81 et 95 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Le Groupe de travail voudra peut-être insérer le paragraphe 1 dans le projet d'article 10-1 et supprimer les paragraphes 2 et 3. Le paragraphe 2 n'est probablement pas nécessaire car les parties peuvent en tout état de cause décider d'être liées par les usages et sont normalement liées par les pratiques établies entre elles. Le paragraphe 3 peut être source d'incertitude, car il ne semble pas exister d'ensemble distinct d'usages concernant les pratiques de financement par cession de créances.

Article 15 [16]. *Garanties du cédant*

1. Sauf convention contraire du cédant et du cessionnaire, le cédant assure que :

a) [nonobstant une convention entre le cédant et le cessionnaire limitant d'une manière ou d'une autre les droits du cédant de céder ses créances,] le cédant a, au moment de la cession, le droit de céder la créance;

b) le cédant n'a pas déjà cédé [, ni ne cédera ultérieurement] la créance à un autre cessionnaire; et

c) le débiteur ne peut invoquer, au moment de la cession, des exceptions *ou des droits* à compensation, *découlant du contrat initial ou de toute autre convention avec le cédant, autres que ceux spécifiés dans la cession.*

2. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant n'assure pas que le débiteur *a, ou aura, les moyens financiers* d'effectuer le paiement.

Examen antérieur

A/CN.9/434, par. 152 à 161 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 145 à 158 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 80 à 88 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si, au paragraphe 1 *a*, le texte entre crochets est nécessaire puisqu'il peut être déduit du projet d'article 12 selon lequel une cession effectuée en dépit d'une clause de non-cession produit ses effets. Au cours du débat sur le paragraphe 1 *b*, il voudra peut-être se demander s'il conviendrait de retenir dans une règle supplétive, telle que le projet d'article 15, la garantie donnée par le cédant qu'il ne cédera pas une seconde fois les mêmes créances. Normalement, les garanties du type "promesse négative" sont matière à négociation et n'interviennent que dans le cadre d'opérations spécifiques.

2. Le paragraphe 1 *c* vise à limiter les garanties quant à l'absence d'exceptions de la part du débiteur dans les situations où interviennent des créances contractuelles, car de telles garanties ne seraient pas appropriées dans le cas de ces créances. Le Groupe de travail pourra éventuellement se demander si les garanties quant à l'absence d'exceptions de la part du débiteur devraient aussi valoir pour les exceptions nées après le moment de la cession.

Article 16 [17]. *Notification au débiteur*

1. *Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ou le cessionnaire ou bien les deux peuvent envoyer au débiteur la notification de la cession et demander que le paiement soit fait au cessionnaire.*

2. La notification de la cession ou la demande de paiement adressée par le cédant ou le cessionnaire en violation d'une convention conclue conformément au paragraphe 1 produit ses effets. Toutefois, aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur toute obligation ou responsabilité de la partie qui viole une telle convention pour tout préjudice découlant de la violation.

3. La notification est donnée par écrit et identifie raisonnablement les créances et la personne à laquelle *ou pour le compte de laquelle,* ou à l'adresse de laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement.

4. La notification de la cession peut porter sur des créances nées après ladite notification. *[Cette notification produit ses effets pendant cinq ans à compter de la date de la réception par le débiteur, sauf :*

a) convention contraire entre le cessionnaire et le débiteur; ou

b) si la notification est renouvelée par écrit pendant la période où elle produit ses effets [pour une période de cinq ans, sauf convention contraire entre le cessionnaire et le débiteur.]

Examen antérieur

A/CN.9/434, par. 162 à 165 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 159 à 164 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 89 à 97 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. À l'exception du membre de phrase entre crochets au paragraphe 4, le projet d'article 16 tient compte de l'accord qui s'est déjà fait au sein du Groupe de travail sur les questions qui y sont traitées.

2. En vertu du projet d'article 16, associé au projet d'article 18, si le cessionnaire donne notification, le débiteur a le droit de lui demander de lui fournir, dans un délai raisonnable, des preuves suffisantes (tant qu'il n'a pas reçu ces preuves, il n'est pas tenu de payer le cessionnaire et ne lui doit aucun intérêt sur les retards de paiement). En l'absence de telles preuves, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire au cédant (projet d'article 18-4). Si le débiteur sait que le cessionnaire qui a adressé la notification n'est pas habilité à recevoir paiement ou s'il reçoit une notification régie par une autre loi, il peut se libérer de son obligation en effectuant le paiement à la personne habilitée à le recevoir ou à une instance judiciaire ou non judiciaire, ou encore à un fonds de dépôt public (projet d'article 18-5). Le projet d'article 18-5 vise à donner au débiteur un droit et non une obligation. Le débiteur n'a pas besoin de connaître ou de déterminer la validité de la cession, mais il peut effectuer un paiement libératoire comme il est indiqué dans le projet d'article 18-5, s'il en a une connaissance certaine.

3. Le membre de phrase entre crochets au paragraphe 4 vise à protéger le cédant en limitant les types de créances futures qui peuvent faire l'objet d'une notification. Les financiers peuvent souhaiter obtenir un droit sur toutes les créances futures, mais ils n'accordent généralement de crédit que sur la base de créances futures susceptibles de naître dans un délai donné. Par ailleurs, fixer un délai obligerait le cessionnaire et le débiteur à se préoccuper de la période pendant laquelle les notifications produisent leurs effets et pourrait accroître l'incertitude et le coût du crédit. En ce qui concerne le débiteur, un délai pourrait créer une injustice dans la mesure où, sauf s'il sait que les instructions de paiement figurant dans la notification ne produisent des effets que pendant cinq ans, il risque de payer sans se libérer de son obligation.

Article 17. *Droit du cessionnaire à recevoir paiement*

1. Le cessionnaire est habilité à recevoir paiement de la créance cédée. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, si le paiement est fait au cessionnaire, ce dernier est habilité à conserver tout ce qu'il reçoit.

2. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, si le paiement est fait au cédant, le cessionnaire a droit à tout ce qui est reçu par le cédant.

3. Si le paiement est fait à une autre personne, y compris à un autre cessionnaire, un créancier du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité, le cessionnaire a droit à tout ce qui est reçu par cette personne.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 215 à 220

Remarques

1. Le projet d'article 17 a pour objet de codifier une règle qui est courante dans la plupart des systèmes juridiques, à savoir que le cessionnaire a le droit d'exiger et de conserver le paiement des créances cédées (paiement qui peut prendre diverses formes, dont un transfert de fonds, un chèque ou des marchandises). En vertu du paragraphe 1, le cessionnaire peut exiger et garder le paiement (il peut l'exiger même avant la notification, puisque la cession produit ses effets en vertu du projet d'article 10, mais, conformément au projet d'article 18-1, le débiteur peut choisir de payer le cédant). En vertu des paragraphes 2 et 3, le cessionnaire peut exiger tout paiement de la créance cédée fait à d'autres personnes (le Groupe de travail souhaitera peut-être préciser ce qui constitue le paiement des créances cédées). Toutefois, le projet d'article 17 ne tente pas de préciser si ce droit est un droit personnel ou un droit réel (*in rem* ou *ad personam*), puisqu'il s'agit là d'une question sur laquelle les systèmes juridiques diffèrent considérablement (A/CN.9/445, par. 215 à 220).

2. Le droit à tout ce qui est reçu au moment du paiement ressort, dans certains systèmes juridiques, à la question du "produit". On a évité l'emploi de ce terme parce qu'il a une signification précise et est traité de manière spécifique dans certains systèmes juridiques, alors qu'il est inconnu ou traité différemment dans d'autres. Si le Groupe de travail décide de tenter d'unifier le droit dans ce domaine, il pourrait envisager l'approche suivante : la cession impliquerait le transfert non seulement de la créance, mais également de son produit ou créerait une sûreté sur les deux; la priorité sur la créance constituerait une priorité sur son produit; et le produit des créances comprendrait les biens incorporés à d'autres biens, à condition que l'on puisse déterminer ou démontrer qu'il s'agit du produit des créances. Pour ce qui est de la manière de formuler cette approche, on pourrait étendre la définition du terme "créance", figurant au projet d'article 2, au produit d'une créance (on pourrait, par exemple, insérer au paragraphe 3 du projet d'article 2 un alinéa rédigé comme suit : "toute somme d'argent ou autre bien reçu par disposition, recouvrement ou distribution au titre d'une créance cédée"; la mention des types de paiement expressément visés a pour objet d'éviter toute incertitude que pourraient créer les différences entre les systèmes juridiques quant à ce qui constitue un paiement; "autre bien" désigne un produit autre que des espèces; "disposition" signifie, par exemple, la vente de créances ou la création d'une sûreté sur des créances; les mots "recouvrement" et "distribution" s'appliquent aux espèces ou aux dividendes liés à des titres).

3. On pourrait parvenir au même résultat en définissant le terme "produit" au projet d'article 5 de la manière suivante : "Les termes 'produit de créances' désignent toute somme d'argent ou tout autre bien reçu par disposition, recouvrement ou distribution au titre d'une créance cédée"; et en ajoutant au projet d'article 11 un libellé tel que : "Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, la cession transfère tout produit des créances cédées ou crée une sûreté sur ce produit, à condition que l'on puisse déterminer ou démontrer qu'il s'agit du produit des créances"; et aux projets d'articles 23 et 24 un libellé tel

que : “La priorité sur les créances constitue la priorité sur tout produit, à condition que l’on puisse déterminer ou démontrer qu’il s’agit du produit des créances”. Si le Groupe de travail choisit cette approche, des règles plus détaillées pourraient être nécessaires, en particulier pour la priorité sur le produit en cas d’insolvabilité du cédant.

Section II. Débiteur

Article 18 [18]. *Paiement libératoire du débiteur*

1. Tant qu’il n’a pas reçu notification de la cession, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant.

2. Lorsqu’il a reçu notification de la cession, *sous réserve des paragraphes 3 à 5 du présent article*, le débiteur *ne* peut effectuer un paiement libératoire *que conformément aux instructions de paiement données dans la notification*.

3. Lorsque le débiteur reçoit notification de plus d’une cession des mêmes créances effectuée par le même cédant, il est habilité à effectuer un paiement libératoire *conformément aux instructions de paiement données dans la première notification* qu’il a reçue.

4. *[Lorsque le débiteur reçoit une notification de la cession émanant du cessionnaire,] il est habilité à demander au cessionnaire* de prouver de la manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession a été effectuée, faute de quoi il est habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant. La cession est réputée prouvée de la manière appropriée notamment par la présentation de *[l’écrit attestant la cession ou]* de tout *[autre] écrit* émanant du cédant et indiquant que la cession a eu lieu.

5. Le présent article n’*a d’incidences* sur aucun autre motif pour lequel le paiement *effectué à la partie habilitée à le recevoir ou à une instance judiciaire [ou non judiciaire] compétente, ou à un fonds de dépôt public*, est libératoire pour le débiteur.

Examen antérieur

A/CN.9/434, par. 176 à 191 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 165 à 172 et 195 à 204 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 98 à 115 et 124 à 131 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Le projet d’article 18 a pour objet d’énoncer les moyens par lesquels le débiteur peut effectuer un paiement libératoire. Il ne vise aucunement à imposer au débiteur l’obligation de payer, cette question étant réglée dans le cadre du contrat ou de tout autre relation juridique entre le cédant et le débiteur et par la loi qui régit cette relation (voir A/CN.9/432, par. 173 et 181). La règle est que, avant notification, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant (il peut aussi effectuer ce paiement au cessionnaire, mais, dans ce cas, il s’expose au risque d’avoir à payer deux fois); après notification, le débiteur est libéré par paiement au cessionnaire, en cas de notification au titre du projet de Convention. Les paragraphes 3 à 5 traitent de cas spéciaux dans lesquels le débiteur peut être libéré par des moyens autres que le paiement au cessionnaire (notifications multiples, notification par le cessionnaire, notification au titre d’une autre loi).

2. En application du paragraphe 2, la réception de la notification par le débiteur déclenche pour lui l’obligation de payer le cessionnaire ou de suivre les instructions du cessionnaire à cet effet. Il incombe au cessionnaire de s’assurer que le débiteur a reçu la notification et, en cas de problème (par exemple, le cédant s’engage à donner notification au débiteur, mais omet de le faire), le risque de perte peut être réparti, par convention, entre le cédant et le cessionnaire.

Article 19 [19]. *Exceptions et droits à compensation 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 [ou de la décision d’une instance judiciaire ou non judiciaire donnant naissance à la créance cédée]* qu’il pourrait invoquer si la demande était formée par le cédant.

2. Le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire tout droit à compensation *découlant de contrats entre le cédant et le débiteur autres que le contrat initial [ou de la décision d’une instance judiciaire ou non judiciaire autre que celle qui donne naissance à la créance cédée], à condition* qu’il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu la notification de la cession.

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, les exceptions et droits à compensation que le débiteur pourrait, conformément à l’article 12, invoquer contre le cédant pour violation des conventions *limitant d’une manière ou d’une autre le droit du cédant de céder ses créances* ne peuvent être invoqués par le débiteur contre le cessionnaire.

Examen antérieur

A/CN.9/434, par. 194 à 204 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 205 à 209 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 132 à 151 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire des droits à compensation, dont la base existait avant la notification,

mais que le débiteur "ne pouvait pas invoquer" à l'époque (par exemple, une créance réciproque et similaire qui ne devient exigible qu'après la notification).

Article 20 [20]. *Convention de non-recours aux exceptions et aux droits à compensation*

1. Sans préjudice [*de la loi régissant* la protection des consommateurs] *[des impératifs d'ordre public] dans l'État où le débiteur est situé,* le débiteur peut convenir avec le cédant, par écrit, de ne pas invoquer contre le cessionnaire des exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de l'article *19. Une telle convention* empêche le débiteur d'invoquer contre le cessionnaire ces exceptions et *droits* à compensation.

2. Le débiteur ne peut accepter de ne pas invoquer :

a) les exceptions découlant des manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire ou du cédant;

b) le droit de contester la validité du contrat initial.

3. Une telle convention ne peut être modifiée que par une convention écrite. *[Après notification, la modification produit ses effets contre le cessionnaire sous réserve du paragraphe 2 de l'article 21.]*

Examen antérieur

A/CN.9/434, par. 205 à 212 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 218 à 238 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 136 à 144 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Le paragraphe 2 s'inspire de l'article 30-1 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (1980)[d], ci-après dénommée "Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre" (voir A/CN.9/434, par. 211). La seconde phrase du paragraphe 3 vise à protéger le cessionnaire contre une modification qui serait apportée à son insu à une convention de non-recours aux exceptions ou droits à compensation conclue entre le cédant et le débiteur. Les mots entre crochets visent à garantir qu'après notification la modification d'une telle convention ne produit pas d'effets à l'encontre du cessionnaire, sauf si les conditions énoncées au paragraphe 2 du projet d'article 21 ont été remplies.

[d] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), annexe I; voir également l'annexe de la résolution 43/165 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1988.

Article 21 [21]. *Modification du contrat initial [ou de la créance]*

1. *Une convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur qui a des incidences sur le droit du cessionnaire à recevoir paiement produit ses effets à l'égard du cessionnaire, et celui-ci acquiert des droits correspondants.*

2. Après notification de la cession, une convention conclue au titre du paragraphe 1 du présent article produit ses effets à l'égard du cessionnaire, et celui-ci acquiert des droits correspondants,

Variante A

si elle est conclue de bonne foi et conformément à des normes commerciales raisonnables *ou, dans le cas d'une modification se rapportant à une créance obtenue en totalité par exécution, si elle est approuvée par le cessionnaire.*

Variante B

si la modification est prévue dans la cession ou approuvée ultérieurement par le cessionnaire.

[3. Les paragraphes 1 et 2 du présent article n'ont d'incidences sur aucun droit du cessionnaire à l'égard du cédant en cas de violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire interdisant au cédant de modifier le contrat initial sans le consentement du cessionnaire.]

[4. Lorsqu'une créance est confirmée ou déterminée dans une décision d'une instance judiciaire ou non judiciaire, elle ne peut être modifiée que par une décision de cette instance.]

Examen antérieur

A/CN.9/434, par. 198 à 204 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 210 à 217 (vingt-cinquième session, 1996)

Remarques

1. Le projet d'article 21 a un double objectif : premièrement, protéger le débiteur en lui permettant d'effectuer le paiement en vertu du contrat modifié, et, secondement, protéger le cessionnaire contre les modifications et assurer qu'il acquiert des droits en vertu du contrat modifié.

2. Les paragraphes 1 à 3 s'appliquent aux modifications contractuelles relatives aux créances contractuelles ou extracontractuelles (par exemple, une modification du moment du paiement ou du montant dû, une modification d'une convention de non-recours aux exceptions, une modification d'un règlement contractuel pour les créances extracontractuelles ou fiscales).

3. Le paragraphe 2 oblige à faire un choix. La référence à la bonne foi peut être source d'incertitude, mais elle évite

d'imposer aux parties d'avoir à obtenir le consentement du cessionnaire pour la moindre modification d'un contrat non exécuté, ce qui pourrait être fastidieux aussi pour le cessionnaire. Le paragraphe 4 a été inséré de manière à traiter la question de la modification d'une créance extracontractuelle déterminée ou confirmée dans une décision judiciaire ou administrative (créance fiscale par exemple).

Article 22 [22]. *Recouvrement d'avances*

Sans préjudice *[de la loi régissant la protection des consommateurs] [des impératifs d'ordre public] dans le pays où est situé le débiteur et* des droits du débiteur en vertu de l'article 19, la non-exécution du contrat initial par le cédant *[ou de la décision d'une instance judiciaire ou non judiciaire donnant naissance à la créance cédée]* n'habilite pas le débiteur à recouvrer *auprès du cessionnaire* une somme payée par lui au cédant ou au cessionnaire.

Examen antérieur

A/CN.9/434, par. 213 à 215 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 239 à 244 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 145 à 148 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Conformément au principe selon lequel la cession ne doit pas aggraver la situation du débiteur, le projet d'article 22 dispose que la situation du débiteur ne doit pas se trouver améliorée par l'octroi à ce dernier du droit de recouvrer auprès du cessionnaire toute avance de paiement faite au cédant ou au cessionnaire. Un tel droit devient fondamental en cas d'insolvabilité du cédant, sinon le débiteur peut recouvrer la créance auprès du cédant sur la base de leur relation contractuelle. En même temps, le projet d'article 22 préserve expressément tout droit que peut avoir le débiteur, en vertu de la législation nationale sur la protection des consommateurs ou une autre législation analogue, d'obtenir recouvrement auprès du cessionnaire. Il protège en outre le droit du débiteur de refuser un paiement sur la base du projet d'article 19.

Section III. Tiers

Article 23 [23]. *Droits concurrents de plusieurs cessionnaires*

1. *La priorité entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances du même cédant est régie par la loi de l'État dans lequel est situé le cédant.*

2. Nonobstant le paragraphe 1, les conflits de priorité peuvent être réglés par convention entre les cessionnaires concurrents.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 18 à 29 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 238 à 254 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 247 à 252 (vingt-cinquième session, 1996)

Article 24 [24]. *Droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant*

1. *La priorité entre un cessionnaire et les créanciers du cédant est régie par la loi de l'État dans lequel est situé le cédant.*

2. *La priorité entre un cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité est régie par la loi de l'État dans lequel est situé le cédant.*

3. Aucune disposition du présent article n'exige qu'un tribunal prenne une mesure manifestement contraire à l'ordre public de l'État dans lequel est situé ledit tribunal.

4. En cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant,

Variante A

sauf disposition contraire du présent article, la présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits de l'administrateur de l'insolvabilité ni sur les droits des créanciers du cédant.

Variante B

la présente Convention n'a pas d'incidences :

a) sur le droit des créanciers du cédant de résoudre ou de faire invalider ou d'engager une action pour résoudre ou faire invalider une cession au motif qu'il s'agit d'un transfert frauduleux ou préférentiel;

b) sur le droit de l'administrateur de l'insolvabilité,

i) de résoudre ou de faire invalider ou d'engager une action pour résoudre ou faire invalider une cession au motif qu'il s'agit d'un transfert frauduleux ou préférentiel;

ii) de résoudre ou de faire invalider ou d'engager une action pour résoudre ou faire invalider une cession de créances qui n'étaient pas nées au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

iii) de déduire des créances cédées les dépenses encourues par l'administrateur de l'insolvabilité pour exécuter le contrat initial; ou

iv) de déduire des créances cédées les dépenses encourues par l'administrateur de l'insolvabilité pour maintenir, préserver ou obtenir

les créances à la demande et au profit du cessionnaire;

c) [au cas où les créances cédées constituent une garantie de dette ou d'autres obligations,] sur les règles ou procédures d'insolvabilité régissant généralement l'insolvabilité du cédant :

i) qui permettent à l'administrateur de l'insolvabilité de grever les créances cédées;

ii) qui prévoient la suspension du droit des cessionnaires ou créanciers individuels du cédant de recouvrer les créances pendant la procédure d'insolvabilité;

iii) qui permettent le remplacement des créances cédées par de nouvelles créances au moins de même valeur;

iv) qui prévoient le droit de l'administrateur de l'insolvabilité d'emprunter en utilisant les créances cédées à titre de garantie dans la mesure où leur valeur excède les obligations garanties; ou

v) sur d'autres règles et procédures ayant un effet similaire et d'application générale dans l'insolvabilité du cédant [expressément décrites par l'État contractant dans une déclaration faite au titre de l'article 43].

5. Un cessionnaire qui fait valoir des droits en vertu du présent article n'a pas moins de droits que le cessionnaire qui fait valoir des droits en vertu d'une autre loi.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 30 à 44 et 57 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 255 à 258 et 216 à 237 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 253 à 258 et 260 (vingt-cinquième session, 1996)

Remarques

1. Les paragraphes 1 et 2 tiennent compte d'une décision adoptée à titre provisoire par le Groupe de travail à sa précédente session (A/CN.9/445, par. 39 et 40). Les paragraphes 3 et 4 visent à prendre en considération le conflit potentiel entre le projet de Convention et la loi applicable en matière d'insolvabilité. La possibilité d'un tel conflit a été considérablement réduite du fait que l'on s'est fondé, pour élaborer les dispositions relatives au champ d'application et à la priorité, sur le siège statutaire du cédant. Si la procédure d'insolvabilité est ouverte dans l'État où le cédant a son siège statutaire ou sa résidence habituelle, dans le cas d'un particulier ou d'une personne n'ayant pas de siège statutaire (à savoir, une procédure d'insolvabilité principale au titre de l'alinéa *b* de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité), aucun conflit ne naîtra du fait que la loi applicable à la priorité sera de la même juridiction que la loi régissant l'insolvabilité.

2. Un conflit ne peut surgir que si une procédure d'insolvabilité est ouverte dans un autre État (c'est-à-dire une procédure d'insolvabilité non principale au titre de l'alinéa *c* de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité), qui est un État contractant. Si cet autre État n'est pas un État contractant, le projet de Convention ne s'appliquera pas. Ce cas de figure ne devrait créer aucun problème, puisque la procédure d'insolvabilité secondaire ouverte dans cet État n'aura en général pas d'effets extraterritoriaux automatiques, et le cédant sera solvable dans l'État dans lequel il a son siège statutaire ou sa résidence habituelle dans le cas d'un particulier ou d'une personne n'ayant pas de siège statutaire.

3. Le paragraphe 3 a un double objectif : d'une part, veiller à préserver l'ordre public de l'État dans lequel une procédure d'insolvabilité non principale a été ouverte et, d'autre part, éviter une exclusion générale de l'application de la loi applicable en vertu du projet d'article 24 au moindre écart présumé par rapport à des considérations d'ordre public. Le paragraphe 4 vise, en allant un peu plus loin, à faire en sorte que le projet de Convention ne prime pas sur certains droits de l'administrateur de l'insolvabilité fondés sur des dispositions impératives de l'État dans lequel a été ouverte une procédure d'insolvabilité non principale (qui peuvent ne pas traduire des considérations d'ordre public).

4. Au paragraphe 4, il faut faire un choix entre une formulation générale et une formulation plus détaillée du principe. La variante A repose sur l'hypothèse qu'une fois la validité d'une cession établie par le projet de Convention rien n'empêche l'administrateur de l'insolvabilité de contester la cession en invoquant des motifs autres que sa validité de base. La variante B énonce expressément les questions qui sont régies soit de manière générale par la loi de l'État dans lequel a été ouverte une procédure d'insolvabilité non principale (par exemple, les droits de l'administrateur de l'insolvabilité sur les créances futures et non obtenues postérieures à l'insolvabilité, et ses droits de céder les créances ou de grever les créances cédées dans certaines circonstances), soit par cette loi uniquement dans certaines conditions (par exemple, si une contrepartie de "même valeur" est donnée au cessionnaire, ou s'il y a une cession à titre de garantie). En énumérant les droits de l'administrateur d'une insolvabilité sur lesquels le projet de Convention n'a pas d'incidences, la variante B peut renforcer la certitude et la prévisibilité dans la mesure où une cession ne peut être contestée pour des motifs autres que ceux qui sont énumérés. En revanche, la liste pouvant ne pas être exhaustive, la formule peut conduire à exclure des droits actuellement accordés aux administrateurs d'insolvabilités dans les lois nationales relatives à l'insolvabilité.

Chapitre V. Cessions subséquentes

Article 25 [25-1 et 2]. *Champ d'application*

La présente Convention s'applique :

a) aux cessions de créances effectuées par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire à des

cessionnaires subséquents *("cessions subséquentes") qui sont régies par la présente Convention en vertu de l'article premier,* même si la cession initiale ou toute autre cession antérieure n'est pas régie par la présente Convention; *et*

b) à toute cession subséquente, à condition que la cession initiale soit régie par la présente Convention de la même manière que si le cessionnaire subséquent était le cessionnaire initial.

Examen antérieur

A/CN.9/445 par. 47 et 48 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/432, par. 265 et 266 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 166 à 173 (vingt-quatrième session, 1996)

Remarques

L'alinéa *a* vise à préciser que les cessions subséquentes qui satisfont aux critères énoncés dans le projet d'article premier sont régies par le projet de Convention, même si la cession initiale n'entre pas dans le champ d'application de ladite Convention (par exemple, une cession subséquente dans une opération de titrisation peut être incluse, même si la cession initiale est une cession nationale de créances nationales). L'alinéa *b*, qui a été mis entre crochets, a été inséré à la suite d'une suggestion formulée à la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/445, par. 161 à 163). Il vise à assurer que la loi régissant la cession initiale régit aussi toute cession subséquente *(continuatio juris).* Une créance nationale peut donc entrer dans le champ d'application du projet de Convention si elle est cédée internationalement. Les derniers mots de l'alinéa *b* visent à garantir que le cessionnaire subséquent se trouve dans la même situation juridique qu'un cessionnaire au titre du projet de Convention (voir art. 11-1 *a* de la Convention d'Ottawa).

Article 26 [25-3]. *Conventions limitant les cessions subséquentes*

1. Une créance cédée par le *cessionnaire initial ou tout cessionnaire subséquent* à un cessionnaire subséquent est transférée nonobstant toute convention *entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur, ou tout cessionnaire subséquent* limitant d'une manière ou d'une autre le *droit du cédant initial ou de tout cédant subséquent* de céder ses créances.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou responsabilités découlant de la violation d'une telle convention, mais une personne qui n'était pas partie à une telle convention n'est pas responsable du chef de sa violation.

Examen antérieur

A/CN.9/445 par. 49 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/432, par. 267 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 174 à 178 (vingt-quatrième session, 1996)

Remarques

Au paragraphe 1, une référence a été ajoutée à une convention de non-cession entre le "cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur ou tout cessionnaire subséquent" afin de garantir qu'une clause de non-cession dans le contrat initial ou dans la cession, ou encore dans une cession subséquente n'invalide aucune cession subséquente. En vertu du paragraphe 2, si un cessionnaire est responsable à l'égard du débiteur ou de tout cédant au titre d'une loi applicable autre que le projet de Convention du fait de la cession subséquente de la créance, malgré l'existence d'une clause de non-cession dans le contrat initial, dans la cession ou dans toute cession subséquente, cette responsabilité ne s'étend à aucun cessionnaire subséquent.

Article 27 [25-4]. *Paiement libératoire du débiteur*

Nonobstant le fait que l'invalidité d'une cession invalide toutes les cessions subséquentes, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire conformément aux instructions de paiement données dans la première notification qu'il a reçue.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 51 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/432, par. 268 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 179 (vingt-quatrième session, 1996)

Remarques

Le projet d'article 27 vise à faire en sorte que le débiteur n'ait pas à déterminer la validité de toutes les cessions de créances dans une chaîne de cessions, afin de se libérer valablement de son obligation. En vertu du projet d'article 18-2, le débiteur peut se libérer de son obligation de cette façon même si la cession initiale n'est pas valide. En cas de doute quant à la validité d'une cession, le débiteur peut, en vertu du paragraphe 4 du projet d'article 18, effectuer un paiement libératoire au cédant.

Article 28. *Notification au débiteur*

La notification d'une cession subséquente vaut notification de [toute cession antérieure] [la cession immédiatement antérieure].

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 46 (vingt-septième session, 1997)

Chapitre VI. Conflit de lois

Article 29 [26]. *Loi applicable au contrat de cession*

1. [À l'exception des questions qui sont régies dans la présente Convention,] *le contrat de cession est* régi par la loi choisie par le cédant et le cessionnaire. *[Le choix*

de la loi par les parties doit être exprès ou [ressortir de manière évidente de la conduite des parties et des dispositions du contrat de cession, considéré dans son ensemble] [ressortir de façon raisonnablement certaine des dispositions du contrat et des circonstances de la cause].]

[2. Sans préjuger de la validité du contrat de cession ou des droits des tiers, le cédant et le cessionnaire peuvent convenir de faire régir le contrat de cession par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions de la présente Convention.]

3. Si le cédant et le signataire ne choisissent pas de loi, le contrat de cession est régi par la loi de l'État avec lequel le contrat de cession a les liens les plus étroits. *En l'absence de preuve du contraire, il est présumé que le contrat de cession a les liens les plus étroits avec l'État dans lequel est situé le cédant.*

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 56 à 64 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/420, par. 185 à 195 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Le texte inséré dans la première phrase du paragraphe 1 et au paragraphe 3 reflète les décisions prises par le Groupe de travail à sa précédente session (A/CN.9/445, par. 57 à 64). Selon l'interprétation du Groupe de travail à ce jour, en vertu du projet d'article 29, les droits et obligations contractuels du cédant et du cessionnaire et le transfert des créances entre le cédant et le cessionnaire sont régis par la même loi. Le texte figurant entre crochets au paragraphe 1 est fondé sur l'article 7 de la Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux (Mexico, 1994)[e], dénommée ci-après "Convention interaméricaine", et sur l'article 3-1 de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980)[f], dénommée ci-après la "Convention de Rome". Le paragraphe 2 s'inspire de l'article 3-2 de la Convention de Rome.

Article 30 [27]. *Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur*

1. [À l'exception des questions qui sont régies par la présente Convention,] la cessibilité d'une créance, le droit du cessionnaire de demander paiement, l'obligation du débiteur d'effectuer le paiement suivant les instructions données dans la notification de la cession, la libération du débiteur et les exceptions du débiteur sont régis par la loi régissant la créance sur laquelle porte la cession.

[2. La loi régissant la créance est la loi qui régit le contrat [ou la décision ou un autre acte] ayant donné naissance à la créance.

3. La loi régissant le contrat ayant donné naissance à la créance est la loi de l'État avec lequel le contrat a les liens les plus étroits. Une partie séparable du contrat qui a un lien plus étroit avec un autre État peut être régie par la loi de cet autre État.

4. Sauf preuve contraire, il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec l'État dans lequel est situé le cédant.]

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 65 à 69 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/420, par. 197 à 201 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Les paragraphes 2 à 4, placés entre crochets aux fins d'examen par le Groupe de travail, visent à préciser la loi qui régit la créance. Ils sont inspirés de l'article 4 de la Convention de Rome et de l'article 9 de la Convention interaméricaine.

[Article 31 [28]. *Loi applicable aux conflits de priorité*

1. La priorité entre plusieurs cessionnaires ayant obtenu les mêmes créances du même cédant est régie par la loi de l'État dans lequel le cédant *est situé au moment de la cession.*

2. La priorité entre un cessionnaire et l'administrateur d'insolvabilité est régie par la loi de l'État dans lequel le cédant *est situé au moment de la cession.*

3. La priorité entre un cessionnaire et les créanciers du cédant est régie par la loi de l'État dans lequel le cédant *est situé au moment de la cession.*]

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 70 à 74 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/420, par. 154 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

En attendant que le Groupe de travail se prononce sur l'objectif des dispositions de conflit de lois, le projet d'article 31 a été placé entre crochets. Si le Groupe de travail décide que les dispositions de conflit de lois ont pour objet de combler les lacunes de droit matériel existant dans le projet de Convention (projet d'article 8-2), le projet d'article 31 pourrait être supprimé, puisque les règles du projet de Convention portant sur la priorité sont des dispositions de conflit de lois, et ce serait alors la loi applicable qui comblerait les lacunes de droit matériel. Si, par contre, le Groupe de travail décide d'harmoniser davantage encore le droit dans le domaine de la cession en élaborant une "mini-convention" sur les questions de conflit de lois en matière de cessions, le projet d'article 31

[e] *International Legal Materials*, vol. XXXIII, n° 3 (Washington, D.C., 1994).

[f] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1605, n° 28023.

devrait être conservé. Un objectif connexe des règles de conflit, à savoir faciliter l'application du projet de Convention, est mentionné dans les remarques afférentes à l'article premier. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il est nécessaire de mentionner le moment auquel le lieu où se trouve le cédant détermine la loi applicable.

Article 32. *Règles impératives*

1. Aucune disposition du présent chapitre ne limite l'application des dispositions de la loi du for lorsqu'il est impossible de déroger à ces dernières par contrat ("règles impératives"), quelle que soit la loi applicable par ailleurs.

2. En ce qui concerne les questions traitées dans le présent chapitre, le for peut décider d'appliquer les règles impératives de la loi d'un autre État avec lequel le contrat de cession a des liens étroits, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier État, ces règles doivent être appliquées quelle que soit la loi applicable.

Article 33. *Ordre public*

En ce qui concerne les questions traitées dans le présent chapitre, l'application de la loi désignée par la présente Convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 57 (vingt-septième session, 1997)

Remarques

Les projets d'articles 32 et 33 tiennent compte d'une suggestion formulée à la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/445, par. 57). Ils s'inspirent respectivement des articles 7 et 16 de la Convention de Rome et des articles 11 et 18 de la Convention interaméricaine. Le projet d'article 32 a pour objet de faire en sorte que le for puisse appliquer ses règles impératives, même si sa loi n'est pas la loi applicable; et que le for puisse appliquer les règles impératives de la loi d'un autre État si ce dernier a un lien étroit avec le contrat de cession, que la loi de cet État soit ou non applicable. Le projet d'article 33 vise à préserver l'ordre public du for.

Chapitre VII. Autres règles de priorité possibles

Section I. Règles de priorité fondées sur l'enregistrement

Article 34 [23-3]. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

Entre des cessionnaires des mêmes créances du même cédant, la priorité est déterminée par l'ordre dans lequel certaines informations concernant la cession sont enregistrées en vertu de la présente Convention, quel que soit le moment du transfert des créances. Si aucune cession n'est enregistrée, la priorité est déterminée en fonction du moment de la cession.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 28 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 238 à 254 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 247 à 252 (vingt-cinquième session, 1996)

Article 35 [24-4]. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant*

[*Sous réserve des articles 23-3, et 23-4 et 44,*] un cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si :

a) les créances [ont été cédées] [sont nées] [ont été obtenues du fait de l'exécution d'une obligation] et des informations sur la cession ont été enregistrées conformément à la présente Convention, avant l'*ouverture* de la procédure d'insolvabilité ou la saisie; ou

b) la priorité tient à des motifs autres que les dispositions de la présente Convention.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 31 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 255 à 258 et 216 à 237 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 253 à 258 et 260 (vingt-cinquième session, 1996)

Remarques

Le premier membre de phrase du projet d'article 35 et du projet d'article 40 vise à faire en sorte que les droits de l'administrateur de l'insolvabilité mentionnés aux projets d'articles 24-3, 24-4 et 44 soient protégés.

Section II. Enregistrement

Article 36 [1 et 2, annexe]. *Création d'un système d'enregistrement*

Un système d'enregistrement est créé pour l'enregistrement des données concernant les cessions au titre de la présente Convention et les règles devant être promulguées par le conservateur du registre et l'autorité de supervision. Les règles prescrivent la manière exacte dont le système d'enregistrement fonctionne, ainsi que la procédure de règlement des litiges relatifs à l'enregistrement.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 94 à 103 (vingt-septième session, 1997)

Remarques

Le chapitre VII étant optionnel, il prévoit de manière générale la création d'un système d'enregistrement. En ce qui concerne les modalités d'établissement de ce système, les États contractants peuvent choisir entre plusieurs options, à savoir : créer leur propre système national d'enregistrement ou coopérer pour la création d'un système d'enregistrement international. Dans un cas comme dans l'autre, ils peuvent souhaiter mettre en place une autorité de supervision qui, dans le premier cas, aidera les États à relier leurs propres registres à d'autres registres nationaux et, dans le second cas, se chargera du fonctionnement et de la maintenance du système d'enregistrement. Les caractéristiques détaillées de ce système devront être décrites dans les règles (qui préciseront, par exemple, si l'enregistrement et la recherche devront se faire au niveau national ou si l'enregistrement pourra se faire à la fois aux niveaux national et international, toutes les données étant cependant accessibles dans le registre international, et qui indiqueront les devoirs du conservateur du registre et les procédures de règlement des litiges). La promulgation des règles est laissée aux soins de l'autorité de supervision qui devra probablement être une entité gouvernementale ou intergouvernementale et à l'exploitant du système (conservateur du registre), qui pourra être un entrepreneur privé.

Article 37 [3, 4 et 5, annexe]. *Enregistrement*

1. Toute personne peut enregistrer dans le registre des données se rapportant à une cession conformément à la Convention et au règlement d'enregistrement. Les données enregistrées sont le nom et l'adresse du cédant et du cessionnaire et une description succincte des créances cédées.

2. Le même enregistrement peut porter sur :

a) la cession par le cédant au cessionnaire de plus d'une créance;

b) une cession non encore effectuée;

c) la cession de créances n'existant pas au moment de l'enregistrement.

3. L'enregistrement, *ou sa modification*, produit ses effets à compter du moment où les données visées au paragraphe 1 sont accessibles aux utilisateurs. L'enregistrement, ou sa modification, produit ses effets pendant le délai spécifié par la partie qui enregistre. *En l'absence d'une telle spécification, l'enregistrement produit ses effets pour une période de [cinq] ans. Un règlement précisera de quelle manière l'enregistrement peut être reconduit, modifié ou supprimé.*

4. Toute anomalie, irrégularité, omission ou erreur dans le nom du cédant qui empêche une recherche faite à partir du nom du cédant d'aboutir aux données enregistrées invalide l'enregistrement.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 104 à 111 et 115 à 117 (vingt-septième session, 1997)

Article 38 [6, annexe]. *Recherches dans le registre*

1. Toute personne peut faire des recherches dans les fichiers du registre à partir du nom du cédant et obtenir le résultat de ces recherches par écrit.

2. Le résultat d'une recherche par écrit qui est censé émaner du registre est recevable à titre de preuve et, en l'absence de preuve contraire, atteste les données sur lesquelles porte la recherche, notamment :

a) la date et l'heure de l'enregistrement; et

b) le rang de l'enregistrement.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 118 et 119 (vingt-septième session, 1997)

Section III. Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession

Article 39 [23-1]. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

1. Si une créance est cédée plusieurs fois, le droit sur cette créance est acquis par le cessionnaire qui bénéficie du contrat de cession le plus ancien.

2. Le cessionnaire le plus ancien ne peut faire valoir sa priorité s'il était de mauvaise foi au moment de la conclusion du contrat de cession.

3. Si une créance est transférée de plein droit, le bénéficiaire de ce transfert l'emporte sur un cessionnaire se prévalant d'un contrat de cession antérieur.

4. En cas de litige, il incombe au cessionnaire se prévalant d'une antériorité de date de prouver cette antériorité.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 28 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 238 à 254 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 247 à 252 (vingt-cinquième session, 1996)

Remarques

1. À la suite d'une proposition faite à la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/445, par. 84), le chapitre VII fournit une autre méthode pour déterminer la priorité, fondée sur la date du contrat de cession.

2. Si le Groupe décide de mentionner d'autres méthodes, il souhaitera peut-être examiner s'il y a lieu d'inclure une troisième méthode, fondée sur le moment de la notification, afin de ne pas donner l'impression qu'une règle fondée sur le moment de la notification n'est qu'un pis-aller par rapport à une règle fondée sur l'enregistrement (A/CN.9/445, par. 86). D'un autre côté, le Groupe de travail souhaitera peut-être n'offrir qu'une variante dans la partie optionnelle du projet de Convention ou bien décider de supprimer complètement cette partie, des variantes trop nombreuses risquant de susciter la confusion. En cherchant à parvenir à un accord, le Groupe de travail souhaitera peut-être tenir compte du fait que les trois règles proposées comme variantes sont appliquées de façon interchangeable dans les juridictions de droit romain et dans les juridictions de la *common law* (par exemple, bien qu'une règle fondée sur le moment de la cession soit considérée comme une règle de droit romain, elle existe dans des juridictions de la *common law* et elle est connue sous le nom de "Règle américaine"; et bien qu'une règle fondée sur l'enregistrement ou sur la notification soit considérée comme une règle de la *common law*, elle existe dans des juridictions de droit romain).

Article 40 [24-3]. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant*

[Sous réserve des articles 23-3, 23-4 et 44,] le cessionnaire a priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si :

a) les créances ont été cédées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la saisie; ou

b) la priorité tient à des motifs autres que les dispositions de la présente Convention.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 31 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 255 à 258 et 216 à 237 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 253 à 258 et 260 (vingt-cinquième session, 1996)

Chapitre VIII. Clauses finales

Remarques

À l'exception des projets d'articles 42 à 44, les clauses finales sont empruntées à la Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by.

Article 41. *Dépositaire*

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

Article 42 [9 et 29]. *Conflits avec des accords internationaux*

1. *Sous réserve du paragraphe 2 du présent article,* la présente Convention prévaut sur toute convention internationale [ou tout autre accord multilatéral ou bilatéral] qui a déjà été ou peut être conclu par un État contractant et qui contient des dispositions concernant les questions régies par la présente Convention.

2. Si un État déclare, [au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion] [à tout moment], que la Convention ne prévaudra pas sur les conventions internationales [ou autres accords multilatéraux ou bilatéraux] énumérés dans la déclaration, auxquels il est ou sera partie et qui contiennent des dispositions concernant les questions régies par la présente Convention, la présente Convention ne prévaut pas.

Examen antérieur

A/CN.9/445, par. 201 à 203 (vingt-septième session, 1997)
A/CN.9/434, par. 96 à 99 (vingt-sixième session, 1996)
A/CN.9/432, par. 73 à 75 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 23 (vingt-quatrième session, 1995)

Article 43. *Application du chapitre VII*

Un État contractant peut déclarer [au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion] [à tout moment] qu'il sera lié, soit par les sections I et II, soit par la section III du chapitre VII.

Article 44. *Règles ou procédures d'insolvabilité sur lesquelles la présente Convention n'a pas d'incidences*

Un État contractant peut indiquer [au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion] [à tout moment] d'autres règles ou procédures régissant l'insolvabilité du cédant sur lesquelles la présente Convention n'a pas d'incidences.

Article 45. *Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion*

1. La présente Convention sera ouverte à la signature de tous les États au Siège de l'Organisation des Nations Unies, à New York, jusqu'au ...

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

3. La présente Convention sera ouverte à l'adhésion de tous les États non signataires à partir de la date à laquelle elle sera ouverte à la signature.

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

Article 46. *Application aux unités territoriales*

1. Tout État qui comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment remplacer cette déclaration par une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations désigneront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention ne s'applique pas à toutes les unités territoriales d'un État et si le cédant ou le débiteur est situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, ce lieu ne sera pas considéré comme étant situé dans un État contractant.

4. Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet État.

Article 47 [31]. *Effet des déclarations*

1. Les déclarations faites en vertu des articles *42* à *44* et *46* lors de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les déclarations et la confirmation des déclarations seront faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.

3. Les déclarations prendront effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État déclarant. Cependant, les déclarations dont le dépositaire aura reçu notification formelle après cette date prendront effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de leur réception par le dépositaire.

4. Tout État qui fait une déclaration en vertu des articles *42* à *44* et *46* peut à tout moment la retirer par une notification formelle adressée par écrit au dépositaire. Ce retrait prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

Article 48 [32]. *Réserves*

Aucune réserve à la présente Convention n'est autorisée.

Article 49. *Entrée en vigueur*

1. La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date du dépôt du [cinquième] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

2. Pour tout État qui deviendra État contractant à la présente Convention après la date du dépôt du [cinquième] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date du dépôt de l'instrument approprié au nom dudit État.

3. La présente Convention s'appliquera uniquement aux cessions effectuées à la date de son entrée en vigueur ou après cette date à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 1 de l'article premier.

Article 50. *Dénonciation*

1. Tout État contractant peut dénoncer à tout moment la présente Convention par notification écrite adressée au dépositaire.

2. La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question à compter de la date de réception de la notification.

II. COMMERCE ÉLECTRONIQUE

A. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-deuxième session (Vienne, 19-30 janvier 1998) (A/CN.9/446) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

INTRODUCTION 1-11

I. DÉBATS ET DÉCISIONS 12-13

II. INCORPORATION PAR RÉFÉRENCE 14-24

III. EXAMEN DU PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES 25-207

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES 25-26

CHAPITRE II. SIGNATURES ÉLECTRONIQUES 27-106

Section I. Signatures électroniques sécurisées 27-61

Article premier. Définitions 27-46

Article 2. Présomptions 47-48

Article 3. Attribution 49-61

Section II. Signatures numériques 62-86

Article 4. Définition 62-70

Article 5. Effets 71-84

Article 6. Signature par des personnes morales 85-86

Section III. Autres signatures électroniques 87-106

CHAPITRE III. AUTORITÉS DE CERTIFICATION ET QUESTIONS CONNEXES 107-174

Article 7. Autorité de certification 107-112

Article 8. Certificat 113-131

Article 9. Déclaration relative aux pratiques d'authentification 132-133

Article 10. Garanties données au moment de l'émission d'un certificat 134-145

Article 11. Responsabilité contractuelle 146-154

Article 12. Responsabilité de l'autorité de certification envers les parties se fiant aux certificats 155-173

Articles 13 à 16 174

CHAPITRE IV. RECONNAISSANCE DES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ÉTRANGÈRES 175-207

Article 17. Autorités de certification étrangères offrant des services en vertu des présentes Règles 175-188

Article 18. Approbation des certificats étrangers par les autorités de certification nationales 189-195

Article 19. Reconnaissance de certificats étrangers 196-207

IV. COORDINATION DES TRAVAUX 208-211

V. TRAVAUX FUTURS 212-213

INTRODUCTION

1. À sa vingt-neuvième session (1996), la Commission a décidé d'inscrire à son ordre du jour les questions relatives aux signatures numériques et aux autorités de certification. Le Groupe de travail sur le commerce électronique a été prié de réfléchir à l'opportunité de définir des règles uniformes concernant ces questions. Il a été 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 à 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. 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[1].

2. À sa trentième session (1997), la Commission a été saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente et unième session (A/CN.9/437). S'agissant de l'opportunité et de la faisabilité de l'élaboration de règles uniformes sur les questions des signatures numériques et des autorités de certification, le Groupe de travail a indiqué à la Commission qu'il était parvenu à un consensus quant à l'importance et à la nécessité de travailler à l'harmonisation du droit dans ce domaine. Bien que n'ayant pas pris de décision ferme sur la forme et la teneur de ces travaux, il était arrivé à la conclusion préliminaire qu'il était possible d'entreprendre l'élaboration d'un projet de règles uniformes, du moins sur les questions concernant les signatures numériques et les autorités de certification et peut-être sur des questions connexes. Le Groupe de travail a rappelé que dans le cadre des travaux futurs dans le domaine du commerce électronique il pourrait être nécessaire de traiter, outre les questions relatives aux signatures numériques et aux autorités de certification, les sujets suivants : techniques autres que la cryptographie à clef publique; questions générales concernant les fonctions exercées par les tiers fournisseurs de services et contrats électroniques (A/CN.9/437, par. 156 et 157). En ce qui concerne la question de l'incorporation par référence, le Groupe de travail a conclu que le Secrétariat n'avait pas besoin d'entreprendre de nouvelle étude car les problèmes fondamentaux étaient bien connus et il était clair que nombre d'aspects du conflit de formulaires et des contrats d'adhésion devraient être traités dans les dispositions législatives nationales applicables en raison, par exemple, de la protection du consommateur et d'autres considérations d'intérêt général. De l'avis du Groupe de travail, cette question devrait être la première des questions de fond qu'il examinerait à sa prochaine session (A/CN.9/437, par. 155).

3. La Commission a pris note avec satisfaction des travaux déjà effectués par le Groupe de travail à sa trente et unième session, a approuvé ses conclusions et lui a confié l'élaboration de règles uniformes sur les questions juridiques relatives aux signatures numériques et aux autorités de certification (dénommées ci-après "les Règles uniformes").

4. S'agissant du champ d'application et de la forme exacts de ces Règles uniformes, la Commission est généralement convenue qu'aucune décision ne pouvait être prise à ce stade précoce. On a estimé qu'il était justifié que le Groupe de travail axe son attention sur les questions relatives aux signatures numériques étant donné le rôle apparemment prédominant joué par la cryptographie à clef publique dans la nouvelle pratique du commerce électronique, mais les Règles uniformes devraient être compatibles avec l'approche techniquement neutre adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)[a], dénommée ci-après "la Loi type". Ainsi, les Règles uniformes ne devraient pas décourager l'utilisation d'autres techniques d'authentification. En outre, s'agissant de la cryptographie à clef publique, il pourrait être nécessaire que les Règles uniformes prennent en considération divers niveaux de sécurité et reconnaissent les divers effets juridiques et niveaux de responsabilité correspondant aux différents types de services fournis dans le contexte des signatures numériques. S'agissant des autorités de certification, la Commission a certes reconnu la valeur des normes issues du marché, mais il a été largement considéré que le Groupe de travail pourrait utilement envisager l'établissement d'un ensemble minimal de normes que les autorités de certification devraient strictement respecter, en particulier dans les cas de certification transnationale.

5. On a en outre émis l'avis que, dans le cadre des travaux futurs relatifs au commerce électronique, le Groupe de travail pourrait être amené, à un stade ultérieur, à examiner les questions de la compétence, des lois applicables et du règlement des litiges sur Internet[2].

6. Le Groupe de travail sur le commerce électronique, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-deuxième session à Vienne du 19 au 30 janvier 1998. Ont assisté à cette session les représentants des États membres du Groupe de travail ci-après : Algérie, Allemagne, Australie, Autriche, Brésil, Bulgarie, Chine, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Mexique, Nigéria, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Slovaquie, Soudan et Thaïlande.

7. Y ont également assisté les observateurs des États ci-après : Angola, Bélarus, Bosnie-Herzégovine, Canada,

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

[a] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I; voir également l'annexe de la résolution 51/162 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 1996.

[2] Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 249 à 251.

Colombie, Costa Rica, Danemark, Grèce, Guatemala, Indonésie, Iraq, Irlande, Koweït, Liban, Malaisie, Maroc, Pays-Bas, Pakistan, Paraguay, République de Corée, République tchèque, Suède, Suisse, Turquie et Ukraine.

8. Y ont en outre assisté les organisations internationales ci-après : Centre du commerce international CNUCED/OMC, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI), Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), Commission européenne, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation mondiale du commerce (OMC), Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Comité maritime international (CMI), Association internationale des ports (AIP), Association internationale du barreau, Chambre de commerce internationale (CCI), Internet Law and Policy Forum (ILPF) et Association européenne des étudiants en droit.

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

Président : M. Mads Bryde ANDERSEN (Danemark);

Vice-Président : M. PANG Khang Chau (Singapour);

Rapporteur : M. Gritsana CHANGGOM (Thaïlande).

10. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.72); une note établie par le Secrétariat pour la trente et unième session du Groupe de travail intitulée "Planification des travaux à venir en matière de commerce électronique : signatures numériques, tiers authentificateurs et questions juridiques connexes" (A/CN.9/WG.IV/WP.71), résumant les débats antérieurs du Groupe de travail sur la question de l'incorporation par référence; une note reproduisant le texte d'un projet de disposition sur l'incorporation par référence et des notes explicatives présentées par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/CN.9/WG.IV/WP.74); et une note du Secrétariat renfermant un projet de règles uniformes sur les signatures numériques, les autres signatures électroniques, les tiers authentificateurs et les questions juridiques connexes (A/CN.9/WG.IV/WP.73).

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

1. Élection du bureau.

2. Adoption de l'ordre du jour.

3. Aspects juridiques du commerce électronique : incorporation par référence.

4. Aspects juridiques du commerce électronique : projet de règles uniformes sur les signatures numériques, les autres signatures électroniques, les autorités de certification et les questions juridiques connexes.

5. Questions diverses.

6. Adoption du rapport.

I. DÉBATS ET DÉCISIONS

12. Le Groupe de travail a examiné la question de l'incorporation par référence en se fondant sur la note établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.71) et la proposition présentée par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/CN.9/WG.IV/WP.74). Il est rendu compte des débats et des conclusions du Groupe de travail à ce sujet au chapitre III ci-dessous. Après examen, le Groupe de travail a adopté le texte d'un projet d'article sur l'incorporation par référence. Le Secrétariat a été prié d'élaborer, à partir des délibérations et décisions du Groupe de travail, un bref guide pour aider les États à incorporer et à appliquer le projet d'article. Il a été noté que le projet d'article ainsi que le guide pour son incorporation seraient soumis à la Commission à sa trente et unième session, prévue à New York du 1er au 12 juin 1998, pour faire l'objet d'un examen final et éventuellement être insérés dans la Loi type et le Guide pour son incorporation.

13. Le Groupe de travail a également examiné, en se fondant sur la note établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.73), les questions suivantes : signatures numériques, autres signatures électroniques, autorités de certification et questions juridiques connexes. Il est rendu compte des délibérations et des conclusions du Groupe de travail à ce sujet au chapitre IV ci-dessous. Le Secrétariat a été prié d'établir, à partir de ces délibérations et conclusions, un ensemble de dispositions révisées, avec d'éventuelles variantes, pour examen par le Groupe de travail lors d'une future session.

II. INCORPORATION PAR RÉFÉRENCE

14. Après un rappel des débats consacrés à la question de l'incorporation par référence et aux projets de textes proposés à ses précédentes sessions (A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 77 à 93), le Groupe de travail a été invité à examiner cette question en milieu électronique, à partir d'un projet de disposition proposé (A/CN.9/WG.IV/WP.74, annexe), libellé comme suit :

"1. Le présent article s'applique lorsqu'un message de données comporte une référence à des informations figurant ailleurs, ou lorsque son sens ne peut être pleinement déterminé que par référence à de telles informations (les "informations complémentaires").

2. Sous réserve des dispositions du paragraphe 5, le message de données a les mêmes effets que si les informations complémentaires étaient pleinement formulées dans ledit message. Toute référence au message de données constitue une référence audit message incluant toutes les informations complémentaires, si les conditions énoncées au paragraphe 3 sont remplies.

3. Les conditions visées au paragraphe 2 sont les suivantes. Le message de données :

a) identifie les informations complémentaires

i) par un nom collectif, une description ou un code; et

ii) en spécifiant comme il convient le document et les parties du document contenant les informations complémentaires et, lorsque ce document n'est pas disponible au public, le lieu où il peut être trouvé et, lorsque le moyen d'accès n'est pas évident ou est limité de quelque manière que ce soit, la manière dont il peut être trouvé; et

b) indique expressément ou permet de déduire claire-ment qu'il doit avoir les mêmes effets que si les informations complémentaires y étaient intégralement formulées.

4. L'identification mentionnée à l'alinéa *a* du paragraphe 3 peut être effectuée indirectement, par référence à des informations figurant dans un autre document comportant l'identification requise, étant entendu que les conditions énoncées au paragraphe 3 doivent être remplies pour ce qui est de ladite référence.

5. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur :

a) toute règle de droit exigeant qu'une notification appropriée soit donnée concernant la teneur des informations complémentaires, le document ou le lieu où se trouvent ces informations, ou le moyen d'accéder à ces informations, ou exigeant que ce lieu ou ce document soit accessible à une autre personne; ou

b) toute règle de droit relative à la validité des conditions aux fins de la formation des contrats, y compris l'acceptation d'une offre;

c) toute règle de droit relative aux effets des informations complémentaires incorporées ou à la validité du processus d'incorporation."

15. On a fait observer que : le projet de disposition devrait s'appliquer lorsqu'un message de données utiliserait l'incorporation par référence (par. 1); le principe général en était que l'information incorporée (non désignée par le mot "conditions", dans la mesure où toutes les informations ne créaient pas une obligation) devrait avoir le même effet que si elle était pleinement exprimée dans un message de données (par. 2); les conditions générales régissant l'incorporation par référence devraient être les suivantes : une identification claire et précise de l'information incorporée (ce qui était particulièrement important pour la protection des consommateurs et d'autres tiers), l'identification de l'endroit où ces informations pouvaient être consultées et de la manière dont elles pouvaient être consultées et l'indication de l'intention d'incorporer (par. 3); l'identification indirecte de la source d'information par référence à une autre source devrait être acceptable dans les mêmes conditions (par. 4); et toute règle de droit existante, applicable à l'incorporation par référence dans les communications sur papier devrait également être applicable aux communications électroniques (par. 5).

16. Il a été généralement convenu que cette question devait être traitée, dans la mesure où l'incorporation par référence était inhérente à l'utilisation des communications électroniques. Il a été indiqué que, dans les communications électroniques, de grandes quantités de données étaient nécessairement incorporées par référence (par exemple, dossiers de communication, déclarations de principe, signatures numériques dans les certificats). En outre, on a fait observer que l'incorporation par référence dans un contexte électronique pouvait être assurée par diverses méthodes, notamment, mais non exclusivement, localisateurs de ressources uniformes (URL), identificateurs d'objets (OID) ou autres enregistrements raisonnablement accessibles à une adresse donnée.

17. S'il a été admis que l'incorporation par référence présentait certains risques, par exemple, pour le consommateur, on a fait valoir que, parallèlement, une telle pratique permettait aux consommateurs de tirer parti des possibilités qu'offraient uniquement les réseaux de communications électroniques. On a signalé que le principal objet d'une disposition sur l'incorporation par référence était d'établir un équilibre entre les parties intéressées. Afin d'atteindre cet objectif, le Groupe de travail a été invité à examiner, parallèlement au projet de disposition susmentionné, un projet de disposition libellé comme suit :

"Variante A

Sauf convention contraire des parties, une information est considérée comme faisant partie d'un message de données, si cela est expressément indiqué ou clairement implicite [et si le message de données indique la procédure à suivre pour accéder à cette information de manière raisonnable et en temps utile]. Cette information produit ses effets dans la mesure autorisée par la loi.

Variante B

L'information n'est pas privée de ses effets juridiques au seul motif qu'elle est incorporée par référence dans un message de données."

18. S'agissant de la variante A, on a fait observer que les facteurs matériels à prendre en compte pour déterminer si une condition était raisonnablement accessible étaient notamment les suivants : disponibilité (horaire de fonctionnement du registre, facilité d'accès et niveaux acceptables de redondance); coût de l'accès (à l'exclusion des coûts des services de communications correspondants; s'il y a un coût, celui-ci devrait être raisonnable et proportionné à la valeur du contrat); structure (structure largement utilisée dans le domaine en question); intégrité (vérification de la teneur, authentification de l'expéditeur et mécanisme de correction des erreurs de communication); mesure dans laquelle la condition peut faire l'objet de modifications ultérieures (en l'absence d'un droit contractuel en la matière; notification des mises à jour; notification de la politique en matière de modification). Ces facteurs, a-t-on ajouté, pourraient être énoncés dans un guide pour l'incorporation des dispositions sur l'incorporation par référence (voir par. 23 et 24 ci-après).

19. Le Groupe de travail a poursuivi son débat sur la base des autres dispositions proposées ci-dessus. On a fait observer que ces dispositions avaient un certain nombre d'avantages en commun. Un de ces avantages était qu'elles visaient à faciliter l'incorporation par référence dans un contexte électronique en dissipant, dans de nombreuses juridictions, les incertitudes liées à la question de savoir si les dispositions traitant de l'incorporation par référence classique étaient applicables à l'incorporation par référence en milieu électronique. À cet égard, on a proposé que soit adoptée une autre approche, selon laquelle une large utilisation de l'incorporation par référence serait découragée dans un environnement électronique, ce qui réduirait le risque de voir se reproduire les difficultés liées au "conflit de formulaires" propres aux échanges commerciaux traditionnels sur papier. À l'appui de cette proposition, on a fait observer que si, en milieu papier, l'incorporation par référence était nécessaire pour des raisons de temps, d'espace et de coût, en milieu électronique, une grande quantité de données pouvaient être exprimées dans un message de données simplement, en temps utile et de façon peu coûteuse. Cette proposition a été contestée au motif qu'il ne convenait pas qu'une loi uniforme joue le rôle d'un code de conduite, ce qui découragerait l'emploi d'une méthode importante largement appliquée, dont l'utilisation était inhérente aux communications électroniques.

20. Un autre avantage des propositions susmentionnées, a-t-on fait observer, était qu'elles reconnaissaient qu'il ne devait pas y avoir d'incidences sur une loi nationale ou internationale sur la protection des consommateurs ou autre de caractère obligatoire (par exemple, les règles protégeant des parties plus faibles dans le cas de contrats d'adhésion). On a fait remarquer que la première proposition avait pour objet d'atteindre ces objectifs en énumérant les règles de droit qui n'étaient pas visées (par. 5) et que la deuxième proposition aboutissait au même résultat, dans la mesure où il était indiqué que l'information produisait ses effets "dans la mesure autorisée par la loi" (variante A), ou que l'information n'était pas privée de ses effets juridiques au seul motif qu'elle était incorporée par référence (variante B). Afin de préciser très clairement que les lois en vigueur n'étaient visées par aucun des libellés proposés, il a été suggéré que toute disposition sur l'incorporation par référence soit libellée conformément à la deuxième note afférente à l'article premier de la Loi type, qui indiquait expressément que cette Loi ne se substituait à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur.

21. Toutefois, selon un avis, la première proposition et la variante A de la deuxième proposition présentaient un certain nombre d'inconvénients. Notamment, elles risquaient de contrarier des pratiques bien établies ou nouvelles en fixant une norme trop stricte. On a signalé que, dans de nombreuses pratiques, il serait impossible de satisfaire à la condition selon laquelle les données visées dans un message de données devaient être expressément indiquées ou clairement implicites pour être incorporées dans ledit message. On a cité l'exemple de l'incorporation par référence d'une charte-partie principale dans un connaissement émis au titre d'une sous-charte-partie, pratique qui, a-t-on fait valoir, serait entravée s'il fallait que l'intention d'incorporer les informations par référence soit expressément indiquée ou clairement implicite ou que ces informations soient raisonnablement accessibles. Un autre inconvénient tenait au fait que ces dispositions risquaient involontairement de porter atteinte aux règles de droit impératives et d'entraîner des résultats inéquitables. À cet égard, on a fait observer qu'outre les deux conditions énoncées dans la première proposition et dans la variante A de la deuxième proposition il conviendrait d'inclure un troisième élément, à savoir que l'incorporation par référence devrait être soumise à l'acceptation des parties. En particulier, dans un milieu d'échange de données informatisées (EDI) ouvert, on a estimé que l'acceptation des parties était essentielle.

22. En réponse à ces observations, il a été indiqué que le paragraphe 5 de la première proposition et la deuxième phrase de la variante A de la deuxième proposition avaient pour objet de prendre en compte précisément ces préoccupations et de faire en sorte que les dispositions sur l'incorporation par référence n'aillent pas à l'encontre des pratiques établies ou des règles impératives du droit national. Toutefois, on a estimé que ces dispositions pourraient soulever des questions d'interprétation. La variante B, a-t-on fait observer, ne présentait pas cet inconvénient, en ce sens qu'elle exprimait simplement le principe général de la non-discrimination énoncé à l'article 5 de la Loi type. Elle impliquait, a-t-on généralement reconnu, que l'incorporation par référence produirait uniquement les effets autorisés par la loi. Pour cette raison, le Groupe de travail est généralement convenu qu'elle était préférable.

23. D'un point de vue rédactionnel, il a été proposé que le libellé de la variante B soit aligné sur celui de l'article 5 de la Loi type et fasse référence non seulement aux effets juridiques, mais aussi à la validité et à la force exécutoire. S'agissant de l'emplacement de la disposition sur l'incorporation par référence, il a été proposé que, compte tenu du fait que cette question concernait le commerce électronique en général et pas seulement les signatures numériques, elle soit insérée dans la Loi type en tant qu'article 5 *bis*. Pour aider les utilisateurs de la Loi type et les législateurs à interpréter la disposition sur l'incorporation par référence, il a également été proposé que des remarques générales et des informations explicatives concernant cette disposition soient incluses dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type. On a fait observer que ce guide pourrait indiquer les facteurs à partir desquels les États pourraient vouloir adopter une version élargie de la disposition sur l'incorporation par référence. Ces facteurs pourraient s'inspirer du texte de la première proposition et de la variante A de la deuxième proposition. En général, cette proposition a été jugée acceptable, mais on a mis en garde contre le fait qu'une telle approche pourrait être incompatible avec l'approche adoptée à l'article 5 de la Loi type. Selon une opinion, les facteurs susmentionnés ne devraient pas être présentés comme des dispositions pouvant se substituer à celles de la Loi type. En général, on a estimé que, dans la rédaction de la partie du Guide traitant de l'incorporation par référence, il faudrait veiller à éviter de donner involontairement à entendre que des restrictions à l'incorporation par référence devraient être adoptées pour le commerce électronique, en plus de celles

qui pourraient déjà s'appliquer aux échanges commerciaux sur papier.

24. Après un débat, le Groupe de travail a adopté la variante B, décidé qu'elle devrait être présentée à la Commission pour examen et éventuellement pour incorporation dans la Loi type en tant qu'article 5 *bis* et prié le Secrétariat d'établir une note explicative à ajouter au Guide pour l'incorporation de la Loi type.

III. EXAMEN DU PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

Chapitre premier. Champ d'application et dispositions générales

25. Le Groupe de travail est convenu que la relation entre les Règles uniformes et la Loi type (notamment la question de savoir si les Règles uniformes sur les signatures numériques devraient constituer un instrument juridique distinct ou être incorporées dans une version élargie de la Loi type) devrait être clarifiée ultérieurement. S'il a été convenu qu'aucune décision ne pouvait être prise à ce stade, le Groupe de travail a cependant confirmé son hypothèse de travail, à savoir que les Règles uniformes devraient être préparées sous la forme de projets de dispositions législatives, être compatibles avec les dispositions de la Loi type en général et, d'une manière ou d'une autre, incorporer des dispositions s'inspirant des articles premier (Champ d'application), 2 *a*, *c* et *e* (Définition des termes "message de données", "expéditeur" et "destinataire"), 3 (Interprétation) et 7 (Signature) de la Loi type.

26. Pour ce qui est du champ d'application des Règles uniformes, il a été jugé que celui-ci devrait être limité aux signatures numériques, à l'exclusion d'autres techniques d'authentification. Il a été rappelé, en réponse à cet avis, que, lorsqu'il avait conclu à titre préliminaire qu'il était possible d'entreprendre l'élaboration d'un projet de Règles uniformes sur les signatures numériques, le Groupe de travail, à sa session précédente, était également convenu qu'outre les signatures numériques et les autorités de certification les travaux dans le domaine du commerce électronique devraient peut-être traiter aussi les questions touchant aux techniques autres que la cryptographie à clef publique (A/CN.9/437, par. 156 et 157). Il a également été rappelé qu'à la trentième session de la Commission il avait été jugé que, s'il était justifié que le Groupe de travail axe son attention sur les questions relatives aux signatures numériques, étant donné le rôle apparemment prédominant joué par la cryptographie à clef publique dans la nouvelle pratique du commerce électronique, les Règles uniformes devraient cependant être compatibles avec l'approche techniquement neutre adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (voir par. 4 ci-dessus). Après un débat, le Groupe de travail a confirmé sa décision, à savoir que, tout en axant ses travaux sur l'élaboration de dispositions particulières traitant des techniques de signature numérique, il devrait également tirer de ces dispositions particulières des règles d'application plus générale applicables à d'autres techniques d'authentification.

Chapitre II. Signatures électroniques

Section I. Signatures électroniques sécurisées

Article premier. *Définitions*

27. Le texte du projet d'article premier examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"Aux fins des présentes Règles,

a) Le terme "signature" désigne tout symbole employé, ou toute autre procédure de sécurité adoptée par une personne [ou en son nom] en vue d'identifier cette personne et d'indiquer qu'elle approuve les renseignements sur lesquels la signature est apposée;

b) Les termes "signature électronique" désignent [une signature] [des données] sous forme électronique contenue(s) dans un message de données, ou jointe(s) ou logiquement associée(s) audit message [et utilisée(s) par une personne [ou en son nom] en vue d'identifier cette personne et d'indiquer qu'elle approuve la teneur du message de données] [et utilisée(s) pour satisfaire aux conditions énoncées à [l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique]];

c) Les termes "signature électronique sécurisée" désignent une signature électronique qui

i) est une signature numérique au sens de l'article 4 et satisfait aux conditions énoncées à l'article 5; ou

ii) peut, à partir du moment où elle apposée, être authentifiée comme celle d'une personne particulière à l'aide d'une procédure de sécurité qui est liée exclusivement à la personne qui l'utilise; susceptible d'identifier rapidement, objectivement et automatiquement cette personne; créée d'une manière ou à l'aide d'un moyen dont seule la personne l'utilisant a le contrôle; et liée au message de données auquel elle se rapporte d'une manière qui permette de l'invalider si le message est altéré; ou

iii) [pour ce qui est de la relation entre les parties participant à la création, l'envoi, la réception, la conservation ou le traitement de toute autre manière des messages de données dans la conduite ordinaire de leurs affaires,] est commercialement raisonnable compte tenu des circonstances, a été convenue au préalable et a été correctement appliquée par les parties.

Remarque générale

28. Il a été noté que les dispositions énoncées dans le projet d'article premier n'étaient pas conçues seulement comme des définitions, mais également comme un moyen de délimiter le champ d'application des Règles uniformes. La même technique de rédaction avait été retenue dans le contexte de la Loi type, mais il a été jugé, dans l'ensemble, que le projet d'article premier devrait sans doute être réexaminé par le Groupe de travail durant son examen du champ d'application des Règles uniformes.

Alinéa a

29. Il a été jugé, dans l'ensemble, qu'il faudrait supprimer l'alinéa *a*. S'il pouvait être utile, pour les pays dans lesquels il n'y avait actuellement pas de définition du terme "signature", d'inclure dans les Règles uniformes une définition de la "signature" fondée sur l'article 7 de la Loi type, il a été déclaré néanmoins qu'une telle définition n'était pas nécessaire aux fins des Règles uniformes. Une des raisons avancées pour sa suppression a été qu'une définition risquerait de mettre en danger l'acceptabilité de l'instrument dans les pays où la disposition énoncée à cet alinéa pourrait être incompatible avec les définitions en vigueur.

Alinéa b

30. Il a été jugé, dans l'ensemble, que le libellé de l'alinéa *b* devrait refléter le texte de l'article 7 de la Loi type. À cette fin, on pourrait soit reproduire intégralement cet article à l'alinéa *b*, soit faire référence aux "conditions énoncées à l'article 7 de la Loi type". Après un débat, le Groupe de travail a jugé préférable la seconde solution. Pour ce qui est de la forme, il a été convenu que les mots "des données" devraient être utilisés, plutôt que les mots "une signature".

Alinéa c : *Remarques générales*

31. Selon un avis, il ne serait pas approprié de définir une signature électronique comme "sécurisée". Le fait qu'une technique donnée soit sécurisée ou non ne relevait pas d'une définition, mais était une question de fait à déterminer compte tenu des circonstances dans lesquelles la technique était utilisée. On a également critiqué l'utilisation du mot "sécurisée" au motif qu'elle introduisait un critère subjectif et qu'elle laissait entendre que les signatures n'entrant pas dans cette catégorie étaient intrinsèquement non sûres. Il a été répondu que la référence à une signature "sécurisée" devrait peut-être être remplacée par un libellé plus approprié, mais qu'elle n'avait été utilisée dans les Règles uniformes que pour délimiter une catégorie de signatures électroniques d'une qualité telle que des effets juridiques particuliers pouvaient y être attachés. Pour ce qui est du point de savoir si l'utilisation du mot "sécurisée" constituait un critère subjectif, il a été déclaré que les techniques d'authentification n'étaient pas conçues dans le vide. Des normes mises en œuvre soit par réglementation, soit par le biais de pratiques volontaires issues de l'industrie, seraient disponibles pour déterminer le degré de sécurité d'une technique donnée. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de partir de l'hypothèse qu'une catégorie (provisoirement désignée comme "sécurisée") serait utilisée pour traiter de la gamme des techniques auxquelles les Règles uniformes associeraient certains effets juridiques.

32. Selon un avis, il ne serait peut-être pas approprié de disposer que les mêmes effets juridiques seraient associés à une large gamme de techniques d'authentification qui, a-t-on-dit, allaient de techniques intrinsèquement sûres (par exemple, la signature numérique) à des techniques intrinsèquement peu sûres (par exemple, certaines techniques d'authentification pouvant être convenues par les parties). Il a été répondu que l'alinéa *c* avait précisément pour objet de créer une catégorie dans laquelle les plus sûres des signatures numériques pourraient être mises sur un pied d'égalité avec d'autres techniques, à condition que ces techniques satisfassent à la norme sévère énoncée au sous-alinéa ii de l'alinéa *c*. Pour ce qui est du sous-alinéa iii de l'alinéa *c*, on pourrait envisager de le placer dans une disposition distincte traitant de l'autonomie des parties. Il a été convenu qu'il faudrait sans doute rouvrir le débat sur les définitions après qu'auraient été examinées les dispositions relatives aux effets juridiques de ces définitions.

Sous-alinéa c i

33. Le sous-alinéa *c* i a été jugé dans l'ensemble acceptable quant au fond. Toutefois, selon un avis, les conditions énoncées à l'article 5, auquel il était fait référence à l'alinéa *c* i ne garantissaient pas suffisamment que la qualité des signatures numériques en faisait des signatures électroniques sécurisées. Il a été proposé de réexaminer la question dans le cadre de l'article 5.

Sous-alinéa c ii

34. On a craint que la charge de la preuve en vertu du sous-alinéa *c* ii ne soit si lourde que les présomptions énoncées dans le projet d'article 2-1 auraient peu de sens dans le cas où seraient utilisées des signatures électroniques non numériques. Il a été répondu que le sous-alinéa *c* ii et le projet d'article 2 avaient été conçus à des fins différentes. Il a toutefois été convenu qu'il faudrait sans doute préciser la relation entre le sous-alinéa *c* ii et le projet d'article 2 dans le projet révisé de Règles uniformes qu'élaborerait le Secrétariat.

35. Il a été jugé, dans l'ensemble, que la teneur du sous-alinéa *c* ii était importante afin de garantir la neutralité quant aux techniques utilisées dans les Règles uniformes. Selon un avis, puisque le sous-alinéa *c* ii avait pour objet de définir certains critères auxquels devait satisfaire une technique donnée, afin de déclencher les présomptions énoncées dans le projet d'article 2, il n'était pas important de savoir si cette technique était utilisée ou non avec l'intention de signer. De ce fait, il a été proposé de supprimer les mots "peut être authentifiée comme celle d'une personne particulière".

36. D'autres suggestions ont été faites quant au libellé du sous-alinéa *c* ii. Selon une suggestion, il faudrait supprimer les mots "rapidement" et "automatiquement". Il a été déclaré que l'identification "rapide" et "automatique" d'une personne n'était pas inhérente à la plupart des techniques d'authentification (y compris certaines techniques de signature numérique) et n'était pas clairement liée à la sécurité de la procédure d'authentification et à l'intégrité des données signées électroniquement. Selon une autre suggestion, il faudrait compléter les mots "d'une procédure de sécurité" par les mots "ou d'une combinaison de procédures de sécurité". Après un débat, ces suggestions ont été adoptées par le Groupe de travail.

Sous-alinéa c iii

37. Il a été proposé de supprimer le sous-alinéa iii. En effet, en accordant le statut de "signature électronique sécurisée" à toute procédure pouvant être convenue par les parties, le risque serait de permettre l'utilisation de toute procédure à faible sécurité pour produire des effets juridiques. À ce propos, on a estimé qu'actuellement la seule technique d'authentification "sécurisée" était la signature numérique. Il a été répondu que, conformément au principe de la liberté contractuelle, les parties devraient être libres de convenir, entre elles, de se fier à une technique d'authentification moins sécurisée que le type de signature électronique décrit au sous-alinéa *c* ii et d'associer les présomptions énoncées dans le projet d'article 2 à l'utilisation de cette technique d'authentification. Il a également été noté que la référence au caractère raisonnable de la signature avait pour objet de protéger contre une reconnaissance illimitée de techniques d'authentification potentiellement peu sûres par le biais de l'autonomie des parties. On a toutefois mis en garde contre le recours à la notion du caractère "commercialement raisonnable" pour offrir une telle protection. Dans un certain nombre de pays, le simple fait que des parties "commerciales" soient convenues d'une procédure suffirait à interpréter cette procédure comme "commercialement raisonnable". Pour ce qui est de la forme, il a été demandé s'il n'y avait pas incompatibilité entre l'utilisation des mots "commercialement raisonnable" et le libellé retenu à l'article 7 de la Loi type. Il a été rappelé que les mots "commercialement raisonnable" avaient été utilisés à l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux[b], mais le Groupe de travail a jugé qu'il faudrait peut-être retenir un libellé plus approprié afin d'éviter l'interprétation susmentionnée. Il a été avancé qu'une référence à une stipulation expresse des parties, selon laquelle la technique convenue produirait les effets d'une signature électronique sécurisée en vertu du projet d'article 2, devrait sans doute être incluse au sous-alinéa iii. Il a également été proposé de conserver dans le sous-alinéa iii les mots "pour ce qui est de la relation entre les parties", sans crochets.

38. Il a été demandé si le sous-alinéa iii pourrait être utilisé par les parties pour écarter des règles de droit impératives concernant la forme de certains actes juridiques. Il a été déclaré que cette interprétation serait inacceptable, étant donné qu'une telle liberté contractuelle n'existait pas dans un environnement papier. S'il a été convenu qu'en vertu de la loi d'un certain nombre de pays certaines conditions de forme impératives pouvaient être écartées par convention privée, de telles conditions impératives s'appliquaient en général à une catégorie très étroite d'opérations, qui pourraient probablement faire l'objet d'une exclusion expresse du champ d'application d'une disposition générale traitant de l'autonomie des parties.

39. Le Groupe de travail a ensuite étudié la manière dont l'autonomie des parties serait traitée dans les Règles uniformes. Il a été rappelé que la simple référence à l'article 4 (Dérogation conventionnelle) de la Loi type ne suffirait sans doute pas à offrir une solution satisfaisante, étant donné que l'article 4 établissait une distinction entre les dispositions de la Loi type pouvant être librement modifiées par convention et les dispositions qui devraient être considérées comme impératives, à moins qu'une dérogation conventionnelle ne soit autorisée par la loi applicable extérieurement à la Loi type. Pour ce qui est des signatures électroniques, l'importance pratique des réseaux "fermés" rendait nécessaire une large reconnaissance de l'autonomie des parties. Toutefois, les restrictions d'ordre public à la liberté contractuelle, y compris les lois protégeant les consommateurs contre des contrats d'adhésion excessifs, devraient sans doute également être prises en considération. Il a été proposé que les Règles uniformes comportent une disposition similaire à l'article 4-1 de la Loi type aux termes de laquelle, sauf disposition contraire des Règles uniformes ou de toute autre loi applicable, les signatures électroniques et les certificats qui étaient émis ou reçus, ou auxquels on se fiait conformément aux procédures convenues entre les parties à une opération, se verraient accorder les effets spécifiés dans la Convention. En outre, il a été proposé que le Groupe de travail envisage d'énoncer une règle d'interprétation, aux termes de laquelle, pour déterminer si un certificat, une signature électronique ou un message de données confirmé par référence à un certificat étaient suffisamment fiables à une fin particulière, toutes les conventions pertinentes entre les parties, tout comportement des parties et tout usage commercial pertinent devraient être pris en compte.

40. À titre de variante, le Groupe de travail a été invité à examiner un nouvel article proposé qui serait libellé comme suit :

"1. Lorsque la loi exige la signature d'une personne, cette condition est remplie par une signature électronique si :

a) l'utilisation de la signature électronique a été convenue par les parties à l'opération, ou

b) la signature électronique était aussi fiable qu'il était approprié, compte tenu des fins pour lesquelles elle était utilisée.

2. Pour déterminer si une signature électronique est aussi fiable qu'il convient à des fins particulières, sont pris en compte tout comportement des parties et tout usage commercial pertinent."

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

41. Le débat s'est poursuivi sur la base du nouvel article proposé. Il a été déclaré que le texte proposé se fondait sur l'approche retenue à l'article 7 de la Loi type et élargissait cette approche. En particulier, il a été indiqué que : l'alinéa *a* du paragraphe 1 avait pour objet de permettre aux parties de déterminer le type de signature électronique qu'elles souhaitaient utiliser dans leurs opérations commerciales; cet alinéa s'inspirait de l'article 7-1 *b* de la Loi type; et le paragraphe 2 constituait un effort d'explication de l'alinéa *b*. Selon un avis, si le nouvel article proposé était inclus dans les Règles uniformes, le paragraphe 2 du projet d'article 2 ne serait plus nécessaire et pourrait être supprimé.

42. On a en général objecté à cette proposition qu'elle était clairement contraire à l'article 7 de la Loi type à plusieurs égards, et notamment qu'elle n'incluait pas d'éléments relatifs à l'identification et à l'approbation, appelant ainsi "signature" quelque chose qui, sur la base de la Loi type, n'était pas une signature; elle autorisait les parties à déroger à des règles de droit impératives relatives à la signature, supplantant ainsi des règles qui, en vertu de l'article 7-2 de la Loi type, pouvaient établir une obligation en matière de signature ou des conséquences juridiques en l'absence de signature, et elle n'incluait pas de disposition similaire à l'article 7-3 de la Loi type autorisant les Etats à exclure l'application de l'article 7 dans certains cas (par exemple, effets de commerce).

43. Il a été jugé, dans l'ensemble, que le principal inconvénient du nouvel article proposé tenait au fait qu'à la différence de l'article 7 de la Loi type et contrairement aux règles applicables dans un environnement papier il permettait aux parties de déroger à des règles de droit impératives. Aussi risquerait-il d'avoir pour conséquence de contrevenir à la Loi type et aux lois nationales relatives à la signature et d'avoir des effets inappropriés sur les droits des tiers. En outre, selon un avis largement partagé, il reprenait sans nécessité des éléments énoncés dans le projet d'article premier des Règles uniformes.

44. Afin d'aligner le nouvel article proposé sur l'article 7 de la Loi type et de traiter des problèmes susmentionnés, diverses suggestions ont été faites. Selon un avis, il fallait inclure une référence aux caractéristiques essentielles de la signature, à savoir celles qui tenaient à l'identification d'une personne et à l'approbation de la teneur d'un message, en insérant à la fin du chapeau du paragraphe 1 de l'article proposé le libellé suivant : "c'est la signature de cette personne", et, selon un autre avis, il faudrait faire prévaloir la loi applicable en introduisant au début de l'alinéa *a* du paragraphe 1 le libellé suivant : "sous réserve du droit applicable". Selon une autre suggestion, comme dans l'article 7 de la Loi type, la conjonction entre les alinéas *a* et *b* devrait être "et" et non "ou". Selon une autre suggestion encore, la prise en compte du comportement des parties et des usages commerciaux pertinents prévue au paragraphe 2 du nouvel article devrait être autorisée plutôt qu'imposée, résultat qui pourrait être obtenu en remplaçant le mot "sont" par les mots "peuvent être". Enfin, selon un autre avis, les éléments essentiels des paragraphes 2 et 3 de l'article 7 de la Loi type devraient être introduits dans le nouvel article proposé.

45. Selon un avis largement partagé, au lieu de modifier le nouvel article proposé, le Groupe de travail devrait s'efforcer d'énoncer les principes fondamentaux concernant la mesure dans laquelle l'autonomie des parties devrait être prise en compte dans les Règles uniformes. Il a été convenu que les Règles ne devraient pas limiter l'autonomie des parties pour ce qui est des relations entre elles. Il a également été convenu que le Groupe de travail devrait s'attacher à identifier les types d'opérations (et, dans le cas des signatures numériques, les types de certificats) qui supposaient un niveau de sécurité élevé et pourraient donc être soumis aux règles impératives des lois en vigueur dans un certain nombre de pays. Pour ce qui est des conditions de forme légale qui risquaient d'empiéter sur l'autonomie des parties, il a été jugé, dans l'ensemble, que l'on pourrait établir une distinction utile entre les exigences en matière de signature concernant la preuve (qui pourraient être soumises à l'autonomie des parties) et les conditions de forme prescrites à des fins de validité (qui seraient normalement impératives).

46. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer une version révisée du projet d'article premier, compte tenu des délibérations et des décisions ci-dessus.

Article 2. *Présomptions*

47. Le texte du projet d'article 2 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. En ce qui concerne un message de données authentifié à l'aide d'une signature électronique sécurisée, il est présumé, sauf preuve contraire, que :

a) le message de données n'a pas été altéré après que la signature électronique sécurisée y a été apposée;

b) la signature électronique sécurisée est la signature de la personne à laquelle elle se rapporte; et

c) la signature électronique sécurisée a été apposée par cette personne dans l'intention de signer le message.

2. En ce qui concerne un message de données authentifié à l'aide d'une signature électronique autre qu'une signature électronique sécurisée, aucune des dispositions des présentes Règles n'a d'incidences sur les règles juridiques ou les règles de preuve existantes concernant l'obligation d'établir l'authenticité et l'intégrité d'un message de données ou d'une signature électronique.

3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à ce qui suit : [...].

[4. Les présomptions énoncées au paragraphe 1 peuvent être réfutées par :

a) une preuve montrant qu'une procédure de sécurité employée pour vérifier une signature électronique ne doit pas être, en général, reconnue comme fiable, en raison des progrès de la technologie, de la manière dont

la procédure de sécurité a été appliquée, ou pour d'autres raisons;

b) une preuve montrant que la procédure de sécurité convenue entre les parties au titre du sous-alinéa *c* iii de l'article premier n'a pas été appliquée de manière fiable; ou

c) une preuve relative à des faits, dont la partie s'étant fiée à la signature avait connaissance, qui tendraient à indiquer que la confiance en la procédure de sécurité n'était pas raisonnable. Le caractère commercialement raisonnable d'une procédure de sécurité convenue par les parties au titre du sous-alinéa *c* iii et de l'article premier doit être déterminé en fonction des objectifs de la procédure et des circonstances commerciales au moment où les parties sont convenues d'adopter la procédure, notamment la nature de la transaction, le niveau technologique des parties, le volume de transactions analogues effectuées par l'une ou l'autre d'entre elles ou les deux, l'existence d'autres formules proposées à la partie mais rejetées par elle, le coût d'autres procédures, et les procédures généralement utilisées pour des types de transactions analogues.]"

48. Il a certes été convenu que le principe de la neutralité quant aux techniques utilisées devrait être pris en compte dans les Règles uniformes par le biais de la reconnaissance des effets juridiques découlant de l'utilisation de signatures électroniques fondées sur des techniques non numériques, mais le Groupe de travail a décidé qu'il n'examinerait le projet d'article 2 qu'après avoir achevé son examen des autres projets d'articles des Règles uniformes.

Article 3. *Attribution*

49. Le texte du projet d'article 3 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. *Variante A :* Sous réserve des dispositions de [l'article 13 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique], l'expéditeur d'un message de données sur lequel est apposée sa signature électronique sécurisée est [lié par le contenu] [réputé être le signataire] du message de la même manière que si celui-ci était signé [à la main] conformément à la loi applicable au contenu du message.

Variante B : Pour ce qui est de la relation entre le détenteur d'une clef privée et toute tierce partie se fiant à une signature numérique qui peut être [vérifiée] [authentifiée] à l'aide de la clef publique certifiée correspondante, la signature numérique [est réputée être celle du détenteur] [satisfait aux conditions énoncées à [l'article 7-1 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique]].

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si

a) [l'expéditeur] [le détenteur] peut établir que la [signature électronique sécurisée] [clef privée] a été employée sans autorisation et qu'il n'aurait pas pu empêcher un tel emploi en exerçant un soin raisonnable; ou

b) la partie se fiant à la signature savait ou aurait dû savoir, si elle s'était informée auprès [de l'expéditeur] [de l'autorité de certification] ou avait pris d'autres dispositions raisonnables, que la signature [électronique sécurisée] [numérique] n'était pas celle [de l' expéditeur] [du détenteur de la clef privée].

Remarques générales

50. Le Groupe de travail a d'abord examiné l'objet et la portée du projet d'article 3 et sa relation avec les articles 7 et 13 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

51. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si le projet d'article ne devrait traiter que de l'attribution des signatures électroniques sécurisées (ou des signatures numériques) ou s'il devrait également aborder la question de la responsabilité du signataire supposé envers les parties se fiant à la signature. Selon un avis, le projet d'article 3 devrait avoir pour objet de rattacher une signature au signataire supposé et de garantir l'intégrité d'un message de données. Selon un autre avis, le principal objet du projet d'article 3 devrait être d'inciter à utiliser les signatures numériques en répartissant comme il convient les responsabilités en cas de préjudice subi par une partie se fiant à la signature, lorsque le signataire supposé n'avait pas exercé un soin raisonnable et évité une utilisation non autorisée de sa signature (voir par. 58 ci-après). Selon l'avis qui a prévalu, ces deux questions devraient être traitées. À ce propos, on a noté qu'il fallait faire preuve de prudence lorsque l'on traiterait des questions de la responsabilité, en raison du risque d'incompatibilité avec l'approche retenue dans la Loi type, en vertu de laquelle les questions contractuelles étaient régies par la loi applicable en dehors de la Loi type. Il a été répondu que les Règles uniformes se fondaient sur une approche quelque peu différente, car elles traitaient déjà, entre autres, de la responsabilité des autorités de certification. Après un débat, le Groupe de travail est convenu d'envisager les deux questions, peut-être dans des dispositions séparées (voir par. 55 et 60 ci-après).

52. Pour ce qui est de la portée du projet d'article 3, il a été avancé que celle-ci devrait se limiter aux signatures numériques et que le projet d'article 3 devrait être déplacé en conséquence dans la Loi type. À l'appui de cet avis, il a été noté que les signatures numériques étaient si connues et si répandues qu'elles méritaient de se voir accorder la priorité. En outre, la question de l'attribution des signatures numériques était suffisamment importante pour ne pas être traitée en même temps que l'attribution d'autres types de signatures électroniques. Selon un autre avis, les règles énoncées dans le projet d'article 3 devraient s'appliquer tant aux signatures numériques qu'aux autres signatures électroniques. Selon l'avis qui a prévalu, dans la mesure du possible, les questions traitées au projet d'article 3 devraient l'être d'une manière neutre quant aux techniques utilisées, afin d'englober une large gamme de signatures électroniques.

53. Pour ce qui est de la relation entre le projet d'article 3 et les articles 7 et 13 de la Loi type, il a été noté que l'article 7 traitait des conditions pour les signatures et

l'article 13 de l'attribution des messages. On s'est demandé si le projet d'article 3 ne faisait pas que répéter les dispositions de l'article 13 de la Loi type. Il a été répondu que le projet d'article 3 traitait de l'attribution d'une signature électronique, en la distinguant de l'attribution d'un message de données et offrait une protection particulière au signataire supposé lorsque sa signature était utilisée sans autorisation et lorsqu'il n'aurait pu éviter une telle utilisation non autorisée en exerçant un soin raisonnable.

Paragraphe 1

54. Les variantes A et B ont toutes deux reçu un appui. À l'appui de la variante A, il a été déclaré qu'elle se fondait sur une approche neutre quant aux techniques utilisées et s'appliquait donc à différents types de techniques appliquées dans le commerce international. À ce propos, il a été noté que cette neutralité devrait également s'appliquer à la manière dont une technique particulière était mise en œuvre (par exemple, une signature numérique avec ou sans certificat). Cette neutralité quant à la mise en œuvre pouvait être assurée, a-t-on noté, au moyen d'une règle générale aux termes de laquelle le destinataire du message de données s'étant fondé raisonnablement sur une signature électronique sécurisée serait habilité à considérer que le message émanait bien du signataire supposé (voir A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 35 et 36). À l'appui de la variante B, il a été déclaré qu'elle était axée, comme il convient, sur les signatures numériques qui, à la différence des autres types de signatures électroniques, étaient suffisamment connues et largement répandues.

55. Toutefois, les deux variantes A et B ont fait l'objet de critiques, car elles mélangeaient, de manière inappropriée, deux questions différentes, à savoir l'attribution et la responsabilité. En outre, diverses préoccupations ont été exprimées et des observations ont été faites à propos des deux variantes. Pour ce qui est de la variante A, on a noté que : les premiers mots n'étaient pas suffisamment clairs; l'utilisation du terme "expéditeur" n'était pas appropriée pour un certain nombre de raisons, notamment le fait que le signataire d'un message de données n'était pas nécessairement l'expéditeur; les mots "est lié par le contenu" se rattachaient au droit général des obligations et non à la simple attribution d'une signature électronique au signataire supposé; et la référence à la loi applicable devait renvoyer à la loi applicable au message de données dans son ensemble et non à sa teneur.

56. Pour ce qui est de la variante B, il a été noté que : afin de ne pas déroger aux exceptions énoncées dans d'autres dispositions des Règles uniformes relatives, par exemple, aux clefs privées compromises, il faudrait ajouter un libellé tel que le suivant au début de la variante B : "sous réserve des dispositions des articles..."; conformément à l'approche retenue à l'article 13 de la Loi type, il faudrait faire référence à une vérification effective de l'utilisation authentifiée d'une signature numérique et pas seulement à l'aptitude du détenteur de la clef privée à vérifier cette utilisation; afin d'éviter les cas où une signature numérique pouvait être attribuée au signataire supposé, même s'il avait annulé le certificat, il faudrait utiliser, par exemple, le libellé suivant : "une clef privée figurant dans un certificat valide"; aucune référence ne devrait être faite à l'article 7 de la Loi type, car cet article traitait des conditions pour la signature et non de l'attribution d'une signature.

Paragraphe 2

57. S'il a été convenu au sein du Groupe de travail que le paragraphe 2 était dans l'ensemble acceptable, on a craint que l'utilisation du terme "soin raisonnable" ne soit source d'incertitude. Afin de répondre à cette préoccupation, diverses suggestions ont été faites. Selon l'une d'entre elles, la signature devrait être attribuée au signataire supposé si celui-ci ne pouvait établir que la signature avait été utilisée sans autorisation. Selon une autre suggestion, la signature devrait être réputée être celle du signataire supposé si, en outre, ce dernier ne pouvait établir qu'il n'aurait pu éviter une utilisation non autorisée, sans qu'il soit nécessaire de faire référence à la notion de "soin raisonnable". On a objecté à cette suggestion qu'elle alourdirait de manière inappropriée la responsabilité du signataire supposé.

Suggestions relatives à un nouvel article 3

58. Afin de répondre aux préoccupations émises à propos du projet d'article 3 et en partant du principe que la question de l'attribution des signatures électroniques sécurisées était suffisamment traitée dans le projet d'article 2 des Règles uniformes, on a suggéré d'axer le projet d'article 3 sur la question de la responsabilité du signataire supposé; ainsi, l'article 3 pourrait être libellé comme suit :

> "1. Pour ce qui est de la relation entre le détenteur d'une clef privée et toute personne se fiant à une signature numérique, le détenteur n'est pas lié par le message s'il ne l'a pas signé.
>
> 2. Si le détenteur de la clef n'a pas exercé un soin raisonnable afin d'empêcher l'autre partie de se fier à une signature numérique employée sans autorisation, il est tenu de dédommager la partie en question pour tout préjudice qui lui aurait été causé. La partie s'étant fiée à la signature n'est habilitée à recevoir un tel dédommagement que si elle a demandé des renseignements à l'autorité de certification ou a de toute autre manière exercé un soin raisonnable afin d'établir que la signature numérique n'était pas celle du détenteur."

59. Il a été dans l'ensemble convenu que le libellé proposé établissait à juste titre une distinction entre l'attribution d'une signature et la responsabilité en cas de préjudice causé par l'utilisation non autorisée d'une signature, mais il a été noté qu'il ne répondait pas suffisamment aux préoccupations exprimées à propos des variantes A et B. En outre, on a jugé qu'il déplaçait la charge de la preuve sur la partie se fiant à la signature, qui devait établir qu'elle avait exercé un soin raisonnable afin de prouver que la signature était celle du signataire supposé. Il a été convenu, dans l'ensemble, qu'il serait préférable de retenir une approche neutre quant aux techniques utilisées et que les questions de l'attribution et de la responsabilité devraient être traitées séparément.

60. Compte tenu de cette approche, le Groupe de travail a été invité à examiner un autre libellé rédigé comme suit :

"Attribution de signatures électroniques sécurisées

Pour ce qui est de la relation entre le signataire supposé et la partie se fiant à la signature, une signature électronique sécurisée est réputée être celle du signataire supposé, à moins que ce dernier ne puisse établir que ladite signature a été utilisée sans autorisation.

Responsabilité liée aux signatures électroniques sécurisées

Lorsque la signature électronique sécurisée n'était pas autorisée et que le signataire supposé n'a pas exercé un soin raisonnable pour empêcher le destinataire de se fier au message, le signataire supposé est tenu de verser des dommages-intérêts afin de dédommager la partie lésée s'étant fiée à la signature, à moins que cette dernière n'ait pas demandé de renseignements auprès d'un tiers approprié ou ait su, ou aurait dû savoir, de toute autre manière que la signature n'était pas celle du signataire supposé."

61. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de tenir compte du libellé proposé lorsqu'il établirait une version révisée des Règles uniformes en vue de leur examen à une session ultérieure du Groupe. Plusieurs délégations ont exprimé la crainte que le libellé proposé ne soit incompatible avec leur législation nationale sur les délits civils.

Section II. Signatures numériques

Article 4. *Définition*

62. Le texte de l'article 4 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"Aux fins des présentes Règles,

Variante A : Les termes "signature numérique" désignent un type de signature électronique consistant en la transformation d'un message de données à l'aide d'une fonction d'abrègement du message et d'un système de cryptographie asymétrique permettant à toute personne en possession du message de données initial non transformé et de la clef publique du signataire de déterminer avec exactitude :

a) si la transformation a été opérée à l'aide de la clef privée du signataire correspondant à sa clef publique; et

b) si le message de données initial a été altéré après la transformation.

Variante B : a) les termes "signature numérique" désignent une valeur numérique apposée à un message de données qui, grâce à une procédure mathématique connue associée à la clef cryptographique privée de l'expéditeur, permet de déterminer que cette valeur numérique n'a pu être obtenue qu'avec la clef privée de l'expéditeur;

b) les procédures mathématiques utilisées pour créer les signatures numériques en vertu des présentes Règles sont basées sur le chiffrement à clef publique. Appliquées à un message de données, ces procédures mathématiques opèrent une transformation du message de telle sorte qu'une personne en possession du message initial et de la clef publique de l'expéditeur peut déterminer avec exactitude :

i) si la transformation a été opérée à l'aide de la clef privée correspondant à la clef publique de l'expéditeur; et

ii) si le message initial a été altéré après la transformation."

63. Bien que les variantes A et B aient toutes deux bénéficié d'un certain appui, aucune n'a été adoptée par le Groupe de travail.

64. À l'appui de la variante A, il a été déclaré que, dans la mesure où elle visait uniquement la création d'une signature numérique sans mention d'une technologie particulière, elle était suffisamment souple pour englober différents types de signatures numériques. On a craint, toutefois, qu'elle ne permette pas de reconnaître les différentes manières de mettre en œuvre une infrastructure à clef publique (par exemple avec ou sans recours à une fonction d'abrègement du message) et les différentes fonctions possibles d'une signature numérique (par exemple, la fonction consistant à identifier le signataire ("signature sécurisée") ou bien celle consistant à établir l'intégrité du message de données ("message sécurisé"), ou encore une combinaison des deux). Dans le cadre de cet échange de vues, il a été proposé, pour assurer une reconnaissance internationale des différents types de signatures numériques et de certificats, que le Groupe de travail envisage d'élaborer une convention au lieu d'un supplément à la Loi type (voir par. 212 ci-après).

65. En réponse aux craintes susmentionnées, on a fait observer que l'incorporation des éléments d'identification du signataire et de vérification de l'intégrité du message dans une définition de la "signature numérique" était une approche bien établie. En outre, cette approche qui visait à établir un équivalent fonctionnel d'une signature dans un environnement papier était compatible avec l'approche adoptée dans la Loi type. Il serait par ailleurs trop ambitieux d'essayer de prendre en considération tous les types de signatures numériques, et cela retarderait les progrès dans un domaine où une réglementation s'imposait d'urgence pour éviter des discordances dans le droit du fait de l'adoption d'approches différentes dans les législations nationales. On a fait observer, à cet égard, que la variante A, en définissant la signature numérique comme un type de signature électronique, limiterait ce terme aux applications de la cryptographie à clef publique censées servir d'équivalent fonctionnel d'une signature dans un environnement papier. La variante B, en revanche, serait suffisamment générale pour englober toutes les applications de la

technologie des signatures numériques, y compris celles qui ne visaient pas à servir d'équivalents fonctionnels des signatures.

66. À l'appui de la variante B, on a fait observer que cette dernière offrait une plus grande certitude dans la mesure où elle était libellée en termes plus techniques et faisait expressément référence à la cryptographie à clef publique qui était réputée être une technologie très répandue. Mais on a exprimé en même temps la crainte que la variante B ne soit trop restrictive dans la mesure où la création d'une signature numérique y était fondée sur une certaine procédure mathématique, ce qui pouvait exclure de futurs progrès techniques susceptibles de rendre obsolètes les procédures actuellement acceptées. Il a été proposé de faire référence, dans le projet de dispositions, aux "procédures mathématiques les plus récentes".

67. On a fait valoir, à l'encontre des variantes A et B, que la référence à une "transformation du message de données" ne définissait pas correctement une "signature numérique". On a expliqué que le traitement du message par l'utilisation d'un algorithme n'entraînait pas une transformation de la totalité de ce message, mais uniquement de sa représentation numérique. Pour remédier à ce problème, on a proposé le libellé suivant :

"Les termes 'signature numérique' désignent une transformation cryptographique (à l'aide d'une technique cryptographique asymétrique) de la représentation numérique d'un message de données, de telle sorte que toute personne en possession du message de données et de la clef publique appropriée puisse déterminer :

a) que la transformation a été opérée à l'aide de la clef privée correspondant à la clef publique appropriée; et

b) que le message de données n'a pas été altéré après la transformation cryptographique."

68. On a déclaré, à l'appui du texte proposé, qu'en évitant de faire référence à la clef privée du signataire on tenait compte du fait que les Règles uniformes devaient viser les signatures numériques utilisées à d'autres fins que la seule identification du signataire. On a également déclaré qu'en évitant de mentionner la fonction d'abrègement du message on englobait également les signatures numériques créées à l'aide d'une autre procédure.

69. Au cours du débat, il a été proposé que le Groupe de travail examine, purement à des fins de comparaison, le texte adopté en 1988 par l'Organisation internationale de normalisation, qui était libellé comme suit : "Signature numérique : données ajoutées à une unité de données, ou transformation cryptographique d'une unité de données, permettant à un destinataire de prouver la source et l'intégrité de l'unité de données et protégeant contre la contrefaçon (par le destinataire, par exemple)." (ISO 7498/2). Il a aussi été proposé d'inclure la définition de l'ISO dans les Règles uniformes. Il a été convenu que cette définition démontrait l'adoption d'une approche technique, mais de nombreux membres du Groupe de travail se sont montrés sceptiques quant à son adéquation aux fins des Règles uniformes.

70. Après un débat, il a été généralement convenu que le Groupe de travail devrait reporter sa décision sur la définition des termes "signature numérique" jusqu'à ce qu'il ait terminé l'examen des dispositions de fond et soit parvenu à une conclusion quant au champ d'application de ces dispositions. En particulier, la définition des termes "signature numérique" pourrait varier selon que les Règles uniformes viseraient uniquement les utilisations de techniques informatiques ayant pour objet de reproduire, dans un environnement électronique, les fonctions traditionnellement remplies par les signatures manuscrites dans les transactions commerciales internationales ou que le champ d'application de ces Règles serait étendu à d'autres utilisations des "signatures numériques". Le Secrétariat a été prié d'établir d'autres libellés en se fondant sur les variantes A et B et sur la proposition susmentionnée (voir par. 67 ci-dessus) et en tenant compte des observations formulées, en vue d'un examen de la question à une session future.

Article 5. *Effets*

71. Le texte du projet d'article 5 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Lorsqu'une signature numérique est apposée sur la totalité ou sur toute partie d'un message de données, cette signature est réputée être une signature électronique sécurisée pour la partie du message en question si :

a) elle a été créée pendant la période d'effet d'un certificat [valide] et est vérifiée par référence à la clef publique indiquée dans ce certificat; et

b) le certificat est considéré comme rattachant avec précision une clef publique à l'identité d'une personne pour les raisons suivantes :

i) le certificat a été émis par une autorité de certification agréée [habilitée] par ... [*l'État adoptant indique l'organe ou l'autorité ayant pouvoir d'agréer l'autorité de certification et de promulguer des règles concernant les fonctions d'une autorité de certification agréée*]; ou

ii) le certificat a été émis d'une autre manière par une autorité de certification conformément aux normes établies par ... *[l'État adoptant indique l'organe ou l'autorité ayant pouvoir d'établir des normes reconnues concernant les fonctions des autorités de certification agréées]*.

2. Lorsqu'une signature numérique apposée sur la totalité ou sur toute partie d'un message de données ne satisfait pas aux conditions énoncées au paragraphe 1, cette signature est considérée comme une signature électronique sécurisée pour la partie du message considérée s'il existe des preuves suffisantes montrant

que le certificat rattache avec précision la clef publique à l'identité de son détenteur.

3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à ce qui suit : [...].”

Remarques générales

72. Il a été jugé, dans l'ensemble, dès l'ouverture du débat, que le projet d'article 5, quant au fond, devrait être examiné plus en détail par le Groupe de travail, compte tenu des décisions qui seraient prises à propos de la portée des Règles uniformes. En particulier, le projet d'article 5 dépendait directement de la décision qui serait prise à propos de l'utilisation ou non, dans les Règles uniformes, de la notion de “signature électronique sécurisée”. Les effets juridiques de l'utilisation de certificats dans le contexte des signatures numériques dépendraient également de la définition du “certificat” en vertu du projet d'article 8. Si les Règles uniformes n'englobaient que les cas où la signature numérique était utilisée aux fins d'opérations commerciales internationales avec l'intention de signer (c'est-à-dire, d'identifier le signataire et de rattacher le signataire à l'information signée), il pourrait être acceptable que le certificat n'ait pour fonction que de relier une paire de clefs à l'identité d'une personne. Dans ce cas, il devrait être spécifié que les Règles uniformes ne traitaient que d'un type particulier de certificat (“certificat d'identité”), notamment parce que d'autres types de certificats pouvaient être utilisés dans le commerce électronique, par exemple, pour déterminer les pouvoirs d'une personne (“certificat de pouvoirs”). Selon un avis, ces derniers certificats devraient être traités par le projet d'article 5, au même titre que les certificats d'identité. Durant le débat, il a été proposé que référence soit faite, dans le projet d'article 5, au certificat garantissant l'intégrité de l'information contenue dans le message de données. Il a été répondu que, si la vérification de l'intégrité des données était une conséquence importante de l'utilisation d'un certificat dans le contexte de la signature numérique, il ne s'agissait pas là d'un élément caractéristique du certificat lui-même.

73. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de procéder à l'examen du projet d'article 5. Il a toutefois été convenu que le débat devrait être rouvert après que le Groupe de travail aurait achevé son examen des dispositions de fond des Règles uniformes.

Titre

74. De l'avis d'un grand nombre de participants, le titre du projet d'article 5 n'était pas assez descriptif et risquait d'être source d'erreur. Il a été décidé de le modifier, par exemple, de la manière suivante : “Signatures numériques étayées par des certificats”.

Paragraphe 1

Chapeau

75. Certains ont estimé que la référence à la notion de “signature numérique sécurisée” n'était pas nécessaire dans le projet d'article 5 et devrait être remplacée par une référence aux conditions énoncées à l'article 7 de la Loi type. Il a été répondu qu'une telle référence à l'article 7 de la Loi type limiterait de manière inappropriée le champ d'application du projet d'article 5 en supposant l'existence de conditions légales de la signature, qui devraient être remplies dans un contexte électronique. L'objet du projet d'article 5 était plus large et il visait directement à éviter toute incertitude quant aux effets juridiques des signatures numériques, à condition que soient respectées certaines normes techniques, qu'il existe ou non des conditions particulières applicables à la signature.

76. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que les références à une “signature électronique sécurisée” et aux conditions énoncées à l'article 7 de la Loi type devraient être conservées en tant que variantes, en vue d'un nouvel examen par le Groupe de travail lors d'une session future. Le chapeau du projet d'article 5 devrait être libellé comme suit : “Pour ce qui est de la totalité ou de toute partie d'un message de données, lorsque l'expéditeur est identifié par une signature numérique, la signature numérique [est une signature électronique sécurisée] [remplit les conditions énoncées à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique] si :”.

Alinéa a

77. L'alinéa *a* a été jugé dans l'ensemble acceptable quant au fond. Afin de mieux mettre l'accent sur la fiabilité requise du processus utilisé pour la signature numérique, il a été décidé d'insérer le mot “de manière sécurisée”, afin de qualifier tant la création de la signature numérique que sa vérification par référence à la clef publique indiquée dans le certificat. Il a également été décidé que la référence à la validité du certificat serait conservée sans crochets dans le projet de disposition.

Alinéa b

78. Pour ce qui est du sous-alinéa i de l'alinéa *b*, il a été jugé dans l'ensemble que les mots “agréé” ou “enregistré” étaient préférables au mot “habilité” dans une disposition traitant des cas où les États adopteraient une approche réglementaire des infrastructures à clef publique. Pour ce qui est du sous-alinéa ii, on a jugé que cette disposition devrait être supprimée, car le champ d'application du projet d'article 5 devrait se limiter à l'utilisation de certificats émis par des autorités de certification agréées par l'État adoptant. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il faudrait faire référence aux normes de l'industrie et aux mécanismes qui pourraient être élaborés par les praticiens afin de garantir la fiabilité de telles normes. Il a été convenu qu'une telle référence était nécessaire, compte tenu de l'approche “duale” en matière de signatures numériques et d'infrastructures à clef publique adoptée par le Groupe de travail lors de sa session précédente (voir A/CN.9/437, par. 69). En vertu de cette approche, les normes

industrielles seraient reconnues aux côtés des règles officielles. Il a été noté que, dans certains pays, les autorités publiques ne souhaiteraient sans doute pas participer à l'établissement de normes de sécurité pour les signatures numériques. À ce propos, il a été déclaré que le projet d'article 5 ne devrait pas se contenter de mentionner les "normes de sécurité", mais englober plus largement les différents types de normes qui pourraient être élaborés par l'industrie.

79. Pour ce qui est de la référence aux normes industrielles reconnues, il a été proposé de s'inspirer de l'article 9-2 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[c], qui fait référence à "tout usage dont [les parties] avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée". Toutefois, il a été jugé dans l'ensemble qu'une référence à des "normes commercialement appropriées et internationalement reconnues" serait plus satisfaisante.

80. Compte tenu du débat ci-dessus, il a été convenu que l'alinéa *b* devrait être modifié comme suit, aux fins d'un examen futur :

"*b)* le certificat rattache une clef publique à l'identité d'une personne en vertu du fait que :

i) le certificat a été émis par une autorité de certification agréée par ... *[l'État adoptant spécifie l'organe ou l'autorité ayant pouvoir d'agréer les autorités de certification et de promulguer des règles concernant les fonctions des autorités de certification agréées];* ou

ii) le certificat a été émis par une autorité de certification habilitée par un organe d'habilitation responsable appliquant des normes commercialement appropriées et internationalement reconnues concernant la fiabilité de la technologie, des pratiques et d'autres caractéristiques pertinentes de l'autorité de certification. Une liste non exclusive des organes ou normes conformes au présent paragraphe peut être publiée par ... *[l'État adoptant spécifie l'organe ou l'autorité ayant pouvoir d'émettre des normes reconnues concernant les fonctions des autorités de certification agréées]*; ou

iii) le certificat a été émis de toute autre manière conformément à des normes commercialement appropriées et internationalement reconnues."

[c] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.IV.3), première partie.

Paragraphe 2

81. Le paragraphe 2 a suscité diverses préoccupations. Selon un avis, il risquait de faire double emploi avec l'article 2, qui énonçait les présomptions légales liées à la "signature électronique sécurisée". Il a été répondu que le paragraphe 2 était nécessaire pour établir un lien entre une signature numérique qui pourrait être reconnue (par exemple, par un tribunal) comme reliant la clef publique au détenteur, même si elle ne remplissait pas formellement les conditions énoncées au paragraphe 1, et d'autres dispositions des Règles uniformes (par exemple, le projet d'article 3 révisé relatif à la "responsabilité liée aux signatures électroniques sécurisées"). À ce propos, il a été jugé que l'on pourrait introduire dans le projet d'article 3 les mots "Nonobstant les dispositions de l'article 5".

82. On a craint également que le paragraphe 2 n'énonce une norme excessivement souple pour la reconnaissance des signatures numériques ne répondant pas par ailleurs aux conditions énoncées au paragraphe 1. Tel qu'il était actuellement rédigé, le paragraphe 2 pourrait amener à considérer comme "sécurisées" des signatures numériques fondées sur des procédures peu sûres, par exemple, du fait d'une longueur insuffisante de la clef. Il a été répondu que, s'il faudrait peut-être ajouter une référence à la fiabilité des procédures techniques soit dans le projet d'article 5, soit dans la définition de la "signature électronique sécurisée", une disposition telle que le paragraphe 2 était nécessaire, afin de préserver la possibilité que les parties soient autorisées à établir devant un tribunal judiciaire ou arbitral que la signature numérique qu'elles utilisaient était suffisamment fiable pour se voir accorder une valeur légale, même si elle n'était pas utilisée dans le contexte du paragraphe 1. On a émis la crainte, cependant, que le fait de considérer des signatures comme "sécurisées" ne crée des présomptions et n'assigne des responsabilités extracontractuelles en vertu des articles 2 et 3. Il faudrait, a-t-on déclaré, que de telles conséquences importantes puissent être déterminées par rapport à des règles et normes claires avant l'utilisation de la signature, et non imposées ultérieurement par un tribunal à une partie ne se doutant de rien.

83. Diverses suggestions ont été faites sur la manière d'exprimer la référence aux règles générales en matière de preuve énoncées au paragraphe 2. Selon un avis, le paragraphe 2 devrait être d'une portée plus large, afin d'englober non seulement les cas où un certificat était utilisé, mais aussi tout autre cas où une signature numérique ou toute autre signature électronique était utilisée. Selon cet avis, la référence au "certificat" devrait être supprimée au paragraphe 2, qui devrait être déplacé dans la section traitant des signatures électroniques en général. Selon un autre avis, le champ d'application du paragraphe 2 devrait être plus étroit et la disposition ne devrait s'appliquer que lorsque la signature numérique était créée durant la période d'effet d'un certificat. Selon cet avis, la règle énoncée au paragraphe 2 devrait être incorporée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de la manière suivante :

"iv) des preuves suffisantes font apparaître que le certificat rattache avec précision la clef publique à l'identité du détenteur."

84. Après un débat, le Groupe de travail n'est pas arrivé à un consensus sur la portée et l'emplacement de la disposition énoncée au paragraphe 2. Le Secrétariat a été prié d'élaborer un projet de disposition révisé comportant des variantes, afin de tenir compte du débat, en vue de sa soumission au Groupe de travail lors d'une session ultérieure.

Article 6. *Signature par des personnes morales*

85. Le texte du projet d'article 6 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "[Une personne morale peut identifier un message de données en apposant sur ce message la clef cryptographique publique certifiée pour cette personne morale. La personne morale n'est considérée [comme étant l'expéditeur] [comme ayant approuvé l'envoi] du message que si le message est également signé numériquement par la personne physique autorisée à agir au nom de cette personne morale.]"

86. Il a été rappelé qu'à la session précédente du Groupe de travail il avait été jugé dans l'ensemble que le projet d'article 6 devrait être supprimé. Ce dernier avait été conservé entre crochets, afin de rappeler au Groupe de travail qu'il devrait peut-être étudier plus en détail la mesure dans laquelle les Règles uniformes devraient valider les fonctions d'"agents électroniques" ayant pour objet d'authentifier automatiquement des messages de données (voir A/CN.9/437, par. 115 à 117). Le Groupe de travail a décidé que la question des "agents électroniques" devrait être examinée ultérieurement. Il a toutefois été décidé que le projet d'article 6 serait supprimé, car il pourrait être considéré comme empiétant de manière inappropriée sur d'autres domaines du droit (par exemple, le droit de la représentation et les dispositions du droit des sociétés traitant de la représentation des sociétés par des personnes physiques).

Section III. Autres signatures électroniques

87. De l'avis général, la section III devrait être maintenue dans les Règles uniformes, en attendant qu'une décision soit prise quant à la question de savoir si le principe de la non-discrimination énoncé dans la définition de "signature" et de "signatures électroniques sécurisées" (et exprimé en vertu du statut juridique reconnu à toute technique d'authentification pouvant être considérée comme une signature électronique "sécurisée") devrait être également exprimé sous forme de disposition plus précise traitant des techniques d'authentification autres que les signatures numériques.

88. Afin de fournir davantage de renseignements au Groupe de travail sur la manière dont les signatures numériques et d'autres techniques d'authentification pourraient fonctionner, un certain nombre d'exposés de caractère technique ont été présentés. Ces exposés sont récapitulés ci-dessous (par. 89 à 105).

89. On a rappelé que le commerce électronique sécurisé exigeait que les parties à une transaction puissent s'authentifier. S'agissant de l'interaction électronique (par exemple, les achats sur Internet), dans de nombreux cas, les méthodes traditionnelles d'authentification étaient soit inexistantes, soit dépourvues de fiabilité. Le besoin de méthodes fiables d'authentification électronique allait au-delà des exigences du commerce et s'appliquait à presque tous les types d'interaction dans un environnement numérique.

90. On a fait observer qu'il existait actuellement une grande diversité de solutions pour répondre à ces besoins. Ces solutions comportaient un élément technologique et un élément méthodologique. Si l'attention était en général principalement axée sur les différentes technologies, il ne fallait pas sous-estimer l'impact de la méthodologie ou du modèle commercial qui sous-tendait la solution offerte par l'authentification électronique. Outre de nombreuses approches technologiques, le marché offrait également une grande richesse de méthodologies qui mettaient à profit ces technologies. La diversité des solutions mettait en évidence les différents types d'authentification qu'exigeaient les nombreuses situations que l'on pouvait rencontrer dans un environnement numérique. À mesure que cet environnement se développait, de nouvelles solutions devenaient nécessaires.

91. Les méthodes d'authentification pouvaient être regroupées en plusieurs catégories selon la caractéristique faisant l'objet de l'authentification. Les trois catégories principales ont été présentées comme suit : *a)* "quelque chose que vous savez"; *b)* "quelque chose que vous êtes"; et *c)* "quelque chose que vous avez". De nombreuses solutions se fondaient sur une combinaison de ces trois caractéristiques.

92. La première catégorie ("quelque chose que vous savez") était une des caractéristiques les plus couramment utilisées pour authentifier les individus. Les mots de passe et les numéros d'identification personnels relevaient de cette catégorie. La plupart des systèmes informatiques offraient un choix de mots de passe qui permettaient à ceux qui détenaient un mot de passe valide d'accéder à des ressources. Par exemple, l'accès automatique aux informations relatives à un compte bancaire exigeait des utilisateurs qu'ils connaissent le bon numéro d'identification personnel associé au compte interrogé. Dans cette catégorie, un autre type d'authentification se fondait sur des informations personnelles que seul un individu donné était censé connaître. Par exemple, dans certaines juridictions, il était courant qu'une banque demande à un individu de donner le nom de jeune fille de sa mère lors de l'ouverture d'un compte bancaire. Cette information pouvait être utilisée ultérieurement pour authentifier le titulaire du compte. Si cette catégorie d'authentification était largement utilisée dans la pratique, elle présentait certaines faiblesses. Premièrement, elle impliquait habituellement que les informations partagées soient secrètes ou difficiles à obtenir. En second lieu, elle impliquait que les parties aient eu une relation préalable leur permettant de "partager" l'élément secret de la connaissance (par exemple, le mot de passe, le numéro d'identification personnel ou le nom de jeune fille de la mère).

93. La deuxième catégorie des méthodes d'authentification ("quelque chose que vous êtes") renvoyait souvent à la biométrie. Cette approche mettait à profit des qualités innées de l'individu aux fins de l'authentification. Certains aspects innés utilisés en biométrie étaient notamment les suivants : empreintes digitales, empreinte rétinienne, iris, empreintes de mains, empreintes vocales et signatures manuscrites. Dans la mesure où toutes ces caractéristiques étaient uniques pour chaque individu, elles offraient une excellente méthode d'authentification. Si les informations concernant ces caractéristiques pouvaient être rendues publiques, alors ce type d'authentification n'exigerait plus une relation préalable. En outre, ces approches pouvaient souvent assurer une authentification efficace car il était très difficile de manipuler ou d'induire en erreur ces systèmes. Un inconvénient de ces techniques était que leur mise en œuvre coûtait plus cher, car il fallait utiliser certains types de matériel pour obtenir des informations sur l'aspect considéré. Une autre préoccupation suscitée par certaines applications relevant de cette catégorie était liée au mécanisme utilisé pour collecter des informations biométriques. Dans certains cas, ces dispositifs étaient jugés importuns (par exemple, le scanner de la rétine supposait que les utilisateurs appliquent l'œil sur un oculaire, après quoi une lumière rouge était utilisée pour scanner la rétine). Dans d'autres cas, l'information obtenue par le scanner d'authentification pouvait divulguer des renseignements sur la santé de l'individu que celui-ci ne voulait pas rendre publics (par exemple, certaines conditions de santé pouvaient être diagnostiquées par des irrégularités dans l'iris, et, de ce fait, si un scanner de l'iris n'était pas physiquement gênant, certains considéraient qu'il empiétait sur la vie privée). Enfin, certains de ces mécanismes n'étaient pas toujours fiables lorsque les conditions d'utilisation étaient "anormales" (par exemple, empreintes digitales présentant une coupure sur un doigt). Néanmoins, les solutions biométriques étaient largement considérées comme l'une des méthodes d'authentification les plus efficaces et étaient actuellement utilisées dans la pratique. On a donné des exemples d'un pays où les services d'immigration et de naturalisation mettaient à l'essai une technologie d'empreintes de mains pour accélérer le contrôle des passeports; en outre, des compagnies d'assurances utilisaient la biométrie pour authentifier la signature d'individus dans le traitement des sinistres.

94. La troisième catégorie de méthodes d'authentification ("quelque chose que vous avez") a été présentée comme l'un des domaines les plus actifs de l'authentification électronique. Ce "quelque chose" pouvait être matériel (par exemple, un mécanisme de questions-réponses) ou être une information (par exemple, une clef cryptographique). Un mécanisme de questions-réponses était similaire à l'approche du secret partagé adoptée dans la catégorie "quelque chose que vous savez", mais il impliquait l'utilisation de matériel. Cette solution exigeait que l'on donne à des individus un mécanisme qui était unique et qui était affecté à un utilisateur seulement. Lorsque l'individu voulait accéder à un service, le système hôte lui demandait de s'identifier (habituellement par un nom d'utilisateur), puis le système produisait une question numérique fondée sur l'information qu'il détenait sur le mécanisme unique affecté à l'individu. L'individu entrait alors ce numéro dans le mécanisme qui produisait une réponse numérique. Cette réponse numérique pouvait ensuite être saisie dans le système auquel le détenteur du mécanisme voulait accéder. Le système hôte "savait" qu'il n'y avait qu'une réponse acceptable à la question numérique posée à l'individu et que cette réponse acceptable ne pouvait être produite que par le mécanisme unique affecté à cet individu. De ce fait, si l'individu entrait la bonne réponse numérique, le système hôte "savait" que la personne qui essayait d'y accéder était bien celle qu'elle prétendait être. Ce type de mécanisme était couramment utilisé pour authentifier les individus qui cherchaient à accéder à distance à des systèmes informatiques. Il était également utilisé par une banque dans le cadre d'un projet pilote de services bancaires à domicile dénommé *"browser banking"*, car il permettait à un individu d'accéder à un compte bancaire à partir de n'importe quel navigateur ou machine. Cette application mettait en évidence l'un des atouts de cette méthode. En effet, si elle exigeait un élément matériel, elle n'impliquait pas de modification du système comme les cartes à puce.

95. Une autre sous-catégorie de la troisième catégorie portait sur l'utilisation des signatures numériques. L'aspect majeur de la technologie des signatures numériques était l'utilisation d'une clef privée pour créer une signature numérique et l'utilisation d'une clef publique pour authentifier la signature numérique. La clef privée utilisée pour créer les signatures numériques pouvait être stockée sur un disque dur ou sur une carte à microprocesseur et devait être conservée de façon très confidentielle par l'utilisateur. La clef publique était largement répandue. Différentes théories étaient associées à l'application de la technologie des signatures numériques, chacune offrant un moyen de donner confiance au destinataire d'une signature numérique.

96. Une des premières méthodes consistait à créer un répertoire des personnes et des clefs publiques. Selon ce modèle, le destinataire d'un document signé numériquement vérifiait la clef publique du signataire du document dans un répertoire fiable. Il a été indiqué qu'actuellement plusieurs applications étaient fondées sur ce modèle.

97. Une autre approche, découlant de l'approche ci-dessus, se fondait sur des certificats numériques. Ces certificats étaient des documents électroniques, numériquement signés par une entité de confiance. Lorsqu'un document était signé numériquement, une copie du certificat numérique du signataire y était jointe. Celle-ci contenait des informations sur la personne et sur sa clef publique. Lorsque le destinataire recevait le message et le certificat numérique, il utilisait la clef publique figurant dans le certificat numérique pour authentifier le message.

98. L'une des utilisations courantes des certificats numériques se fondait sur une norme (ISO X.509), qui offrait une hiérarchie d'entités de confiance utilisables pour authentifier les parties. Cette approche était souvent désignée sous le nom de "modèle des cartes de crédit", car elle se fondait sur le modèle retenu dans l'industrie des cartes de crédit. Par exemple, un commerçant pouvait ne pas connaître un consommateur, mais être disposé à

accepter certaines cartes à des fins de paiement, car il savait que la carte était délivrée au consommateur par une banque (le nom de la banque figurant toujours sur la carte) qui était autorisée à émettre ladite carte par la société de cartes de crédit. Même si le commerçant ne connaissait pas la banque ayant délivré la carte, il pouvait faire confiance au consommateur, car il savait que celui-ci avait été authentifié par la banque et que la banque avait été authentifiée par la société de cartes de crédit. De même, les hiérarchies de la norme X.509 permettaient l'authentification des certificats numériques par une chaîne hiérarchique d'entités de confiance (appelées "Autorités de certification"), qui pouvait être vérifiée par le destinataire du certificat. La dernière autorité de certification dans cette chaîne de confiance était désignée sous le nom d' autorité de base *(root)*. De ce fait, la signature numérique d'un document selon cette méthode consistait en l'envoi du certificat numérique du signataire et de tous les certificats numériques connexes associés à la hiérarchie utilisée. Selon ce modèle, le destinataire pouvait vérifier l'ensemble de la chaîne de confiance, sans avoir à se reporter à un répertoire en ligne. Cette approche était considérée comme particulièrement bien adaptée aux communications de confiance entre un grand nombre de personnes n'ayant aucun contact, ou que des contacts limités, entre elles. L'un des atouts de cette approche, l'aptitude à rattacher de nombreux certificats à une autorité de base, était aussi une de ses faiblesses. Si l'autorité de base était compromise, tout ce qui était au-dessus perdait sa fiabilité.

99. Une autre variante de l'utilisation des certificats numériques était souvent désignée sous le nom de "modèle de réseau confiance" *(web of trust model)*. Dans ce modèle, il n'y avait pas d'autorité de certification. Les certificats numériques étaient créés par des individus. Il n'y avait pas d'autorité de base. Les individus décidaient à qui ils se fieraient et dans quelle mesure. Le modèle était conçu pour des petites collectivités d'usagers ayant des contacts réguliers et était difficile à mettre en œuvre à grande échelle. Néanmoins, ce modèle est actuellement utilisé dans de nombreux contextes.

100. Il a été déclaré que l'un des importants éléments à prendre en compte pour mieux comprendre l'utilisation des certificats numériques X.509 était l'importance historique accordée à l'identité. Comme la norme X.509 découlait du répertoire X.500, elle était naturellement axée sur l'association de clefs publiques à l'identité de personnes. Cette importance accordée à l'identité, a-t-on déclaré, compliquait de nombreuses questions d'ordre public, liées à l'utilisation des signatures numériques. S'il était clair que certains certificats numériques authentifiaient l'identité d'une personne, il était également clair que d'autres certificats numériques avaient des fonctions autres que cette authentification. De tels certificats pouvaient également être utilisés pour authentifier les droits d'un individu ou ses relations, sans pour cela certifier son identité. Dans de nombreux cas, il n'était pas nécessaire, ou il n'était parfois même pas souhaitable de connaître l'identité de l'individu. Il existait de nombreux certificats délivrés à des fins spéciales qui ne pouvaient être utilisés que pour certaines fonctions, de même que la carte de crédit d'un individu ne pouvait être utilisée pour authentifier son identité et qu'un passeport ne pouvait l'être pour acheter des marchandises. Cette tendance à se fonder sur l'identité, quoique logique, pouvait limiter considérablement l'utilisation de cette technologie. Si chaque application fondée sur les signatures numériques devait remplir les strictes conditions d'un certificat d'identité à usage général, alors la technologie serait très difficile à utiliser et très onéreuse. Il importait de se rappeler qu'il existait un large éventail d'exigences en matière d'authentification et que la technologie était suffisamment souple pour répondre à toutes ces exigences.

101. Lorsque certaines sociétés de cartes de crédit avaient décidé de mettre au point une méthode sûre pour le commerce électronique par le biais de réseaux publics tels que l'Internet, elles avaient recensé trois grands objectifs commerciaux : la solution devait être sûre; elle devait être disponible à tout fournisseur de techniques désireux d'élaborer un produit conforme au protocole défini; et toutes les applications devaient pouvoir fonctionner entre elles. Pour l'industrie des paiements, le terme "sûr" ou "sécurisé" comportait les trois éléments suivants : 1) caractère confidentiel de l'information relative au paiement, y compris l'intitulé du compte du consommateur; 2) intégrité de l'information relative à la commande; et 3) authentification des parties à l'opération. C'est pour offrir le niveau requis de "sécurité" qu'avait été créé le protocole intitulé *"secure electronic transaction"* (SET). Ce protocole utilisait les signatures numériques (sur la base du modèle X.509) pour remplir les fonctions d'intégrité des données et d'authentification des parties.

102. Une brève description du protocole SET avait été faite. Un consommateur qui décidait d'effectuer une opération de commerce électronique sécurisée au moyen du SET devait d'abord obtenir un logiciel conforme aux procédures énoncées par l'autorité de certification de base du SET. Ce logiciel créait une paire de clefs et un formulaire que le consommateur adressait à l'entité ayant émis la carte de paiement devant être utilisée. Le logiciel plaçait la clef publique dans la demande de certificat et invitait le consommateur à donner des renseignements sur son identité, afin que l'organisme financier puisse vérifier que la personne demandant le certificat était autorisée à le faire. Cette demande était adressée à l'organisme financier par Internet. Si la demande était acceptée, l'organisme financier signait numériquement le certificat du consommateur et le lui renvoyait par Internet. Le logiciel du consommateur enregistrait le certificat numérique dans l'ordinateur du consommateur. Cette procédure n'était effectuée qu'une fois pour l'obtention du certificat.

103. Le consommateur commençait alors à effectuer ses achats en direct et pouvait entreprendre des opérations sûres avec les commerçants au moyen du logiciel conforme au protocole SET. Durant les premières étapes de l'opération, le logiciel du consommateur demandait au commerçant des informations en vue d'une authentification. Le logiciel authentifiait le commerçant en vérifiant toutes les signatures numériques et certificats numériques adressés par le commerçant. S'il y avait un problème à tout moment du processus d'authentification, le consommateur était averti. Le consommateur identifiait alors les biens ou services qu'il désirait acheter, choisissait la méthode de

paiement et effectuait l'opération. Le logiciel du consommateur séparait les informations relatives au paiement et les informations relatives à la commande. Les informations relatives au paiement étaient codées au moyen d'une méthode de cryptographie fiable, de sorte que l'organisme financier du commerçant était seul à même de les décrypter. Les informations relatives à la commande, spécifiant ce qui était commandé et d'autres détails de l'opération, ainsi que les informations codées relatives au paiement, étaient signées numériquement et envoyées au commerçant. Lorsque le commerçant recevait ce message, il séparait les informations codées relatives au paiement, signait numériquement le nouveau message et l'adressait à son organisme financier. Ce dernier vérifiait la signature numérique du commerçant, décryptait les informations relatives au paiement, puis les soumettait pour traitement à l'infrastructure de paiement utilisée. Il signait numériquement l'autorisation et l'envoyait au commerçant. Le commerçant envoyait alors une réponse signée numériquement au consommateur. Si l'opération était autorisée, le commerçant honorait la commande.

104. Il a été indiqué que le protocole SET était un exemple de l'utilisation de la technologie des signatures numériques pour l'authentification des messages et des parties. Toutefois, il importait de noter que les certificats SET n'étaient pas des certificats d'identité. Ils n'authentifiaient pas l'identité d'une personne et ne pouvaient être utilisés pour cette fonction, comme il était explicitement indiqué dans la déclaration jointe aux certificats. Les certificats SET ne faisaient qu'authentifier le lien entre une clef publique et un intitulé de compte. Le SET utilisait la technologie des signatures numériques pour offrir un surcroît de protection dans le cadre d'une opération, et non pour identifier une personne. En outre, le SET n'utilisait pas de listes d'annulation des certificats pour les certificats de consommateurs ou de commerçants. Dans le cadre du modèle commercial SET, de telles listes n'étaient pas nécessaires. Les opérations devaient toujours être autorisées par l'infrastructure de paiement utilisée, de sorte que l'ajout de listes d'annulation des certificats des titulaires de cartes n'offrirait aucun avantage, tout en augmentant sensiblement le coût de la mise en place et de l'entretien du système.

105. Il a été indiqué que le SET illustrait : 1) l'utilisation des signatures et certificats numériques à des fins autres que l'identification; 2) l'émission de certificats par des autorités de certification non agréées, relevant du marché; 3) l'émission de certificats dans un système où les parties avaient défini par convention leurs droits et responsabilités; et 4) le fait que, dans certains cas, une partie se fiant à un certificat (la banque ayant effectué le paiement sur la base d'informations signées numériquement par le consommateur) pouvait être l'émetteur du certificat. Le SET n'était qu'un exemple de la mise en œuvre de la technologie des signatures numériques. Il a été déclaré que de nombreuses autres utilisations apparaîtraient durant les années à venir et qu'elles se fonderaient sur des technologies et modèles commerciaux qui n'existaient pas encore.

106. Le Groupe de travail s'est félicité des présentations qui avaient été faites. Il a été jugé dans l'ensemble que ces illustrations des techniques actuellement mises en œuvre ou envisagées étaient utiles pour permettre une meilleure compréhension des problèmes juridiques qu'il faudrait traiter dans les Règles uniformes. Le Groupe de travail a exprimé l'espoir que d'autres exposés concernant l'évolution des techniques de signature numérique et des autres techniques d'authentification pourraient être faits lors de sessions ultérieures.

Chapitre III. Autorités de certification et questions connexes

Article 7. *Autorité de certification*

107. Le texte du projet d'article examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Aux fins des présentes Règles, les termes "autorité de certification" désignent :

a) toute personne ou entité agréée [habilitée] par ... *[l'État adoptant indique l'organe ou l'autorité ayant pouvoir d'agréer les autorités de certification et de promulguer des règles concernant les fonctions des autorités de certification agréées]* pour agir en application des présentes Règles;

b) toute personne ou entité qui, dans le cours ordinaire de ses affaires, délivre des certificats concernant des clefs cryptographiques utilisées pour créer des signatures numériques.

[2. Une autorité de certification peut proposer ou faciliter l'enregistrement et l'horodatage de la transmission et de la réception de messages de données et remplir d'autres fonctions ayant trait aux communications protégées au moyen de signatures numériques.]"

Paragraphe 1

108. Selon un avis, le paragraphe 1 mettait trop l'accent sur le cas où la fonction d'autorité de certification était remplie par un tiers indépendant (souvent désigné sous le nom de "tiers de confiance"), ce qui n'était pas le seul cas envisageable. Il a été noté que, dans la pratique en matière de signature numérique, les parties recouraient de plus en plus à des mécanismes d'autocertification (ou de certification mutuelle), ne faisant intervenir que les expéditeurs et destinataires de messages signés numériquement. De ce fait, la définition d'"autorité de certification" devrait être élargie à tous les types de pratiques. Il a été proposé de remplacer à l'alinéa *b* les mots "dans le cours ordinaire de ses affaires" par les mots "dans le cours de ses affaires". Cette suggestion a été jugée dans l'ensemble acceptable.

109. Selon une autre suggestion, il faudrait, outre la définition d'"autorité de certification", traiter également de la définition de l'"autorité d'enregistrement". Cette suggestion n'a pas reçu d'appui, mais il a été jugé dans l'ensemble que la question devrait être réexaminée à un stade ultérieur.

110. Selon une autre suggestion, il faudrait supprimer l'alinéa *a*, car il ne faisait que traiter d'une sous-catégorie de la catégorie visée à l'alinéa *b*, et les mots "dans le cours ordinaire de ses affaires", à l'alinéa *b*, devraient être remplacés par les mots "dans le cours de ses affaires", ou "dans le cadre de ses activités". À l'appui de cette suggestion, il a été déclaré que toute référence à des "autorités de certification agréées" dans les Règles uniformes pourrait être interprétée comme visant à inciter les États adoptants à mettre en place des mécanismes d'agrément, ce qui pourrait être contraire à l'approche "duale" adoptée par le Groupe de travail à sa session précédente (voir A/CN.9/437, par. 69). Il a également été noté que la suppression de l'alinéa *a*, tout en préservant la souplesse requise, mettrait comme il convient l'accent, dans les Règles uniformes, sur l'utilisation des signatures numériques aux fins d'opérations commerciales internationales, par opposition à l'utilisation des signatures numériques à des fins administratives. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il faudrait conserver la teneur de l'alinéa *a*. Il a été noté que, dans certains contextes, les autorités de certification agréées ne fonctionnaient pas toujours comme des "entreprises". En outre, la distinction entre les autorités de certification agréées et celles qui fonctionnaient à titre purement privé était justifiée, compte tenu des régimes juridiques différents pouvant être applicables à ces deux types d'autorités. Un exemple a été donné de ces différences : la législation antitrust pouvant être applicable à des autorités de certification privées ne le serait peut-être pas à des autorités de certification s'acquittant de fonctions publiques. En outre, même si la catégorie traitée à l'alinéa *a* était englobée dans l'alinéa *b*, cet alinéa *a* serait quand même utile pour les États désireux d'appliquer un mécanisme d'agrément, ce qui préserverait la neutralité des Règles uniformes.

111. Compte tenu de ce qui précède, il a été décidé de modifier le paragraphe 1 comme suit, en vue d'un examen ultérieur :

> "1. Aux fins des présentes Règles, les termes "autorité de certification" désignent toute personne ou entité qui, dans le cours de ses affaires, délivre des certificats concernant des clefs cryptographiques utilisées pour créer des signatures numériques.
>
> 2. Le paragraphe 1 s'entend sous réserve de toute loi applicable exigeant qu'une autorité de certification soit agréée ou accréditée, ou qu'elle fonctionne d'une manière spécifiée dans ladite loi."

Paragraphe 2

112. Le maintien du paragraphe 2 a reçu un certain appui. Selon un avis, les diverses fonctions énumérées dans ce paragraphe devraient être complétées par une référence expresse à d'autres fonctions, telles que la création, la gestion, la suspension ou l'annulation des certificats, afin que soit mieux illustré le lien entre les divers services connexes offerts par les autorités de certification et le fonctionnement d'un système de signature numérique, qui constituait l'activité essentielle d'une autorité de certification. Toutefois, selon l'avis qui a largement prévalu, il faudrait supprimer le paragraphe 2, et sa teneur devrait être réexaminée ultérieurement en vue de son inclusion éventuelle dans un guide pour l'incorporation des Règles uniformes, au cas où le Groupe de travail déciderait d'élaborer un tel guide.

Article 8. *Certificat*

113. Le texte du projet d'article 8 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "Aux fins des présentes Règles, le terme "certificat" désigne un message de données [ou un autre document] qui, au minimum :
>
> *a)* identifie l'autorité de certification qui l'émet;
>
> *b)* nomme ou identifie son détenteur ou un dispositif ou un agent électronique sous le contrôle du détenteur;
>
> *c)* contient une clef publique correspondant à une clef privée dont le détenteur a le contrôle;
>
> *d)* spécifie sa période d'effet [et, le cas échéant, les restrictions à l'utilisation de la clef publique]; et
>
> *e)* est signé [numériquement] par l'autorité de certification qui l'émet."

Remarques générales

114. Il a été généralement convenu que l'article 8 devrait être divisé en deux parties (ou en deux articles séparés), l'une donnant une définition générale des certificats visés par les Règles uniformes et l'autre énumérant les éléments minimaux que devraient contenir ces certificats, d'après les alinéas *a* à *e*. On a fait observer qu'une telle division permettrait d'élargir utilement le champ d'application des Règles uniformes, qui serait plus limité si tous les éléments énoncés au projet d'article 8 étaient englobés dans la définition du "certificat".

Définition du terme "certificat"

115. Il a été convenu, dès le départ, qu'il ne serait peut-être pas indiqué de donner des définitions techniques des certificats, car ces définitions seraient probablement révisées pour tenir compte de l'évolution des besoins et des technologies. Le Groupe de travail a ensuite examiné une définition du terme "certificat" sur la base du libellé suivant : "Aux fins des présentes Règles, le terme "certificat" désigne un message de données ou un autre document émis par une autorité de certification en vue d'identifier une personne ou une entité détenant une clef privée".

116. On a fait observer qu'une telle définition couvrait uniquement les certificats d'identité et laissait hors du champ d'application des Règles uniformes divers certificats qui étaient largement utilisés et qu'il serait peut-être nécessaire de reconnaître. Des vues divergentes ont été exprimées sur ce point. Selon l'une d'entre elles, seuls les

certificats d'identité devraient être traités dans les Règles uniformes. Selon une autre, il faudrait également englober d'autres types de certificats (par exemple, les certificats de pouvoirs). Bien que cette opinion ait bénéficié d'un certain appui, on a exprimé la crainte que, si les Règles uniformes visaient d'autres certificats, les dispositions portant sur les garanties données par une autorité de certification et, en conséquence, sa responsabilité ne doivent établir des régimes juridiques différents pour les différents types de certificats émis, ce qui pourrait rendre la tâche du Groupe de travail par trop ambitieuse.

117. S'agissant de la forme, il a été proposé, pour couvrir divers types de certificats, d'élaborer une définition générale s'appliquant à tous les types de certificats, et d'énoncer ensuite dans des dispositions subséquentes les éléments minimaux devant figurer dans chaque type de certificat. Pour ce faire, il a été suggéré d'adopter un libellé tel que : "Aux fins des présentes Règles, le terme 'certificat' désigne un message de données permettant la vérification d'un message de données correspondant à la clef publique contenue dans le certificat." Il faudrait ensuite énoncer l'objet de chaque type de certificat, par exemple, de la façon suivante : "Un certificat d'identité a pour objet de fournir une preuve de l'identité." Pour rendre l'idée que les certificats peuvent remplir diverses fonctions, il a aussi été proposé de modifier la définition en indiquant que le message de données était "supposé vérifier l'identité ou une autre caractéristique importante d'une personne". Il a été suggéré par ailleurs de remplacer par des mots tels que "confirmer", "établir", ou un autre terme analogue le mot "vérifier", auquel on pouvait donner parfois un sens technique précis.

118. Les débats se sont concentrés sur la dernière définition proposée. S'agissant de la formulation exacte de la définition des termes "certificat d'identité", un certain nombre de suggestions ont été faites. Il a été proposé notamment d'éviter les termes "autre document". À l'appui de cette proposition, on a déclaré que l'incorporation du mot "document" dans les Règles uniformes risquait de donner lieu à des problèmes pour l'interprétation de l'article 2 *a* de la Loi type. En réponse à cet argument, on a fait observer que ce mot permettrait d'éviter toute incertitude quant à la question de savoir si un certificat uniquement sur papier serait couvert par les Règles uniformes. Il a aussi été proposé, pour éviter des problèmes d'interprétation quant aux intentions subjectives des parties, de remplacer les mots "en vue d'identifier" par les mots "qui identifie".

119. À l'encontre du libellé proposé, on a fait valoir qu'il pourrait engendrer une situation dans laquelle l'autorité de certification serait en mesure d'échapper à sa responsabilité en n'identifiant pas la personne à l'intention de laquelle le certificat était émis. Il fallait donc insérer un libellé tel que "supposé identifier". Selon une autre proposition, le mot "personne" devrait être remplacé par le mot "sujet", terme spécialisé largement utilisé dans la pratique et qui permettrait de prendre dûment en compte les cas dans lesquels le sujet du certificat n'était pas une personne mais "un dispositif ou un agent électronique". Les arguments des opposants à cette suggestion étaient que si l'on utilisait le terme "sujet", il faudrait le définir par référence à une "personne", que ce serait, en tout état de cause, une personne qui contrôlerait tout "dispositif ou agent électronique", et que le terme "sujet" serait incompatible avec la terminologie employée dans la Loi type ainsi que dans d'autres textes de la CNUDCI. L'emploi du mot "personne" a été jugé acceptable, à condition de préciser qu'il désignait le sujet d'un certificat et englobait également le terme "entité". Quant à ce dernier, il a été convenu de le maintenir jusqu'à ce que le Groupe de travail prenne une décision définitive sur la question de savoir si "un dispositif ou un agent électronique" pouvait être le sujet d'un certificat. Selon une autre proposition encore, il faudrait remplacer les termes "une paire de clefs" par les termes "une clef privée".

120. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de reformuler comme suit la définition :

> *"Certificat [d'identité]*
>
> Aux fins des présentes Règles, le terme "certificat" [d'identité] désigne un message de données ou un autre document émis par une autorité de certification et supposé confirmer l'identité [ou une autre caractéristique importante] d'une personne ou d'une entité détenant une paire de clefs particulière."

121. Il a été convenu que les termes "d'identité" et "ou d'une autre caractéristique importante" placés entre crochets permettraient au Groupe de travail d'examiner ultérieurement la question de savoir si les Règles uniformes devaient viser des certificats autres que les certificats d'identité.

Disposition relative au contenu minimal d'un certificat d'identité

122. Le Groupe de travail s'est ensuite penché sur les alinéas *a* à *e*, en se concentrant sur la question de savoir s'ils décrivaient avec exactitude le contenu minimal d'un certificat d'identité.

Remarques générales

123. Il a été généralement convenu que l'objectif pratique d'une disposition énumérant les éléments minimaux d'un certificat était d'énoncer les normes qu'une autorité de certification devrait respecter pour remplir sa fonction et éviter d'être tenue responsable d'un préjudice dû au fait qu'elle n'avait pas inclus dans le certificat tous les éléments nécessaires. Le sentiment largement partagé a été qu'aucune décision définitive ne pouvait être prise au sujet du contenu minimal d'un certificat avant qu'ait été clarifiée la question de la responsabilité de l'autorité de certification et celle des types de certificats devant être visés par les Règles uniformes. Le Groupe de travail a décidé d'examiner les alinéas *a* à *e* en partant du principe qu'un échange de vues préliminaire pourrait faciliter la reprise du débat à un stade ultérieur.

124. Lors du débat, on s'est demandé si un certificat qui ne remplissait pas les conditions minimales énoncées dans le projet d'article 8 devait être considéré comme non valide

ou si le projet d'article 8 devait faire fonction de règle par défaut, auquel cas le certificat pourrait être valide, si les parties en décidaient ainsi. Dans le dernier cas, il a été proposé d'ajouter au projet d'article 8 une règle s'inspirant du projet d'article 5-2.

Chapeau

125. Il a été convenu qu'un certificat pouvait être émis sous une forme uniquement papier, mais des doutes ont été exprimés quant à l'adéquation de l'expression "ou autres documents" (voir par. 118 ci-dessus).

Alinéa a

126. L'alinéa *a* a été jugé généralement acceptable quant au fond.

Alinéa b

127. On s'est demandé si le mot "détenteur" désignait la personne à l'intention de laquelle le certificat était émis ou bien la personne détenant une copie dudit certificat et s'y fiant. Il a en outre été déclaré que l'emploi du terme "détenteur" était source d'incertitude, car, dans le projet d'article 8, il désignait à la fois la personne détenant le certificat et la personne détenant la paire de clefs appropriée. Il a été proposé d'employer plutôt le terme "sujet", mais, pour les raisons susmentionnées, le Groupe de travail a exprimé une préférence générale pour le terme "personne" (voir par. 119 ci-dessus). Toutefois, il a été décidé de conserver les deux termes en les mettant entre crochets, en vue d'un examen plus approfondi de la question. Pour ce qui était des termes "un dispositif ou un agent électronique", dont l'emploi, a-t-on déclaré, créait une incertitude, il a été décidé de les placer entre crochets jusqu'à ce que le Groupe de travail étudie plus avant la question (voir par. 119 ci-dessus).

Alinéa c

128. L'alinéa *c* a été jugé généralement acceptable quant au fond. Pour ce qui est du terme "détenteur", il a été décidé de le remplacer par les mots "sujet" et "personne" placés entre crochets (voir par. 127 ci-dessus).

Alinéa d

129. Il a été généralement convenu que la période d'effet était un des éléments fondamentaux d'un certificat. En ce qui concerne le champ d'utilisation d'un certificat et toutes restrictions à cet égard, il a été proposé de supprimer le libellé existant ou tout au moins de le modifier afin de préciser que le champ d'utilisation et les restrictions pouvaient être incorporés dans le certificat par référence. Il a été déclaré, à l'appui de cette proposition, qu'il pourrait être impossible d'inclure dans un certificat une liste complète de toutes les restrictions. On a fait observer en outre que l'on pourrait ainsi engager involontairement la responsabilité de l'autorité de certification en cas d'omission d'une des restrictions possibles dans un certificat. À l'encontre de cette proposition, on a fait valoir que le champ d'utilisation et toutes restrictions à cet égard étaient des éléments fondamentaux sur la base desquels on pouvait évaluer la fonction et l'intégrité d'un certificat. En outre, en y faisant référence, on tenait compte de la nécessité d'indiquer que les certificats pouvaient remplir diverses fonctions. Il a donc été proposé d'inclure une telle référence entre crochets dans un nouvel alinéa *f*, en vue d'un examen plus approfondi de la question par le Groupe de travail. Sous réserve de ce changement, le Groupe de travail a approuvé l'alinéa *d* quant au fond.

Alinéa e

130. Il a été généralement convenu que la signature de l'autorité de certification constituait l'un des éléments essentiels d'un certificat, mais les avis ont divergé quant à la question de savoir si cette signature devait être numérique. Selon un avis, cela était nécessaire pour assurer l'intégrité du certificat. Selon un autre avis, si la signature de l'autorité de certification était cryptographique, les parties qui s'y fiaient pourraient ne pas être en mesure de déterminer qu'il s'agissait de la signature d'une autorité de certification donnée, indiquant son intention d'être liée par le certificat. Il a été déclaré en outre que si la signature de l'autorité de certification ne résultait pas d'une procédure transparente, le certificat pourrait ne pas être valide. Le Groupe de travail est convenu qu'il était nécessaire de veiller à ce que la signature de l'autorité de certification soit sûre et la procédure transparente. Il a donc été décidé de conserver le mot "numériquement" en enlevant les crochets et d'ajouter les mots "ou sécurisé de toute autre manière" afin de tenir compte des craintes exprimées concernant le terme "numériquement".

Nouvel alinéa g

131. Il a été proposé d'ajouter à la liste des éléments minimaux d'un certificat les algorithmes appliqués par l'autorité de certification. À l'appui de cette suggestion, il a été déclaré que les algorithmes étaient essentiels pour assurer l'identification du signataire et l'intégrité du message de données. À l'encontre de cette suggestion, on a fait valoir que, s'il était nécessaire d'inclure les algorithmes appliqués pour assurer la validité du certificat, l'autorité de certification pourrait dégager sa responsabilité en ne les incluant pas dans le certificat. Il était certes nécessaire d'assurer l'intégrité des données, mais on pourrait y parvenir de façon plus satisfaisante en incluant l'élément intégrité des données dans la définition de la signature numérique. Selon un avis contraire, en omettant d'inclure les algorithmes appliqués dans le certificat, l'autorité de certification serait tenue responsable pour l'émission d'un certificat non valide. Après un débat, le Groupe de travail a décidé d'inclure entre crochets une référence aux algorithmes appliqués dans le projet d'article 8 en vue d'un examen plus approfondi de la question à une session future.

Article 9. *Déclaration relative aux pratiques d'authentification*

132. Le texte de l'article 9 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"Aux fins des présentes Règles, les termes "déclaration relative aux pratiques d'authentification" désignent

une déclaration publiée par une autorité de certification, qui indique les pratiques employées par cette autorité pour émettre et traiter de toute autre manière les certificats.”

133. Le Groupe de travail a noté que le projet d’article 9 portait sur un certain nombre de questions traitées dans d’autres dispositions des Règles uniformes, par exemple, la question des garanties données au moment de l’émission d’un certificat (projet d’article 10) et celle de la responsabilité de l’autorité de certification (projet d’article 12), et a décidé de reporter l’examen de cet article jusqu’à ce qu’il ait terminé l’examen des Règles uniformes.

Article 10. *Garanties données au moment de l’émission d’un certificat*

134. Le texte du projet d’article 10 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

“Variante A

1. Lorsqu’elle émet un certificat, une autorité de certification garantit à toute personne qui se fie raisonnablement à ce certificat, ou à une signature numérique vérifiable par la clef publique qui y est indiquée :

a) qu’elle s’est conformée à toutes les conditions applicables prévues dans les présentes Règles pour l’émission du certificat et, si elle a publié le certificat ou l’a mis de toute autre manière à la disposition de cette personne, que le détenteur désigné dans le certificat [et possédant légitimement la clef privée correspondante] l’a accepté;

b) que le détenteur désigné dans le certificat détient [légitimement] la clef privée correspondant à la clef publique indiquée dans le certificat;

c) que la clef publique et la clef privée du détenteur constituent une paire opérationnelle;

d) que toutes les informations données dans le certificat sont exactes à la date de son émission, sauf si l’autorité de certification a déclaré dans le certificat [ou fait savoir par incorporation par référence dans le certificat] que l’exactitude de certaines informations n’est pas confirmée; et

e) qu’à la connaissance de l’autorité de certification, n’a été omis du certificat aucun fait matériel connu qui, s’il était connu, compromettrait la fiabilité des garanties ci-dessus.

2. Sous réserve du paragraphe 1, l’autorité de certification qui émet un certificat garantit à toute personne qui se fie raisonnablement à ce certificat, ou à une signature numérique vérifiable par la clef publique qui y est indiquée, qu’elle a émis le certificat conformément à toute déclaration applicable relative aux pratiques d’authentification [incorporée par référence dans le certificat, ou] dont la personne se fiant au certificat a été avisée.

Variante B

1. Lorsqu’elle émet un certificat, l’autorité de certification garantit au détenteur, et à toute personne se fiant aux informations figurant dans le certificat [, de bonne foi et] pendant la période d’effet du certificat :

a) qu’elle a [traité] [approuvé] [émis] le certificat et le gérera et l’annulera, le cas échéant, conformément :

i) aux présentes Règles;

ii) à toute autre loi applicable régissant l’émission du certificat; et

iii) à toute déclaration applicable relative aux pratiques d’authentification figurant ou incorporée par référence dans le certificat, ou dont la personne a été avisée, le cas échéant;

b) qu’elle a vérifié l’identité du détenteur dans la mesure indiquée dans le certificat ou dans toute déclaration applicable relative aux pratiques d’authentification ou, en l’absence d’une telle déclaration, qu’elle a vérifié l’identité du détenteur de manière fiable;

c) qu’elle a vérifié que la personne demandant le certificat détient la clef privée correspondant à la clef publique indiquée dans le certificat;

d) qu’à sa connaissance, sous réserve de ce qui est stipulé dans le certificat ou toute déclaration applicable relative aux pratiques d’authentification, toutes les autres informations figurant dans le certificat sont exactes à la date d’émission dudit certificat;

e) que, si elle a publié le certificat, le détenteur qui y est désigné l’a accepté.

[2. Si une autorité de certification a émis le certificat conformément aux lois d’une autre juridiction, elle donne également, le cas échéant, toutes les garanties applicables en vertu de la loi régissant la délivrance.]”

135. Il a été proposé de remplacer le titre du projet d’article par un libellé tel que “procédure d’émission d’un certificat”. On a noté d’emblée que le projet d’article 10, qui établissait une norme par rapport à laquelle devait être mesurée la responsabilité de l’autorité de certification, était étroitement lié au projet d’article 12, qui prévoyait la sanction par rapport à cette norme. Le Groupe de travail, se fondant sur la variante A, a concentré son attention sur la question de savoir si les garanties énumérées aux alinéas *a* à *e* du paragraphe 1 devaient être considérées comme des conditions impératives (c’est-à-dire des normes minimales auxquelles les parties ne pouvaient déroger par convention) ou bien comme des règles “par défaut”. Quant au sens de ces “règles par défaut” possibles, elles ont été décrites, à

divers moments du débat, comme des règles “comblant un vide” (c’est-à-dire des règles contraignantes uniquement en l’absence d’une convention contraire) ou comme des règles à appliquer seulement lorsque n’existait aucun contrat entre les parties.

136. À l’appui de l’option de la règle par défaut, on a avancé les arguments suivants : une règle souple était nécessaire pour tenir compte de l’évolution future de la technologie; imposer en matière de responsabilité une norme rigoureuse aux autorités de certification ne ferait qu’entraver le développement de l’industrie, tout en encourageant l’entrée sur le marché d’autorités de certification moins fiables; l’imposition de normes minimales pour des certificats à sécurité relativement faible pourrait limiter l’utilisation générale de ces certificats dans divers contextes importants; en général, pour ce qui est du contenu du certificat, il ne faudrait déterminer les attentes du détenteur du certificat et des parties qui s’y fient que par référence à ce que l’autorité de certification s’est engagée, dans sa déclaration relative aux pratiques d’authentification ou de toute autre manière, à garantir dans le certificat; et l’adoption de normes impératives minimales pour les certificats pourrait isoler les Règles uniformes de la pratique commerciale sur les principaux marchés. En d’autres termes, il faudrait déterminer la responsabilité de l’autorité de certification uniquement par référence aux obligations que cette dernière avait accepté de contracter. Une telle approche offrait, a-t-on déclaré, la souplesse nécessaire pour prendre en considération la grande diversité des certificats proposés sur le marché. Il a été suggéré de reformuler comme suit le projet d’article 10, qui pourrait être fusionné avec le projet d’article 12 :

> “1. L’autorité de certification énonce explicitement dans le certificat le type de service qu’elle fournit. Si l’obligation de l’autorité de certification n’est pas exprimée dans le certificat, l’autorité de certification est supposée avoir garanti l’identité du détenteur de la clef.
>
> 2. Si l’autorité de certification n’a pas fourni les services énoncés dans le certificat ou a garanti de façon négligente l’identité du détenteur de la clef, elle est responsable envers la partie s’étant fiée au certificat du préjudice subi.
>
> 3. L’autorité de certification peut limiter son obligation de verser des dommages-intérêts en incluant dans le certificat des dénis de responsabilité explicites.
>
> 4. Le présent article s’entend sous réserve de toute convention contraire entre l’autorité de certification et la partie se fiant au certificat.”

137. À l’encontre de cette proposition, on a fait valoir que, dans certains systèmes juridiques, il y aurait incompatibilité entre la définition de critères pour la reconnaissance du statut juridique du certificat, d’une part, et la possibilité de recourir à un déni de responsabilité général afin de faire abstraction des éléments essentiels de ces critères. On a également déclaré qu’il n’existerait en général aucune relation contractuelle entre la partie se fiant au certificat et l’autorité de certification. À cet égard, il pourrait être utile, selon une opinion, de préciser si la notion de “partie se fiant au certificat” devait englober le détenteur de la paire de clefs indiqué dans le certificat. On a aussi fait observer que les certificats pourraient être de taille très réduite et qu’il serait donc difficile d’y inclure des dénis de responsabilité explicites. En réponse à cet argument, il a été déclaré que l’établissement d’une norme minimale concernant le contenu supposé d’un certificat répondait à la nécessité de réduire la taille du certificat lui-même.

138. À l’appui du maintien du paragraphe 1 comme norme minimale à laquelle les parties ne devraient pas être autorisées à déroger par convention privée, il a été rappelé que le Groupe de travail, à sa session précédente, avait pris une décision explicite sur ce point. En outre, l’établissement de conditions minimales non seulement protégerait le détenteur du certificat et d’autres parties se fiant à ce certificat, mais renforcerait également la fiabilité et l’acceptabilité commerciale des mécanismes de signature numérique, ce qui serait aussi dans l’intérêt des autorités de certification. En réponse à une objection selon laquelle l’établissement d’une norme minimale imposerait de lourdes obligations aux autorités de certification, on a fait observer que le projet d’article 10 n’avait pas pour objectif d’imposer quelque obligation que ce soit à l’autorité de certification, mais simplement de définir un régime juridique particulier pour certains certificats qui, en satisfaisant à certaines conditions, pouvaient bénéficier d’un statut juridique particulier. Une autorité de certification demeurerait libre d’offrir des certificats de moindre qualité qui, cependant, ne produiraient pas les mêmes effets juridiques. Les tenants du maintien d’une norme minimale ont reconnu que les mécanismes limitant la responsabilité au titre du projet d’article 12 compenseraient dûment l’acceptation par les autorités de certification de règles impératives au titre du projet d’article 10. Un parallèle a été établi à cet égard avec le régime de responsabilité qui existait dans l’industrie des transports maritimes, où l’interaction de forces du marché sans entraves avait par le passé engendré une incertitude générale d’une ampleur telle que les parties avaient été découragées de s’engager dans des transactions maritimes et qu’il avait été nécessaire d’élaborer des instruments internationaux dans ce domaine tels que les Règles de La Haye.

139. On a fait valoir qu’en limitant la portée de la disposition par la définition d’un type particulier de certificat (par exemple, certificat d’identité émis pour les transactions portant sur des sommes élevées) auquel s’appliquerait le projet d’article 10, on pourrait peut-être rendre la formulation de normes impératives plus acceptable. Une autre solution serait d’adopter une norme impérative restreinte, ce qui contribuerait peut-être à faire accepter l’application de l’article 10 à une catégorie plus large de certificats. Pour combiner ces deux suggestions, il a été proposé de ne retenir comme norme minimale que les alinéas *a*, *d* et *e* du paragraphe 1. La prise en compte de cette proposition dans la suite du débat a bénéficié d’un appui général, mais il a aussi été estimé qu’il fallait clarifier davantage un certain nombre de points.

140. L’un d’entre eux était la catégorie exacte de certificats auxquels s’appliquerait cette norme impérative

restreinte. Selon un avis, elle ne devrait s'appliquer qu'à une catégorie limitée de certificats d'identité offrant une sécurité maximale. L'avis selon lequel une norme plus stricte serait nécessaire pour les certificats auxquels s'attacherait un degré élevé de certitude juridique a bénéficié d'un appui. En particulier, si le certificat avait pour objet de créer une signature juridiquement contraignante, il faudrait prévoir des assurances supplémentaires quant au lien entre le certificat et l'identité du détenteur de la paire de clefs. Toutefois, on a aussi appuyé l'avis selon lequel la norme minimale proposée aux alinéas *a*, *d* et *e* était si restreinte qu'elle pourrait s'appliquer à un large éventail de certificats.

141. Un autre point à clarifier était la compatibilité entre le texte proposé pour le paragraphe 1 et d'autres dispositions des Règles uniformes portant sur la fonction d'identification du certificat. On a rappelé que, pour les signatures numériques, la principale fonction du certificat était d'identifier le détenteur de la paire de clefs, raison pour laquelle il avait été proposé auparavant que le Groupe de travail concentre son attention sur la notion de certificat "d'identité". Si la norme restreinte proposée était adoptée, l'autorité de certification ne donnerait plus aucune garantie quant à l'identité du détenteur, mais se contenterait de garantir que la procédure qu'elle avait définie avait été suivie. On a certes reconnu qu'une telle procédure pourrait indirectement conduire à l'identification du détenteur de la paire de clefs, mais il a été suggéré que l'on envisage de conserver la teneur des alinéas *b* et *c* traitant de l'identification directe (ou "irréfutable") du détenteur, dans les Règles uniformes, en l'insérant éventuellement dans le projet d'article 2.

142. Bien que l'on ait fait valoir que les alinéas *a*, *d* et *e* énonçaient une norme pour les certificats d'identité, il a généralement été convenu, après un échange de vues, qu'une telle norme restreinte pourrait s'appliquer de manière plus appropriée à un large éventail de certificats. Il a aussi été convenu qu'il faudrait réfléchir davantage à la manière de prendre en considération la fonction d'identification, soit dans le projet d'article 10, soit avant, comme fonction essentielle d'une catégorie plus limitée de certificats pour lesquels il fallait un niveau de fiabilité juridique élevé. De l'avis général, la question devrait être examinée de façon plus approfondie à une prochaine session. Entretemps, les alinéas *a*, *b* et *c* seraient maintenus au paragraphe 1, et les alinéas *b* et *c* seraient placés entre crochets. Selon un avis, il serait peut-être indiqué de placer entre crochets, dans le paragraphe 1, un libellé tiré du paragraphe 1 *b* de la variante B aux fins d'examen par le Groupe de travail à une prochaine session. S'agissant de l'alinéa *d*, il a été largement estimé que la mention d'un éventuel déni de responsabilité de l'autorité de certification quant à l'exactitude de l'information contenue dans le certificat ne serait acceptable que si les alinéas *b* et *c* étaient inclus dans le paragraphe 1.

143. S'agissant du paragraphe 2, il fallait, de l'avis général, conserver le principe selon lequel une autorité de certification devrait respecter les engagements qu'elle avait pris dans sa déclaration relative aux pratiques d'authentification.

144. Pour tenir compte de l'échange de vues susmentionné, on a proposé la version révisée suivante du projet d'article 10 :

"Lorsqu'un certificat est émis, il est présumé que :

a) la personne ou l'entité émettant le certificat s'est conformée à toutes les conditions applicables prévues dans les présentes Règles;

[*b)* au moment de l'émission du certificat, la clef privée est celle du détenteur et correspond à la clef publique indiquée dans le certificat;]

[*c)* la clef publique et la clef privée du détenteur constituent une paire de clefs opérationnelle;]

d) toutes les informations données dans le certificat sont exactes à la date de son émission [, sauf si l'autorité de certification a déclaré dans le certificat que l'exactitude de certaines informations n'est pas confirmée];

e) à la connaissance de l'autorité de certification, il n'a été omis du certificat aucun fait matériel connu qui, s'il était connu, compromettrait la fiabilité de l'information contenue dans le certificat; et

[*f)* si l'autorité de certification a publié une déclaration relative aux pratiques d'authentification, le certificat a été émis par l'autorité de certification conformément à cette déclaration.]"

145. Après un échange de vues, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'établir une version révisée du projet d'article 10, en prévoyant des variantes possibles, pour tenir compte du débat susmentionné.

Article 11. *Responsabilité contractuelle*

146. Le texte du projet d'article 11 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Entre une autorité de certification émettant un certificat et le détenteur de ce certificat [ou toute autre partie ayant une relation contractuelle avec l'autorité de certification], les droits et obligations des parties sont déterminés par convention.

2. Sous réserve de l'article 10, une autorité de certification peut, par convention, s'exonérer de sa responsabilité en cas de préjudice dû à des erreurs dans les informations contenues dans le certificat, à des défaillances techniques ou à d'autres circonstances de même nature. Toutefois, la clause limitant ou excluant la responsabilité de l'autorité de certification ne peut être invoquée dans le cas où l'exclusion ou la limitation de la responsabilité contractuelle serait manifestement inéquitable eu égard à l'objet du contrat.

3. L'autorité de certification n'est pas autorisée à limiter sa responsabilité s'il est prouvé que le préjudice a résulté de l'acte ou de l'omission de ladite autorité agissant avec l'intention de causer un préjudice ou

téméraire ment et en sachant qu'un préjudice pourrait en résulter."

147. Il a été noté que le paragraphe 1 énonçait à nouveau le principe de l'autonomie des parties concernant le régime de responsabilité applicable à l'autorité de certification. Il a été noté en outre que le paragraphe 2 traitait la question des clauses d'exonération, qui étaient généralement déclarées admissibles, à deux exceptions près. La première découlait d'une référence au projet d'article 10, qui visait à établir une norme minimale à laquelle les autorités de certification ne devaient pas être autorisées à déroger. La seconde, qui était inspirée des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (art. 7.1.6), tentait d'établir une norme uniforme pour l'évaluation de l'acceptabilité générale des clauses d'exonération. Il a été noté par ailleurs que le paragraphe 3 traitait des cas où une faute intentionnelle de l'autorité de certification ou de ses agents entraînerait une perte ou un autre préjudice (inspiré de l'article 18 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux).

148. Le Groupe de travail a examiné tout d'abord la question de savoir s'il fallait conserver le projet d'article 11 dans les Règles uniformes. À l'appui de sa suppression, on a fait valoir qu'il portait sur des questions qui seraient mieux traitées dans le contrat et dans la loi applicable. On a fait en particulier les observations suivantes : le paragraphe 1 était redondant car il reprenait uniquement le principe de l'autonomie des parties, déjà énoncé à l'article 4 de la Loi type; d'autre part, les paragraphes 2 et 3 empiétaient sur la législation nationale pour des questions pouvant ne pas se prêter à une unification. On a fait observer, par ailleurs, que le projet d'article 10 couvrait suffisamment cette question. On a estimé que le fait de traiter les questions de la responsabilité contractuelle dans le contrat et dans la loi applicable en dehors des Règles uniformes était une alternative acceptable, mais, selon l'avis qui a prévalu, il valait la peine de tenter d'établir une certaine unification sur cette question importante.

149. Pour ce qui était de la manière de s'y prendre, un certain nombre de suggestions ont été formulées, tendant notamment à conserver le projet d'article 11 sous sa forme actuelle. À l'appui de cette suggestion, on a fait valoir que le paragraphe 1 semblait peut-être énoncer une évidence, mais que le paragraphe 2 présentait le principe très important selon lequel il était impossible de se soustraire aux obligations essentielles du contrat par le biais de clauses exonératoires. En outre, on a fait remarquer que le paragraphe 3 était primordial et portait non seulement sur les relations contractuelles, mais également sur les relations non contractuelles.

150. Selon une autre proposition, il convenait de mentionner au paragraphe 1 l'impossibilité pour les parties de convenir de conditions "manifestement inéquitables" et de supprimer les paragraphes 2 et 3. La suppression des paragraphes 2 et 3 a bénéficié d'un certain appui, mais plusieurs arguments ont été avancés à l'encontre de cette proposition, notamment les suivants : l'emploi des termes "manifestement inéquitables" était inapproprié car inconnu dans de nombreux systèmes juridiques; la protection de la partie la plus faible, qui était le but recherché, devrait être assurée par d'autres textes (par exemple, la loi sur la protection des consommateurs); et la suppression des paragraphes 2 et 3 pourrait conduire, sans que cela soit le but recherché, à autoriser les parties à rendre nul l'effet essentiel du contrat ou à s'exonérer de leur responsabilité en cas de faute intentionnelle.

151. Il a été proposé, dans le même ordre d'idées, d'insérer après les mots "obligations des parties", au paragraphe 1, les mots "et toute restriction à cet égard" et, à la fin de la phrase, les mots "sous réserve de la loi applicable", et de supprimer les paragraphes 2 et 3. À l'appui de cette proposition, on a déclaré qu'une telle approche donnerait une déclaration générale acceptable, fondée sur l'autonomie des parties et la loi applicable. On a fait observer, cependant, qu'elle ne permettrait aucune unification.

152. Il a aussi été proposé de remplacer le projet d'article 11 par une disposition énonçant que les normes par rapport auxquelles l'autorité de certification devrait être tenue responsable devraient être celles qui étaient énoncées dans la déclaration relative aux pratiques d'authentification. À l'encontre de cette proposition, on a fait valoir qu'une telle disposition remplacerait à la fois le contrat et les normes minimales énoncées au projet d'article 10 comme point de référence pour apprécier la responsabilité de l'autorité de certification. Selon un avis, cependant, cette proposition pourrait offrir une règle appropriée pour les certificats offrant une faible sécurité, et auxquels les normes minimales prévues au projet d'article 10 ne s'appliqueraient pas.

153. Lors du débat, un certain nombre de suggestions ont été faites quant à la forme. Pour ce qui est du paragraphe 1, on a fait valoir que l'expression entre crochets "toute autre partie" était trop générale et trop vague et devrait être remplacée par les termes "toute autre partie se fiant au certificat". Selon une autre proposition, le paragraphe 1 devrait être modifié pour préciser qu'il n'avait pas pour objet de baser la relation entre les parties exclusivement sur une convention, ce qui enlèverait tout sens à l'exception au droit des parties de convenir de clauses exonératoires de responsabilité aux paragraphes 2 et 3. S'agissant du paragraphe 2, il a été proposé d'ajouter après le mot "préjudice" les mots "lié au certificat" et de supprimer le reste de la première phrase.

154. Au terme d'un échange de vues, le Groupe de travail n'a pu parvenir à un accord sur la formulation du projet d'article 11 et a prié le Secrétariat d'élaborer des variantes tenant compte des diverses vues exprimées, aux fins d'examen à une future session.

Article 12. *Responsabilité de l'autorité de certification envers les parties se fiant aux certificats*

155. Le texte du projet d'article 12 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Sauf convention contraire, une autorité de certification qui émet un certificat est responsable envers toute

personne se fiant raisonnablement à ce certificat dans les cas suivants :

a) [rupture de la garantie au titre de l'article 10] [négligence par fausse présentation de l'exactitude des renseignements donnés dans le certificat];

b) enregistrement de l'annulation d'un certificat promptement après réception de la notification de l'annulation dudit certificat; et

c) [conséquences de la non-] [négligence dans l'] application :

i) de toute procédure énoncée dans la déclaration relative aux pratiques d'authentification publiée par l'autorité de certification; ou

ii) de toute procédure énoncée dans la loi applicable.

2. Nonobstant le paragraphe 1, une autorité de certification n'est pas responsable si elle peut démontrer qu'elle-même ou ses agents ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter des erreurs dans le certificat, ou qu'il était impossible, à elle-même ou à ses agents, de prendre de telles mesures.

3. Nonobstant le paragraphe 1, une autorité de certification peut limiter, dans le certificat [ou de toute autre manière], l'objet dudit certificat. L'autorité de certification n'est pas tenue responsable du préjudice découlant de l'utilisation du certificat pour tout autre objet.

4. Nonobstant le paragraphe 1, une autorité de certification peut limiter, dans le certificat [ou de toute autre manière], la valeur des opérations pour lesquelles le certificat est valide. Elle n'est pas tenue responsable du préjudice dépassant cette limite."

Observations générales

156. Un large appui a été exprimé en faveur d'une disposition traitant de la question de la responsabilité de l'autorité de certification envers les parties se fiant aux certificats comme le faisait le projet d'article 12. Toutefois, on a estimé en général que la portée d'une telle disposition devrait être limitée aux cas dans lesquels l'autorité de certification garantissait l'identité du détenteur de la clef et l'intégrité des messages de données signés par ce dernier. Une telle approche pouvait faciliter certaines pratiques où de strictes normes de sécurité étaient nécessaires, sans pour autant affecter d'autres pratiques où de telles normes en matière de sécurité et de responsabilité ne conviendraient peut-être pas.

157. Cependant, certains doutes ont été exprimés sur la question de savoir si un régime de responsabilité particulier pouvait ou devait être établi. On a indiqué que l'adoption d'un tel régime pourrait nuire à certaines pratiques de certification s'il ne s'accompagnait pas d'une quantification raisonnable des risques associés à la prestation des services de certification, dans la mesure où les autorités de certification seraient exposées à des risques contre lesquels elles ne pourraient s'assurer. En outre, on a fait observer qu'il ne serait peut-être pas nécessaire, étant entendu qu'en l'absence d'un régime spécifique les principes généraux de la législation sur les délits civils s'appliqueraient. On a indiqué, toutefois, que dans certaines juridictions où la responsabilité des autorités de certification n'était pas expressément réglementée celles-ci ne seraient pas en principe responsables envers les parties se fiant aux certificats. Par ailleurs, on a fait valoir qu'il ne serait pas judicieux d'abandonner cette question à la loi applicable pour un certain nombre de raisons, notamment les suivantes : les incertitudes existant dans de nombreuses juridictions pourraient avoir des conséquences négatives sur le développement du commerce électronique; l'absence de toute responsabilité pourrait avoir pour effet involontaire d'empêcher les parties de faire appel aux services des autorités de certification; la détermination de la loi applicable soulèverait des questions très difficiles à résoudre. S'agissant de la forme du produit des travaux, on a signalé qu'un régime de responsabilité uniforme pourrait être appliqué plus efficacement par une convention que par une loi type (voir par. 212 ci-après).

158. Après un échange de vues, le Groupe de travail a décidé que tout devait être mis en œuvre pour aborder la question de la responsabilité des autorités de certification envers les parties se fiant aux certificats dans les Règles uniformes, et il a procédé à un examen détaillé du projet d'article 12. Il pourrait, a-t-on proposé, inclure dans l'examen futur de ce projet d'article les questions de la nature et de la prévisibilité du préjudice subi par la partie se fiant au certificat.

Paragraphe 1

Chapeau

159. Différentes opinions ont été exprimées sur la question de savoir s'il convenait de maintenir les premiers mots du chapeau. Selon un avis, si le projet d'article 10 fixait des règles minimales auxquelles l'autorité de certification devait se conformer, il fallait supprimer les premiers mots du chapeau. Selon un autre avis, ces mots étaient utiles et il fallait les maintenir dans la mesure où ils permettaient aux parties de négocier leurs responsabilités. On a répondu que les parties ne pouvaient pas négocier, puisque le projet d'article 12 avait trait à la responsabilité extracontractuelle dans les cas où, en général, il n'y avait pas de convention. On a fait observer, toutefois, que les parties se fiant aux certificats dans des systèmes de communication fermés concluraient normalement une convention, sous une forme ou une autre, avec l'autorité de certification. En outre, on a indiqué que les conditions de la responsabilité négociées entre les autorités de certification et les détenteurs de clefs pourraient être incorporées dans les contrats passés entre les détenteurs de clefs et les parties se fiant aux certificats.

160. Selon l'avis qui a prévalu, les cas mentionnés étaient exceptionnels et ne devaient pas aller à l'encontre de

l'objet principal du projet d'article 12, qui était de réglementer la responsabilité extracontractuelle des autorités de certification envers les tiers. On a donc proposé que la nécessité subsidiaire de tenir compte des conventions contraires entre les autorités de certification et leurs clients ou les parties se fiant aux certificats, lorsque de telles conventions existaient, fasse l'objet d'un libellé approprié à la fin du projet d'article 12.

Alinéas a *à* c

161. On a fait observer que le deuxième membre de phrase entre crochets aux alinéas *a* et *c* semblait renvoyer au principe de la responsabilité objective et devrait être supprimé. On a indiqué qu'il était à craindre que l'emploi de la notion de "fausse présentation" *("misrepresentation")* ne soulève des difficultés, car cette notion avait un sens précis dans certains systèmes juridiques, mais elle était inconnue dans d'autres. Il a été proposé de remplacer ces termes par "fausse déclaration".

Paragraphe 2

162. Différentes opinions ont été exprimées sur la question de savoir si la charge de la preuve en cas de négligence devait être imputée à l'autorité de certification ou à la partie se fiant au certificat. Selon un avis, la charge de la preuve devait être imputée à la partie se fiant au certificat. À l'appui de cette thèse, on a fait valoir que cette partie pouvait prouver la négligence dans la mesure où il lui était facile d'établir si l'autorité de certification avait manifesté la diligence voulue aux termes du projet d'article 10. En outre, on a fait observer qu'il ne serait indiqué de renverser la charge de la preuve et de l'imputer à l'autorité de certification que si le Groupe de travail adoptait le principe de la responsabilité objective. Selon un autre avis, s'il convenait que la responsabilité soit fondée sur la négligence, la charge de la preuve devait être imputée à l'autorité de certification dans la mesure où cette dernière avait la maîtrise de toutes les preuves pertinentes. On a fait observer que cela serait le cas, en particulier, si le certificat mentionnait, non l'identité du détenteur de la clef, mais la procédure suivie par l'autorité de certification pour déterminer l'identité du détenteur de la clef.

Paragraphes 3 et 4

163. Un soutien a été exprimé en faveur du principe de la limitation de la responsabilité de l'autorité de certification énoncé aux paragraphes 3 et 4. Toutefois, selon un avis, ces limites de responsabilité ne convenaient que dans le cas d'un régime fondé sur une responsabilité objective de l'autorité de certification, par opposition au régime de responsabilité fondé sur la négligence.

164. S'agissant des types de limites qui pouvaient être retenus, on a fait valoir qu'une limite monétaire par opération ne protégeait pas suffisamment les autorités de certification, en particulier dans le cas des certificats d'identité puisque, indépendamment de la limite de responsabilité, ces certificats pouvaient être utilisés plusieurs fois dans un très bref délai sans qu'il soit possible de déterminer si la limite de responsabilité avait été dépassée. Il a donc été proposé qu'une disposition introduisant une limite globale de responsabilité soit insérée dans le projet d'article 12 et qu'elle soit libellée comme suit : "Une autorité de certification peut, dans le certificat ou de toute autre manière, prévoir une limite de responsabilité pendant la durée de vie du certificat pour tous les incidents liés à la confiance, pour un montant égal à une valeur globale du certificat. L'autorité de certification n'est pas tenue responsable du préjudice dépassant cette limite globale, indépendamment du nombre de plaintes dont le certificat a fait l'objet." Selon un avis, toutefois, cette limite globale ne pouvait fonctionner puisqu'une partie se fiant au certificat n'aurait aucun moyen de savoir, en l'état actuel des applications technologiques, si une certaine limite avait été atteinte.

Propositions relatives à un nouveau projet d'article 12

165. Afin de répondre aux préoccupations exprimées ci-dessus, diverses propositions ont été faites présentant un nouveau libellé pour le projet d'article 12. Selon une proposition, ce projet d'article devrait être libellé comme suit :

"1. Lorsqu'une autorité de certification émet un certificat, elle est responsable envers toute personne qui se fie raisonnablement au certificat, si elle fait preuve de négligence :

a) en fournissant des informations contradictoires dans le certificat;

b) en manquant à [notifier ou] publier l'annulation [ou la suspension] du certificat promptement après avoir pris conscience de la nécessité de l'annuler [ou de le suspendre] [; ou

c) en manquant à suivre une procédure énoncée dans une déclaration relative aux pratiques en matière de certification qui a été publiée par l'autorité de certification et dont a été avisée la personne se fiant au certificat].

2. L'autorité de certification peut énoncer dans le certificat [ou ailleurs] une limitation quant à l'objet ou aux objets pour lesquels le certificat peut être utilisé, et elle n'est pas responsable du préjudice subi du fait de l'utilisation du certificat pour tout autre objet.

3. L'autorité de certification peut énoncer dans le certificat [ou ailleurs] une limite quant à la valeur des opérations pour lesquelles le certificat est valide et elle n'est pas responsable du préjudice subi au-delà de cette limite.

[4. Le paragraphe 1 du présent article ne s'applique pas si, et dans la mesure où, un accord entre l'autorité de certification et la personne se fiant au certificat comporte des conditions contraires.]"

166. Selon une autre proposition, le projet d'article 12 devrait être modifié comme suit :

"1. À moins qu'elle ne prouve qu'elle-même ou ses agents ont pris toutes les mesures raisonnables pour

éviter des erreurs dans le certificat, l'autorité de certification est responsable envers toute personne qui se fie raisonnablement à un certificat émis par elle dans les cas suivants :

[insérer les alinéas *a* à *c*]

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, il n'est pas raisonnable de se fier à un certificat dans la mesure où cela est contraire aux informations contenues dans ledit certificat."

167. La première proposition a suscité un certain intérêt, mais le Groupe de travail a axé sa discussion sur la deuxième. Il a été déclaré que le paragraphe 1 avait pour objet d'établir la responsabilité en cas d'erreur dans le certificat, sous réserve du principe de la "confiance raisonnable", en évitant toute référence aux garanties données et à la négligence. En outre, il a été noté que le paragraphe 2 avait pour objet de permettre à l'autorité de certification d'énoncer dans le certificat les critères à l'aune desquels le caractère raisonnable de la confiance pourrait être vérifié. Il a été expliqué que le paragraphe 2 ne visait pas à énoncer une liste exhaustive de tous les cas où la confiance ne serait pas raisonnable. Les paragraphes 1 et 2 ont été jugés dans l'ensemble acceptables, en tant que base d'une discussion ultérieure, mais diverses préoccupations et suggestions ont été émises.

Nouveau paragraphe 1

168. Selon un avis, il serait quasi impossible à une autorité de certification, dans la pratique, de prendre "toutes les mesures raisonnables" de manière rentable et en temps utile. Afin de répondre à cette préoccupation, plusieurs suggestions ont été faites. Selon un avis, il faudrait remplacer le mot "toutes" par le mot "commercialement". À l'appui de cet avis, il a été déclaré qu'une référence aux "mesures commercialement raisonnables" engloberait ce qui était possible dans des circonstances particulières. En outre, une telle référence serait conforme à la terminologie utilisée dans d'autres textes de la CNUDCI (par exemple, l'article 5-2 *a* de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux). Selon un avis contraire, cette suggestion pourrait être source d'incertitude, car il n'existait pas d'interprétation universelle de ce qui était "commercialement raisonnable". Selon un autre avis, le mot "toutes" devrait être purement et simplement supprimé. On s'est également opposé à cette suggestion, au motif que cela risquerait d'avoir pour conséquence d'assouplir de manière inappropriée la norme de diligence que devaient respecter les autorités de certification. Selon une autre suggestion encore, il faudrait retenir le libellé utilisé à l'article 7-1 *b* de la Loi type dans le nouveau paragraphe 1.

169. On a craint également que le nouveau paragraphe 1 ne traite pas des erreurs faites par l'autorité de certification lors de l'émission du certificat. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé d'ajouter après le mot "certificat", au nouveau paragraphe 1, les mots "ou dans son émission". Il a été déclaré que les informations contenues dans une liste d'annulation du certificat ou dans une liste similaire seraient également régies par le paragraphe 2.

170. Il a été convenu qu'en attendant que soit déterminée la question de la fonction des déclarations relatives aux pratiques en matière de certification l'alinéa *c* serait placé entre crochets.

Nouveau paragraphe 2

171. Pour ce qui est de la rédaction, il a été proposé de supprimer le premier membre de phrase et d'insérer les mots "Sous réserve des dispositions du paragraphe 2" au début du nouveau paragraphe 1. On a craint que le nouveau paragraphe 2 n'ait pour résultat non souhaité de limiter à l'excès les motifs pour lesquels la plausibilité du recours au certificat pourrait être mise en doute. Selon une autre préoccupation, le nouveau paragraphe 2 ne traitait peut-être pas du cas où l'on pourrait se fier au certificat dans une opération de valeur excessive, car cette valeur n'était peut-être pas englobée dans le terme "informations". Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé que les paragraphes 3 et 4 du projet d'article 12 constituent des exemples des cas où la confiance ne serait pas raisonnable. Dans la même veine, il a été proposé que d'autres exemples similaires soient donnés à propos, par exemple, des cas où l'autorité de certification pourrait indiquer dans le certificat quelles parties ou quels types de parties désignés pourraient se fier au certificat. En outre, il a été proposé que l'autorité de certification ne soit pas habilitée à invoquer de limites de responsabilité si le préjudice résultait d'un comportement intentionnel ou téméraire de sa part.

172. Selon une autre préoccupation, en faisant référence aux informations "contenues" dans le certificat, le nouveau paragraphe 2 risquerait d'avoir pour résultat d'augmenter de manière inappropriée le volume des informations à inclure dans un certificat. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé d'autoriser l'incorporation par référence de ces informations dans le certificat. On s'est opposé à cette suggestion au motif qu'il serait injuste de soumettre les droits de tiers à des conditions incorporées dans un accord entre l'autorité de certification et le détenteur de la clef, accord dont les conditions ne seraient sans doute pas aisément accessibles aux tiers.

173. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de modifier comme suit le projet d'article 12 :

"1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, à moins qu'elle ne prouve qu'elle ou ses agents ont pris toutes les mesures [raisonnables] [commercialement raisonnables] [qui étaient appropriées compte tenu de la fin pour laquelle le certificat avait été émis, au vu de toutes les circonstances,] pour éviter des erreurs dans le certificat [ou dans son émission], l'autorité de certification est responsable envers toute personne se fiant raisonnablement à un certificat émis par elle :

a) des erreurs dans le certificat; [ou]

b) de l'enregistrement de l'annulation du certificat

promptement après réception de l'avis d'annulation du certificat [; ou

c) des conséquences imputables au non-respect :

i) de toute procédure énoncée dans la déclaration relative aux pratiques en matière de certification publiée par l'autorité de certification; ou

ii) de toute procédure énoncée dans la loi applicable].

2. Il n'est pas raisonnable de se fier à un certificat dans la mesure où cela est contraire aux informations contenues [ou incorporées par référence] dans le certificat [ou dans une liste d'annulation] [ou dans les informations relatives à l'annulation]. [Il n'est pas raisonnable en particulier de se fier au certificat si :

a) cela est contraire à l'objet pour lequel le certificat a été émis;

b) il y a dépassement de la valeur pour laquelle le certificat est valide; ou

c) [...].]"

Selon un avis, le projet d'article 12 devrait s'appliquer uniquement aux autorités de certification émettant des certificats d'identification.

Articles *13 à 16*

174. Faute de temps, le Groupe de travail a reporté l'examen des projets d'articles 13 à 16 à une future session. Selon une opinion, ces projets d'articles ne devraient s'appliquer qu'aux autorités de certification émettant des certificats d'identification. Selon une autre opinion, le Groupe de travail devrait examiner la question de savoir si les Règles uniformes devraient s'appliquer uniquement aux certificats d'identification ou à tout autre type de certificat.

Chapitre IV. Reconnaissance des signatures électroniques étrangères

Article 17. *Autorités de certification étrangères offrant des services en vertu des présentes Règles*

175. Le texte du projet d'article 17 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"*Variante A*

1. Des [personnes] [entités] étrangères peuvent s'établir localement comme autorités de certification ou peuvent fournir des services d'authentification à partir d'un autre pays sans avoir un établissement local si elles satisfont aux mêmes normes objectives et suivent les mêmes procédures que les entités et personnes locales pouvant devenir des autorités de certification.

2. *Variante X :* La règle énoncée au paragraphe 1 ne s'applique pas dans les cas suivants : [...].

Variante Y : Des exceptions à la règle énoncée au paragraphe 1 peuvent être formulées si la sécurité nationale l'exige.

Variante B

Le ... *[l'État adoptant indique l'organe ou l'autorité de certification ayant pouvoir d'établir des règles concernant l'approbation des certificats étrangers]* est autorisé à approuver les certificats étrangers et à établir des règles spécifiques régissant cette approbation."

Observations générales

176. S'agissant du titre du chapitre IV, on a fait observer que la référence à la reconnaissance des signatures électroniques étrangères n'était pas appropriée, dans la mesure où ce chapitre avait trait à la fourniture de services par des autorités de certification étrangères (à savoir le projet d'article 17), à l'approbation des certificats étrangers par les autorités de certification nationales (projet d'article 18) et à la reconnaissance des certificats étrangers (projet d'article 19). Le Groupe de travail a brièvement passé en revue un certain nombre de propositions qui avaient été faites pour mieux cibler dans le titre du chapitre la question traitée (par exemple, "certification transfrontière des certificats", "reconnaissance des signatures électroniques et des certificats", "reconnaissance des autorités de certification et des certificats étrangers"). Toutefois, il a été convenu, d'une manière générale, que l'examen d'un titre approprié pour le chapitre IV devrait être reporté, après que le Groupe de travail aurait étudié plus en détail les effets juridiques des certificats.

177. S'agissant des deux variantes proposées dans le projet d'article 17, on a estimé en général que la variante B, qui laissait à un organe indiqué par l'État adoptant le soin d'établir des règles concernant l'approbation des certificats étrangers, n'offrait pas une base satisfaisante pour les Règles uniformes. Il a été convenu que la variante B devrait être supprimée et que le Groupe de travail devrait faire porter ses délibérations sur la variante A.

Champ d'application du projet d'article 17

178. On a fait observer que l'objectif du projet d'article 17 était double. Premièrement, il reconnaissait le droit d'une autorité de certification étrangère de s'établir localement, dans les conditions qui y étaient mentionnées; en second lieu, il donnait aux autorités de certification étrangères le droit de fournir des services dans l'État adoptant sans avoir une implantation locale. En tant que tel, il visait des questions de politique commerciale, à savoir la mesure dans laquelle l'État adoptant lèverait les restrictions à l'établissement d'autorités de certification étrangères et à la fourniture de services par ces autorités. Il a été proposé que le Groupe de travail s'emploie plutôt à élaborer des dispositions types concernant les effets juridiques des certificats étrangers et la relation entre les détenteurs de certificats et les autorités de certification. Plusieurs interventions sont venues conforter ce point de vue. On a estimé

que les questions de politique commerciale relevaient de la compétence d'autres instances et qu'il ne serait pas opportun de les aborder dans le projet de Règles uniformes.

179. En réponse aux vues exprimées, on a fait observer qu'en autorisant des entités étrangères à s'établir comme autorités de certification le projet d'article 17 énonçait simplement le principe selon lequel ces entités ne devaient pas faire l'objet d'une discrimination, à condition qu'elles satisfassent aux normes applicables aux autorités de certification locales. Ce principe a été jugé particulièrement utile pour les autorités de certification, dans la mesure où celles-ci pouvaient mener leur activité sans avoir nécessairement une implantation matérielle ou un autre type d'établissement dans le pays où elles menaient cette activité. On a en outre indiqué que la Loi type elle-même abordait un certain nombre de questions transfrontières dont on pouvait penser qu'elles soulevaient des problèmes de politique commerciale.

180. Ayant entendu les divers avis exprimés, et pour faire progresser l'examen des Règles uniformes, le Groupe de travail a examiné un certain nombre d'amendements concernant le projet d'article 17, sans préjudice des réserves qui avaient été formulées quant au fond de ce projet d'article.

Paragraphe 1

181. On a demandé si le paragraphe 1 prévoyait uniquement la reconnaissance des autorités de certification qui menaient leur activité conformément à une approbation donnée par un organe ou un organisme public de l'État adoptant. En réponse à cette question, on a fait observer que, sous sa forme actuelle, le paragraphe 1 n'abordait pas la question de savoir si une autorité de certification avait besoin de l'approbation des pouvoirs publics dans l'État adoptant. Toutefois, on a également signalé qu'une disposition comme le projet d'article 17 devait se fonder sur un régime d'agrément, conformément aux prescriptions d'ordre législatif.

182. Selon un avis, certaines des difficultés qu'avait soulevées le paragraphe 1 découlaient du fait que cette disposition semblait faire une trop large place à la reconnaissance de l'autorité de certification proprement dite par rapport à l'aptitude de l'autorité de certification à émettre des certificats qui seraient utilisés dans l'État adoptant. En outre, le membre de phrase "satisfont aux mêmes normes objectives et suivent les mêmes procédures que les entités et personnes locales pouvant devenir des autorités de certification" risquait de faire obstacle à l'application de nouvelles technologies, dans la mesure où l'on pouvait penser que cette disposition donnait des moyens d'interdire la reconnaissance des autorités de certification étrangères qui suivraient des procédures technologiquement plus avancées que celles employées dans l'État adoptant. Au lieu de la formulation actuelle, on a estimé qu'il serait préférable de faire référence à des "conditions objectives" auxquelles devraient satisfaire les autorités de certification dans l'État adoptant. On devrait également mettre les mots "et suivent les mêmes procédures" entre crochets.

183. S'agissant des conditions auxquelles devait satisfaire une autorité de certification étrangère, on a fait observer que l'objet du projet de paragraphe 1 était de faire en sorte que ces conditions soient essentiellement les mêmes que celles s'appliquant aux autorités de certification nationales. Il a donc été proposé de modifier le paragraphe 1 de manière que la reconnaissance des autorités de certification étrangères soit soumise aux lois de l'État adoptant. Les questions relatives à la définition des normes auxquelles devrait se conformer l'autorité de certification étrangère pourraient être examinées ultérieurement par le Groupe de travail. Une telle modification permettrait en outre de bien préciser que la reconnaissance était également soumise à toute exclusion en vigueur dans l'État adoptant, ce qui rendrait inutile l'une ou l'autre des variantes du paragraphe 2. Le texte proposé était le suivant :

> "Sous réserve de la législation de l'État adoptant, une [personne] [entité] étrangère peut :
>
> *a)* s'établir localement comme autorité de certification; ou
>
> *b)* fournir des services de certification sans être établie localement si elle satisfait aux mêmes normes objectives et suit les mêmes procédures que les entités et personnes locales pouvant devenir des autorités de certification."

184. En réponse à cette proposition, on a fait observer que la référence aux lois nationales n'apportait pas de solution satisfaisante dans la mesure où la législation de l'État adoptant pouvait renfermer des dispositions discriminatoires qui risquaient de nuire à l'esprit du projet d'article 17. En outre, l'amendement proposé soulevait diverses questions quant au point de savoir qui, dans l'État adoptant, déterminerait que l'autorité de certification étrangère satisfaisait aux mêmes normes objectives et suivait les mêmes procédures que les entités et personnes locales et par quel moyen une telle détermination serait effectuée.

185. Selon un avis, dans sa formulation actuelle, le paragraphe 1 semblait impliquer que les autorités de certification étrangères devaient non seulement être approuvées en vertu de leur propre législation, mais devaient en outre satisfaire aux conditions de l'État adoptant. On a estimé qu'une telle règle aurait des effets restrictifs non souhaitables et ne contribuerait pas à promouvoir le commerce électronique. Suite à cette dernière observation, on a proposé de préciser le sens du paragraphe 1 en en faisant une règle non discriminatoire dans les termes ci-après :

> "1. Les [personnes] [entités] étrangères ne peuvent se voir refuser le droit de s'établir localement ou de fournir des services d'authentification au seul motif qu'elles sont étrangères si elles satisfont aux mêmes normes objectives et suivent les mêmes procédures que les entités et personnes locales pouvant devenir des autorités de certification."

186. On a objecté que la règle de non-discrimination proposée suscitait globalement les mêmes préoccupations

que celles exposées dans les observations générales concernant le champ d'application du projet d'article 17 (voir par. 178 à 180 ci-dessus).

187. Ayant examiné les diverses propositions et pris en compte les différentes vues exprimées, le Groupe de travail a estimé qu'il faudrait consacrer plus de temps à l'examen des questions visées au paragraphe 1. Le Secrétariat a été prié de proposer une version révisée de ce paragraphe, avec d'éventuelles variantes tenant compte du débat ci-dessus, afin que le Groupe de travail puisse l'examiner ultérieurement.

Paragraphe 2

188. S'agissant des deux variantes sur les exclusions proposées au paragraphe 2, on a fait valoir que la variante X devait être supprimée car elle pourrait fournir un mécanisme non directif pour limiter le champ d'application du paragraphe 1. Conformément à cet avis, si une exclusion était permise, elle ne devrait l'être que pour des raisons de sécurité nationale, comme mentionné sous la variante Y. Toutefois, on s'est accordé à penser qu'il était préférable de conserver la variante X, selon laquelle il incomberait à l'État adoptant de formuler des exceptions à la règle générale du paragraphe 1. Certes, la variante Y offrait l'avantage de limiter les exclusions éventuelles à celles qui avaient trait à la sécurité nationale, mais on a estimé que les États voudraient peut-être inclure dans leur législation d'autres motifs d'exclusion relevant de l'ordre public. Après un échange de vues, il a été décidé de conserver les deux variantes en les plaçant entre crochets en vue d'un examen futur.

Article 18. *Approbation des certificats étrangers par les autorités de certification nationales*

189. Le texte du projet d'article 18 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "Les certificats émis par les autorités de certification d'un autre pays peuvent être utilisés pour des signatures numériques selon les mêmes modalités que les certificats soumis aux présentes Règles s'ils sont reconnus par une autorité de certification se conformant à ... *[la loi de l'État adoptant]*, et si celle-ci garantit, à l'instar de ce qu'elle fait pour ses propres certificats, que les détails figurant dans le certificat sont exacts et, en outre, que le certificat est valide et en vigueur."

190. Sur le plan général, on a déclaré que l'inclusion de dispositions traitant de la reconnaissance internationale représentait un progrès considérable pour l'amélioration de la fiabilité des certificats. Ces derniers étaient en effet de plus en plus utilisés dans la pratique commerciale, et l'adhésion à des normes internationales pourrait contribuer à accroître la confiance dans cette nouvelle technologie. Le Groupe de travail a été invité à examiner les mécanismes internationaux d'habilitation des autorités de certification qui se conformaient à des normes internationales. L'idée d'inclure le sujet proposé parmi les questions devant être examinées par le Groupe de travail à un stade ultérieur a été appuyée. On a noté toutefois que ce sujet ne se limitait pas aux questions soulevées dans le projet d'article 18 et qu'il pourrait être examiné par le Groupe de travail, par exemple, quand celui-ci reprendrait l'examen de la question de l'enregistrement des certificats.

191. S'agissant du projet d'article 18 lui-même, il a été noté que la règle qui y figurait avait simplement pour objet de permettre à une autorité de certification locale de garantir, à l'instar de ce qu'elle faisait pour ses propres certificats, que les données figurant dans le certificat étranger étaient exactes et que ce dernier était valable et valide. En vertu de ce projet d'article, c'était l'autorité de certification locale ayant fourni une telle garantie qui était tenue responsable en cas de vices du certificat étranger. Toutefois, l'existence d'une garantie, conformément au projet d'article 18, n'était pas un préalable à la reconnaissance d'un certificat émis par des autorités de certification étrangères qui remplissait par ailleurs les conditions énoncées au projet d'article 19. On a fait valoir que dans la mesure où la fourniture d'une garantie au titre du projet d'article 18 était purement volontaire, cet article n'était pas nécessaire et pouvait être supprimé. On a estimé en outre qu'il faudrait laisser à l'État adoptant le soin de décider si les autorités de certification locales pouvaient fournir une telle garantie pour des certificats émis par des autorités de certification étrangères, et à quelles conditions. On pourrait faire référence à l'émission de garanties du type envisagé dans le projet d'article 18 dans un guide sur l'incorporation des Règles uniformes ou dans des notes explicatives accompagnant ces Règles, selon la nature de l'instrument qui serait en fin de compte adopté.

192. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'au cours de sa trente et unième session il avait examiné les différents niveaux de fiabilité que pouvait offrir une autorité de certification locale par rapport à une autorité de certification étrangère. On a noté qu'au niveau le plus élevé l'autorité de certification locale garantissait, à la demande de la partie se fiant à un certificat étranger, la teneur dudit certificat sur la base de sa connaissance déclarée des procédures ayant abouti à l'émission du certificat, assumant ainsi l'entière responsabilité de toute erreur ou de toute autre irrégularité dans le certificat. Au niveau de fiabilité le plus bas, l'autorité de certification locale se contenterait de garantir l'identité de l'autorité de certification étrangère, en vérifiant sa clef publique et sa signature numérique (voir A/CN.9/437, par. 81 et 82). On a fait observer que le projet d'article 18 ne faisait pas suffisamment apparaître ces différents niveaux de fiabilité et que, si la disposition était retenue, il faudrait préciser qu'elle n'excluait pas les arrangements autres qu'une garantie totale de l'exactitude et de la validité d'un certificat émis par une autorité de certification étrangère.

193. En réponse à des observations, il a été déclaré que le projet d'article 18 était utile en ce qu'il permettait la circulation et l'utilisation internationale des certificats, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des accords internationaux bilatéraux ou multilatéraux sur leur reconnaissance, ce que certains États pourraient juger impératif pour accorder la reconnaissance au titre du projet d'article 19. En outre, puisque le Groupe de travail avait décidé de mentionner dans les Règles uniformes non seulement les autorités de certification agréées par des entités publiques, mais aussi

celles qui se situaient en dehors de ce système d'agrément (voir A/CN.9/437, par. 48 à 50), le projet d'article 18 avait pour avantage supplémentaire d'offrir une solution commerciale dans les cas où la reconnaissance au titre du projet d'article 19 ne serait pas automatique. Il a été proposé, à cet égard, de préciser la portée de l'article 18 en le reformulant comme suit :

"Les certificats émis par des autorités de certification étrangères peuvent être utilisés pour des signatures numériques selon les mêmes modalités que les certificats soumis aux présentes Règles, à condition d'être dûment garantis par une autorité de certification se conformant à ... *[la loi de l'État adoptant]*."

194. On a appuyé le maintien dans les Règles uniformes d'une disposition autorisant une autorité de certification locale à donner des garanties pour des certificats émis par des autorités de certification étrangères. Une telle disposition pourrait être fondée sur le projet d'article 18, compte tenu des propositions formulées dans le Groupe de travail. On a fait valoir, cependant, que l'insertion du projet d'article 18 dans le chapitre IV était inappropriée, car la disposition ne portait pas sur la reconnaissance des certificats émis à l'étranger.

195. Après délibération, le Groupe de travail est convenu de conserver le projet d'article 18 entre crochets, avec les amendements proposés, et a prié le Secrétariat d'élaborer d'autres versions de cette disposition en tenant compte des vues qui avaient été exprimées, aux fins d'un examen futur par le Groupe de travail.

Article 19. *Reconnaissance de certificats étrangers*

196. Le texte du projet d'article 19 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Les certificats émis par une autorité de certification étrangère sont reconnus comme équivalant juridiquement aux certificats émis par les autorités de certification se conformant à ...*[la loi de l'État adoptant]* si les pratiques de l'autorité de certification étrangère offrent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui qui est requis des autorités de certification en vertu des présentes Règles. [Cette reconnaissance peut se faire par une décision publiée de l'État ou par un accord bilatéral ou multilatéral entre les États concernés.]

2. Les signatures et les documents conformes aux lois d'un autre État relatives aux signatures numériques ou autres signatures électroniques sont reconnus comme équivalant juridiquement aux signatures et documents conformes aux présentes Règles si les lois de l'autre État exigent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui qui est exigé pour les documents et signatures au titre de ... *[la Loi de l'État adoptant]*. [Cette reconnaissance peut se faire par une décision publiée de l'État ou par un accord bilatéral ou multilatéral avec d'autres États.]

3. Il est donné effet [par les tribunaux ou d'autres juges des faits] aux signatures numériques vérifiées par référence à un certificat émis par une autorité de certification étrangère si le certificat est aussi fiable que nécessaire au vu de l'objet pour lequel il a été émis, compte tenu de toutes les circonstances.

4. Nonobstant le paragraphe précédent, les organismes publics peuvent spécifier [par publication] qu'il est nécessaire de recourir à une autorité de certification, une catégorie d'autorités de certification ou une catégorie de certificats particuliers pour les messages ou les signatures qui leur sont soumis."

Paragraphes 1 et 2

197. On a fait observer que les paragraphes 1 et 2 portaient sur les manières d'établir la fiabilité des certificats et des signatures étrangers avant qu'une transaction n'ait lieu (et avant que ne surgisse un conflit concernant le niveau de fiabilité d'une signature). À cette fin, ces paragraphes énonçaient les critères qui pourraient être appliqués dans l'État adoptant pour reconnaître les certificats émis par des autorités de certification étrangères, ainsi que les signatures et documents conformes aux lois d'un autre État.

198. Diverses questions ont été soulevées au sujet de la portée de la reconnaissance au titre des paragraphes 1 et 2. À propos du paragraphe 1, il a été déclaré que la notion d'équivalence juridique entre les certificats émis par des autorités de certification étrangères et des certificats émis par des autorités de certification dont les activités étaient soumises aux règles de l'État adoptant n'était pas suffisamment claire. On a fait observer que la "reconnaissance", tel que ce terme était couramment employé en droit international privé, impliquait que les actes effectués dans une autre juridiction produisaient des effets juridiques. Toutefois, cette notion ne pouvait s'appliquer dans le contexte du paragraphe 1, puisqu'un certificat était un instrument qui ne faisait qu'énoncer des faits. En outre, en vertu du paragraphe 1 comme du paragraphe 2, l'État adoptant devait appliquer ses propres lois pour déterminer la fiabilité des certificats émis par des autorités de certification étrangères ainsi que les signatures et documents conformes aux lois d'un autre État. En conséquence, il a été dit que les paragraphes 1 et 2 ne correspondaient pas aux principes généraux du droit international privé selon lesquels la validité d'actes accomplis à l'étranger devait être déterminée conformément à la loi applicable dans la juridiction où ils avaient été accomplis. En outre, on a fait remarquer que l'article 13 de la Loi type et les projets d'article 3 et 5 des Règles uniformes comportaient déjà des règles concernant l'attribution des messages de données et la détermination de la fiabilité d'une signature électronique.

199. En réponse à ces observations, on a fait remarquer que les paragraphes 1 et 2 étaient utiles pour les régimes réglementaires nationaux exigeant l'utilisation de certaines catégories de certificats offrant un niveau de fiabilité élevé pour la réalisation de certaines transactions. Dans les États adoptants ayant de tels régimes, le paragraphe 1 offrait des normes minimales pour la reconnaissance des certificats émis par des autorités de certification étrangères utilisés dans le cadre de transactions autres que celles pour lesquelles était exigée une certaine catégorie de certificats.

Le paragraphe 2 offrait en même temps à ces États adoptants une règle par défaut qui créait une présomption de validité pour les signatures et les documents conformes aux lois d'un autre État, dont on estimait qu'elles fournissaient un niveau de sécurité raisonnable pour tous les cas où les lois de l'État adoptant n'imposaient pas de conditions plus strictes. Le Groupe de travail a été instamment prié de faire en sorte de ne pas laisser régler entièrement la question des normes minimales s'appliquant à un certificat étranger par les règles de conflit de l'État adoptant.

200. Le Groupe de travail a examiné des amendements possibles aux paragraphes 1 et 2 afin de répondre aux craintes qui avaient été exprimées. Il a été en particulier proposé de combiner les deux paragraphes et de les reformuler afin d'en faire une règle de non-discrimination formulée comme suit :

> "Les certificats émis par des autorités de certification étrangères ne peuvent pas ne pas être reconnus comme les certificats émis par des autorités de certification locales au motif qu'ils ont été émis par des autorités de certification étrangères."

201. Des objections ont cependant été soulevées à l'encontre de cette formulation négative, car elle n'offrait pas de normes sur lesquelles baser la reconnaissance. En outre, on a fait observer que cette règle pourrait donner lieu aux mêmes réserves que celles qui avaient été émises à propos du projet d'article 17 (voir par. 185 et 186 ci-dessus).

202. Après délibération, il a été généralement estimé qu'il serait souhaitable de formuler une règle de fond offrant une méthode permettant d'établir la fiabilité des signatures et des certificats étrangers avant la transaction. Le Secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée des paragraphes 1 et 2, comportant plusieurs variantes tenant compte des vues exprimées, et dont une combinerait les deux paragraphes.

Paragraphe 3

203. On a fait observer que le paragraphe 3 visait à établir la norme par rapport à laquelle les signatures et certificats étrangers pourraient être appréciés en l'absence de toute détermination préalable de leur fiabilité. On a toutefois indiqué que, telle qu'elle était actuellement rédigée, cette disposition n'était peut-être pas nécessaire, car elle réaffirmait simplement le principe selon lequel, en cas de litige concernant l'authenticité d'une signature et la fiabilité d'un certificat émis par une autorité de certification étrangère, les tribunaux de l'État adoptant devaient donner à cette signature ou à ce certificat la force probante, qui était appropriée en l'espèce.

204. En réponse à ces observations, il a été noté que le paragraphe 3, qui s'inspirait de l'article 7 de la Loi type, fournissait des indications utiles aux tribunaux de l'État adoptant pour apprécier la fiabilité d'un certificat étranger. Il était souhaitable d'énoncer de nouveau ce principe important dans les Règles uniformes, étant donné qu'un État adoptant ces dernières n'aurait pas nécessairement incorporé l'article 7 de la Loi type dans son droit interne. Pour que son objet apparaisse plus clairement, il a été proposé de modifier comme suit le libellé du paragraphe 3 :

> "Les signatures numériques vérifiées par référence à un certificat émis par une autorité de certification étrangère ne peuvent se voir refuser leurs effets [par les tribunaux ou d'autres juges des faits] si le certificat est aussi fiable que nécessaire au vu de l'objet pour lequel il a été émis, compte tenu de toutes les circonstances."

205. Après délibération, le Groupe de travail a décidé qu'il examinerait de façon plus approfondie la teneur du paragraphe 3 à un stade ultérieur.

Paragraphe 4

206. On s'est interrogé sur la nécessité d'une disposition comme le paragraphe 4, qui préservait le droit des organismes publics de déterminer les procédures à utiliser dans les communications électroniques avec eux. D'un côté, la crainte a été exprimée que ce paragraphe n'ait des effets restrictifs indésirables et risque d'être interprété comme signifiant que des personnes ou des entités autres que des organismes publics n'avaient pas le droit de choisir l'autorité de certification, la catégorie d'autorités de certification ou la catégorie de certificats particuliers auxquelles elles souhaitaient recourir pour les messages ou les signatures qu'elles recevaient. Une telle situation a été jugée incompatible avec le principe de l'autonomie des parties consacré dans diverses dispositions de la Loi type. D'un autre côté, si l'objet du paragraphe 4 était d'établir une prérogative spéciale pour les organismes publics, il faudrait peut-être préciser encore la disposition, car elle pourrait être interprétée comme signifiant que, si un organisme public n'indiquait pas clairement l'autorité de certification, la catégorie d'autorités de certification ou la catégorie de certificats auxquelles il souhaitait recourir pour les messages ou les signatures qui lui étaient soumis, il était tenu d'accepter quelque catégorie d'autorités de certification ou de certificats que ce soit.

207. L'avis général a été que le droit de choisir l'autorité de certification, la catégorie d'autorités de certification ou la catégorie de certificats auxquelles elles souhaitaient recourir pour les messages ou les signatures qu'elles recevaient devrait être reconnu aux parties à des transactions commerciales et autres, et non aux seuls organismes publics. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de modifier le libellé du paragraphe 4 de façon qu'il reflète ce point de vue et a décidé d'examiner ultérieurement l'endroit où il conviendrait d'insérer la disposition révisée.

IV. COORDINATION DES TRAVAUX

208. Le Groupe de travail a entendu des déclarations concernant les travaux entrepris par l'UNESCO et la CNUCED dans le domaine du commerce électronique.

209. Il a été déclaré que, à sa vingt-neuvième Conférence générale, l'UNESCO avait été chargée d'entreprendre l'élaboration d'un instrument juridique international relatif à l'utilisation du cyberespace. À cet égard, l'opinion a été exprimée qu'il était nécessaire que l'UNESCO et la CNUDCI unissent leurs efforts dans le domaine du commerce électronique. On a fait observer que ces efforts devraient être guidés par la nécessité de promouvoir le commerce électronique d'une manière qui serait avantageuse à la fois pour les pays développés et les pays en développement et qui garantirait en même temps les droits fondamentaux de l'être humain, y compris le droit au respect de la vie privée. Il a été souligné que les questions de l'attribution de messages de données à leurs initiateurs, de l'intégrité de tels messages et de la responsabilité de parties engagées dans le commerce électronique devraient être au cœur des efforts du Groupe de travail sur les signatures numériques et autres signatures électroniques.

210. Dans une déclaration concernant les travaux de la CNUCED, on a fait observer qu'un réseau global des pôles commerciaux avait été mis en place en vue d'aider les pays en développement dans les efforts qu'ils déployaient pour bénéficier des progrès faits dans le domaine des communications électroniques. En outre, il a été annoncé que la CNUCED organisait une exposition des fabricants de matériel, des producteurs de logiciels et des prestataires de services dans le commerce électronique (Lyon, 8-13 novembre 1998). On a indiqué que cette exposition comporterait une série d'exposés sur de nombreuses questions liées au commerce électronique.

211. Le Groupe de travail a pris note des déclarations et s'est félicité de la participation d'organisations intéressées à ses travaux. Le Secrétariat a été prié de continuer à suivre l'évolution de la situation en ce qui concernait les aspects juridiques du commerce électronique, tels qu'ils étaient traités par d'autres organisations internationales et de faire rapport au Groupe de travail sur ce sujet.

V. TRAVAUX FUTURS

212. À la fin de la session, il a été proposé que le Groupe de travail envisage à titre préliminaire d'entreprendre l'élaboration d'une convention internationale fondée sur les dispositions de la Loi type et des Règles uniformes. Il a été convenu que ce sujet devrait peut-être être inscrit à l'ordre du jour de la prochaine session du Groupe de travail sur la base de propositions plus détaillées que pourraient faire éventuellement les délégations intéressées. La conclusion préliminaire du Groupe de travail a toutefois été que l'élaboration d'une convention devrait en tout état de cause être considérée comme un projet distinct à la fois de l'élaboration des Règles uniformes et de tout autre supplément éventuel à la Loi type. En attendant une décision finale quant à la forme des Règles uniformes, la proposition d'élaborer une convention à un stade ultérieur ne devrait pas détourner le Groupe de travail de sa tâche actuelle, qui était de se concentrer sur l'élaboration d'un projet de Règles uniformes sur les signatures numériques et autres signatures électroniques, ni de son hypothèse de travail actuelle selon laquelle les Règles uniformes prendraient la forme d'un projet de dispositions législatives. Il a aussi été généralement entendu que l'élaboration éventuelle d'un projet de convention ne devrait pas être utilisée comme moyen de revenir sur des questions réglées dans la Loi type, ce qui risquerait d'avoir un effet négatif sur l'usage croissant de cet instrument déjà couronné de succès.

213. Il a été noté que la prochaine session du Groupe de travail devrait normalement se tenir à New York du 29 juin au 10 juillet 1998, sous réserve de la confirmation de ces dates par la Commission à sa trente et unième session (New York, 1er-12 juin 1998).

B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-deuxième session : projet de règles uniformes sur les signatures électroniques : note du Secrétariat

(A/CN.9/WG.IV/WP.73) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

INTRODUCTION 1-8

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES 9-11

II. PROJET DE DISPOSITIONS SUR LES SIGNATURES NUMÉRIQUES, LES AUTRES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES, LES TIERS AUTHENTIFICATEURS ET LES QUESTIONS JURIDIQUES CONNEXES 12-15

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES 12-15

Paragraphes

CHAPITRE II. SIGNATURES ÉLECTRONIQUES 16-46

Section I. Signatures électroniques sûres 16-36

Article premier. Définitions 16-27

Article 2. Présomptions 28-32

Article 3. Attribution 33-36

Section II. Signatures numériques 37-45

Article 4. Définition 37-38

Article 5. Effets 39-44

Article 6. Signature par des personnes morales 45

Section III. Autres signatures électroniques 46

CHAPITRE III. TIERS AUTHENTIFICATEURS ET QUESTIONS CONNEXES 47-72

Article 7. Tiers authentificateur 47-49

Article 8. Certificat 50-57

Article 9. Déclaration relative aux pratiques d'authentification 58-60

Article 10. Garanties données au moment de l'émission d'un certificat 61-63

Article 11. Responsabilité contractuelle 64-65

Article 12. Responsabilité du tiers authentificateur envers les parties se fiant aux certificats 66-67

Article 13. Annulation d'un certificat 68

Article 14. Suspension d'un certificat 69

Article 15. Registre des certificats 70-71

Article 16. Relations entre les parties se fiant aux certificats et le tiers authentificateur 72

CHAPITRE IV. RECONNAISSANCE DES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ÉTRANGÈRES 73-75

Article 17. Tiers authentificateurs étrangers offrant des services en vertu des présentes Règles 73

Article 18. Approbation des certificats étrangers par les tiers authentificateurs nationaux 74

Article 19. Reconnaissance des certificats étrangers 75

INTRODUCTION

1. À sa vingt-neuvième session (1996), la Commission a décidé d'inscrire à son ordre du jour les questions des signatures numériques et des tiers authentificateurs. Le Groupe de travail sur le commerce électronique a été prié d'examiner l'opportunité et la faisabilité de l'établissement de règles uniformes sur ces questions. Il a été convenu que, dans le cadre des travaux de sa trente et unième session, le Groupe de travail pourrait élaborer un projet de règles sur certains de leurs aspects. Il a été prié de fournir à la Commission des éléments d'information suffisants pour permettre à cette dernière de se prononcer en toute connaissance de cause sur le champ d'application des règles uniformes à élaborer. S'agissant de donner un mandat plus précis au Groupe de travail, il a été convenu que les règles uniformes devraient porter sur des questions telles que le fondement juridique des opérations de certification, y compris les nouvelles techniques d'authentification et de certification numériques; l'applicabilité de la certification; la répartition des risques et des responsabilités entre utilisateurs, prestataires et tiers dans le contexte de l'utilisation de techniques de certification; les questions spécifiques à la certification sous l'angle de l'utilisation de registres; et l'incorporation par référence[1].

2. À sa trentième session (1997), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente et unième session (A/CN.9/437). S'agissant de

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

l'opportunité et de la faisabilité de l'élaboration de règles uniformes sur les questions des signatures numériques et des tiers authentificateurs, le Groupe de travail a indiqué à la Commission qu'il était parvenu à un consensus quant à l'importance et à la nécessité de travailler à l'harmonisation du droit dans ce domaine. Bien que n'ayant pas pris de décision ferme sur la forme et la teneur de ces travaux, il était parvenu à la conclusion préliminaire qu'il était possible d'entreprendre l'élaboration d'un projet de règles uniformes tout au moins sur les questions concernant les signatures numériques et les tiers authentificateurs, et éventuellement sur des questions connexes. Le Groupe de travail a rappelé que, outre les signatures numériques et les tiers authentificateurs, les travaux dans le domaine du commerce électronique devaient peut-être concerner aussi les questions touchant à des techniques autres que la cryptographie à clef publique, les questions générales concernant les fonctions exercées par les tiers fournisseurs de services et les contrats électroniques (A/CN.9/437, par. 156 et 157). S'agissant de la question de l'incorporation par référence, le Groupe de travail a conclu qu'il n'y avait pas besoin de nouvelle étude du Secrétariat, car les problèmes fondamentaux étaient bien connus, et il était clair que de nombreux aspects du conflit de formulaires et des contrats d'adhésion devraient être réglés par les lois applicables en raison, par exemple, de la protection du consommateur et d'autres considérations d'ordre public. Le Groupe de travail a donc été d'avis que cette question devrait être la première des questions de fond inscrite à l'ordre du jour de sa prochaine session (A/CN.9/437, par. 155).

3. La Commission a pris note avec satisfaction des travaux déjà effectués par le Groupe de travail à sa trente et unième session, a approuvé ses conclusions et lui a confié l'élaboration de règles uniformes sur les questions juridiques relatives aux signatures numériques et aux tiers authentificateurs (dénommées ci-après "les Règles uniformes").

4. S'agissant du champ d'application et de la forme exacts de ces Règles uniformes, il a été généralement convenu qu'aucune décision ne pouvait être prise à un stade aussi précoce. On a estimé qu'il était justifié que le Groupe de travail axe son attention sur les questions relatives aux signatures numériques, étant donné le rôle apparemment prédominant joué par la cryptographie à clef publique dans la nouvelle pratique du commerce électronique, mais les Règles uniformes devraient être compatibles avec l'approche techniquement neuve adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, (1996)[a], ci-après dénommée "la Loi type". Ainsi, les Règles uniformes ne devraient pas décourager l'utilisation d'autres techniques d'authentification. En outre, s'agissant de la cryptographie à clef publique, il pourrait être nécessaire de prendre en considération, dans ces Règles uniformes, divers niveaux de sécurité et de reconnaître les divers effets juridiques et niveaux de responsabilité correspondant aux différents types de services fournis dans le contexte des signatures numériques. S'agissant des tiers authentificateurs, la Commission a certes reconnu la valeur des normes issues du marché, mais il a été largement considéré que le Groupe de travail pourrait utilement envisager l'établissement d'un ensemble minimal de normes que les tiers authentificateurs devraient respecter, en particulier dans les cas de certification internationale.

5. On a en outre émis l'avis que, dans le cadre des travaux futurs relatifs au commerce électronique, le Groupe de travail pourrait être amené, à un stade ultérieur, à examiner les questions de la compétence, de la loi applicable et du règlement des conflits sur l'Internet. La Commission a été informée qu'un colloque sur les questions de la compétence et de la loi applicable sur l'Internet se tiendrait en juin 1997 sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit international privé. La Commission a également été informée qu'une conférence internationale organisée par l'Organisation de coopération et de développement économiques en novembre 1997 tenterait de définir une approche coordonnée sur les questions du commerce électronique entre les gouvernements, les organisations intergouvernementales, les organisations non gouvernementales et les groupes du secteur privé intéressés. La Commission a exprimé l'espoir que le Secrétariat pourrait assister à ces deux manifestations et faire un rapport[2].

6. La présente note contient un projet révisé de dispositions devant être examinées en vue de leur incorporation éventuelle dans les Règles uniformes. Ces dispositions traitent des signatures numériques, d'autres signatures électroniques, des tiers authentificateurs et de questions juridiques connexes. Elles ont été élaborées à la suite des délibérations et des décisions du Groupe de travail à sa trente et unième session, dont il est rendu compte dans le rapport sur les travaux de cette session (A/CN.9/437), et à la suite des délibérations et des décisions de la Commission à sa trentième session, dont il est rendu compte ci-dessus. Le projet de dispositions est fondé, en particulier, sur le principe adopté par le Groupe de travail selon lequel ses travaux dans le domaine des signatures numériques prendraient la forme de projets de dispositions juridiques (A/CN.9/437, par. 27). Il tient également compte de la décision prise par le Groupe de travail à sa session précédente selon laquelle les éventuelles règles uniformes concernant les signatures numériques devraient s'inspirer de l'article 7 de la Loi type et être considérées comme définissant la manière dont une méthode fiable pourrait servir à "identifier une personne" et "signifier qu'une personne approuve" l'information contenue dans un message électronique. De façon plus générale, en attendant une décision finale sur la relation entre la Loi type, les Règles uniformes et d'éventuelles règles sur l'incorporation par référence (voir A/CN.9/437, par. 151 à 155), le projet de dispositions doit être conforme aux principes énoncés et à la terminologie employée dans la Loi type (A/CN.9/437, par. 26).

[a] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I; voir également l'annexe de la résolution 51/162 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 1996.

[2] Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 249 à 251.

7. La présente note ne traite pas les questions de la compétence, de la loi applicable et du règlement des conflits sur l'Internet, de la formation et de l'exécution des contrats dans un environnement électronique, non plus que toute autre question qui pourrait devoir être examinée par le Groupe de travail à une future session. Un rapport oral sera présenté au Groupe de travail concernant le colloque sur les questions de la compétence et de la loi applicable sur l'Internet, qui s'est tenu en juin 1997 sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit international privé et la Conférence internationale organisée par l'OCDE en novembre 1997 (voir par. 5 ci-dessus).

8. Pour établir la présente note, le Secrétariat a bénéficié de l'aide d'un groupe d'experts dont certains avaient été invités par lui et d'autres désignés par les pays et les organisations internationales intéressés.

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

9. Les Règles uniformes ont pour objectif, comme le montre le projet de dispositions figurant dans la deuxième partie de la présente note, de faciliter un développement de l'utilisation des signatures numériques dans les transactions commerciales internationales. S'inspirant des nombreux instruments législatifs déjà en vigueur ou en cours d'élaboration dans un certain nombre de pays, ce projet de dispositions vise à prévenir une discordance des règles juridiques applicables au commerce électronique en offrant un ensemble de normes sur lesquelles se fonder pour reconnaître les effets juridiques des signatures numériques et autres signatures électroniques, avec l'aide éventuelle des tiers authentificateurs, pour lesquels un certain nombre de règles de base sont aussi prévues.

10. Axées sur les aspects de droit privé des transactions commerciales, les Règles uniformes ne tentent pas de régler toutes les questions pouvant surgir dans le cadre d'une utilisation accrue des signatures électroniques. En particulier, elles ne traitent pas des aspects relatifs à l'ordre public, au droit administratif, au droit de la consommation ou au droit pénal que les législateurs nationaux peuvent être appelés à prendre en considération lorsqu'ils établissent un cadre juridique général pour les signatures électroniques.

11. S'inspirant de la Loi type, les Règles uniformes visent à faire ressortir en particulier le principe de la neutralité quant aux techniques employées, se fondent sur une approche ne désavantageant pas les équivalents fonctionnels des concepts et pratiques traditionnels fondés sur le papier et font une large place à l'autonomie des parties. Elles devraient constituer à la fois des normes minimales dans un environnement "ouvert" (c'est-à-dire où les parties communiquent par des moyens électroniques sans convention préalable) et des règles par défaut dans un environnement "fermé" (c'est-à-dire où les parties sont liées par des règles et procédures contractuelles préexistantes qu'elles doivent suivre lorsqu'elles communiquent par des moyens électroniques).

II. PROJET DE DISPOSITIONS SUR LES SIGNATURES NUMÉRIQUES, LES AUTRES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES, LES TIERS AUTHENTIFICATEURS ET LES QUESTIONS JURIDIQUES CONNEXES

Chapitre Premier. Champ d'application et dispositions générales

12. Lorsqu'il étudiera le projet de dispositions qu'il est proposé d'inclure dans les Règles uniformes, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner, de manière plus générale, la relation entre ces Règles uniformes et la Loi type. Il voudra peut-être, en particulier, formuler des propositions à la Commission sur la question de savoir si des règles uniformes relatives aux signatures numériques devraient constituer un instrument juridique à part entière où si elles devraient être incorporées dans une version élargie de la Loi type, comme troisième partie, par exemple.

13. Que les Règles uniformes soient élaborées en tant qu'instrument séparé ou qu'elles soient ajoutées à la Loi type, il est proposé qu'elles comprennent des dispositions s'inspirant des articles premier (Champ d'application), 2 *a*, *c* et *e* (Définition des termes "message de données", "expéditeur" et "destinataire"), 3 (Interprétation), 7 (Signature) et 13 (Attribution des messages de données) de ladite Loi. Ces articles ne sont pas reproduits dans la présente note, mais on observera que, pour ses travaux, le Secrétariat est parti du principe que de telles dispositions feraient partie des Règles uniformes. En ce qui concerne le champ d'application de ces Règles, il faut se rappeler que, compte tenu de l'article premier de la Loi type, les transactions dans lesquelles interviennent des consommateurs, sans être l'élément principal des Règles uniformes, ne seraient pas exclues de leur champ d'application sauf si la loi applicable à ce type de transactions dans l'État adoptant était incompatible avec les Règles uniformes (voir A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 49 et 50).

14. En ce qui concerne l'autonomie des parties, la simple référence à l'article 4 (Dérogation conventionnelle) de la Loi type peut ne pas constituer à elle seule une solution satisfaisante, étant donné que cet article établit une distinction entre les dispositions de la Loi type auxquelles il peut être librement dérogé par contrat et celles qui doivent être considérées comme des règles de droit, sauf si la loi applicable en dehors de la Loi type autorise une telle dérogation conventionnelle. En ce qui concerne les signatures électroniques, il est nécessaire, étant donné l'importance pratique des réseaux "fermés", de prévoir une large reconnaissance de l'autonomie des parties. Toutefois, il pourrait aussi être nécessaire de tenir compte des restrictions à la liberté contractuelle liées à l'ordre public, y compris les lois protégeant les consommateurs contre des contrats d'adhésion excessifs. Le Groupe de travail pourrait ainsi souhaiter inclure dans les Règles uniformes une disposition s'inspirant de l'article 4-1 de la Loi type, à savoir que, sauf disposition contraire des Règles uniformes ou d'une autre loi applicable, les signatures électroniques et les certificats qui ont été émis, reçus ou sur lesquels une

partie s'est fondée conformément aux procédures convenues entre les parties à une transaction produisent les effets indiqués dans la Convention. En outre, le Groupe de travail pourrait envisager d'établir une règle d'interprétation en vertu de laquelle il faudrait, lorsque l'on détermine si un certificat, une signature électronique ou un message de données vérifié par référence à un certificat est suffisamment fiable pour un objet particulier, tenir compte de toutes les conventions pertinentes liant les parties, toute conduite à laquelle se sont conformées ces dernières et tout usage commercial pertinent.

15. En plus des dispositions susmentionnées, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si un préambule aux Règles uniformes serait susceptible d'en préciser l'objectif, à savoir promouvoir l'utilisation efficace des communications numériques par la mise en place d'une structure de sécurité et l'affirmation de l'égalité entre les signatures manuscrites et les signatures numériques s'agissant de leur effet juridique (voir A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 51).

Chapitre II. Signatures électroniques

Section I. Signatures électroniques sûres

Article premier. *Définitions*

Aux fins des présentes Règles :

a) Le terme "signature" désigne tout symbole employé, ou toute autre procédure de sécurité adoptée par une personne [ou en son nom] en vue d'identifier cette personne et d'indiquer qu'elle approuve les renseignements sur lesquels la signature est apposée;

b) Les termes "signature électronique" désignent [une signature] [des données] sous forme électronique contenue(s) dans un message de données, ou jointe(s) ou logiquement associée(s) audit message [et utilisée(s) par une personne [ou en son nom] en vue d'identifier cette personne et d'indiquer qu'elle approuve la teneur du message de données] [et utilisée(s) pour satisfaire aux conditions énoncées à [l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique]];

c) Les termes "signature électronique sûre" désignent une signature électronique qui :

i) est une signature numérique au sens de l'article 4 et satisfait aux conditions énoncées à l'article 5; ou

ii) peut, à partir du moment où elle apposée, être authentifiée comme celle d'une personne particulière à l'aide d'une procédure de sécurité qui est liée exclusivement à la personne qui l'utilise; susceptible d'identifier rapidement, objectivement et automatiquement cette personne; créée d'une manière ou à l'aide d'un moyen dont seule la personne l'utilisant a le contrôle; et liée au message de données auquel elle se rapporte d'une manière qui permette de l'invalider si le message est altéré; ou

iii) [pour ce qui est de la relation entre les parties participant à la création, l'envoi, la réception, la conservation ou le traitement de toute autre manière des messages de données dans la conduite ordinaire de leurs affaires,] est commercialement raisonnable compte tenu des circonstances, a été convenue au préalable et a été correctement appliquée par les parties.

Références

A/CN.9/437, par. 29 à 50 et 90 à 113 (projets d'articles A, B et C)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 52 à 60

Observations

16. Le projet d'article premier vise à tenir compte de la décision prise par le Groupe de travail à sa trentième session selon laquelle, conformément au principe de la neutralité qui était celui de la Loi type, les Règles uniformes ne devraient décourager l'utilisation d'aucune technique offrant une méthode suffisamment fiable pour remplacer les signatures manuscrites et autres signatures utilisées dans les documents sur papier, conformément à l'article 7 de la Loi type. Même si les Règles uniformes portent essentiellement sur les questions relatives aux signatures numériques, il faudrait adopter une approche plus générale et examiner également les questions relatives à d'autres techniques de signature électronique (voir A/CN.9/437, par. 22)

17. La définition des termes "signature" et "signature électronique", aux alinéas *a* et *b*, permet de délimiter dans ses grandes lignes le champ d'application des Règles uniformes, qui couvrent aussi toutes les techniques applicables pour fournir un équivalent fonctionnel à une signature manuscrite, au sens de l'article 7 de la Loi type. Il convient de noter que la définition du terme "signature", qui reprend simplement le paragraphe 1 *a* de l'article 7 de la Loi type sous forme de définition, ne vise pas à remplacer ou à modifier de quelque autre façon toute définition des termes "signature" ou "signature manuscrite" pouvant exister en dehors des Règles uniformes (c'est-à-dire dans la législation nationale ou dans la jurisprudence). Cette définition doit essentiellement servir de base aux définitions ultérieures des termes "signature électronique" et "signature électronique sûre". Elle peut également servir de référence utile dans les pays où n'existe actuellement aucune définition du terme "signature".

18. Les trois niveaux de définition donnés dans le projet d'article premier (c'est-à-dire "signature", "signature électronique" et "signature électronique sûre") devraient fournir au Groupe de travail un outil analytique et correspondant à une distinction devenue courante dans les projets de loi d'un certain nombre de pays. Toutefois, il ne sera peut-être pas nécessaire, selon la teneur des Règles uniformes, de conserver les trois. Si le Groupe de travail

décide de se concentrer sur un seul effet juridique de la signature électronique (à savoir sa reconnaissance comme équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite), on pourrait n'envisager qu'une seule catégorie de "signatures électroniques". Les notions que définissent actuellement les termes "signature électronique" et "signature électronique sûre" pourraient ainsi être regroupées dans une catégorie juridique unique, quels que soient le nombre et la diversité des techniques envisagés dans cette catégorie.

19. La principale définition à retenir pour délimiter le champ d'application des Règles uniformes est celle qui est actuellement énoncée à l'alinéa *c* sous l'intitulé "signature électronique sûre". Pour ce qui est du choix des termes, on pourra noter que le mot "sûre" ne signifie pas que telle ou telle technique peut, en fait ou en droit, offrir une sécurité absolue. Le but recherché est uniquement de qualifier un niveau supérieur de fiabilité d'une signature électronique par référence à un ensemble de critères qui, une fois satisfaits, produiraient certains effets juridiques.

20. L'alinéa *c*, qui doit constituer une base pour les effets juridiques devant découler de l'utilisation de signatures électroniques, vise également à traduire l'"approche double" adoptée par le Groupe de travail à sa précédente session. Cette approche résultait des deux formules envisagées, à savoir l'établissement de critères d'agrément des tiers authentificateurs par l'État et la reconnaissance de critères applicables aux tiers authentificateurs ne faisant pas partie d'une infrastructure à clef publique régie par l'État. Le Groupe de travail est parvenu à la conclusion que les deux formules n'étaient pas nécessairement incompatibles. Elles se différenciaient peut-être par les modalités d'application des effets juridiques aux signatures numériques dans l'un ou l'autre cas. Lorsque c'était l'État qui autorisait ("agréait") le tiers authentificateur, il ne le faisait qu'après s'être assuré que ce dernier satisfaisait aux critères, condition indispensable pour que les certificats émis par le tiers authentificateur puissent avoir un effet juridique. Dans le second cas, le tiers authentificateur n'avait pas besoin, pour exercer son activité, de prouver qu'il remplissait les critères. Toutefois, si les certificats qu'il émettait venaient à être contestés (par exemple, devant les tribunaux ou une instance d'arbitrage), l'organe appelé à statuer devrait, pour se prononcer sur leur fiabilité, déterminer s'ils émanaient d'un tiers authentificateur répondant bien aux critères (voir A/CN.9/437, par. 48).

21. Outre qu'il permet le recours à des tiers authentificateurs agréés ou non par l'État, l'alinéa *c* étend le champ d'application des Règles uniformes aux dispositifs d'authentification ne nécessitant pas le recours à un tiers authentificateur, quel qu'il soit, ou autre "tiers de confiance". Le terme "sûre" permet ainsi de prendre en considération à la fois les systèmes d'agrément donnant aux États adoptants la possibilité de garantir la qualité et la fiabilité des signatures numériques et les pratiques issues du marché qui peuvent être fondées sur d'autres formes de signatures électroniques.

22. En vertu du sous-alinéa *c* i, une signature numérique serait réputée sûre en vertu des Règles uniformes si elle était appliquée dans le cadre d'une infrastructure à clef publique établie par l'État adoptant. En l'absence d'une telle infrastructure, ou en complément, tout type de signature électronique (c'est-à-dire des signatures numériques ou d'autres signatures électroniques appliquées avec ou sans l'intervention de tiers authentificateurs ou d'autres tiers de confiance) pourrait être considérée comme sûre, à condition de remplir des conditions minimales. Pour fournir une norme de base servant à évaluer la qualité de ces signatures électroniques, le sous-alinéa *c* ii énumère quatre critères : l'exclusivité, l'identification, la fiabilité et le lien avec l'information signée.

23. La condition selon laquelle une signature électronique sûre doit être liée exclusivement à la personne qui l'utilise vise à éliminer toute probabilité raisonnable de production d'une même signature par plusieurs personnes, sauf cas de fraude ou autre conduite répréhensible. Cette condition pourrait être aussi vraisemblablement remplie par une signature basée sur la biométrie, incorporant certains attributs propres au signataire tels qu'une empreinte digitale ou rétinienne, ou bien encore, pour une signature numérique, lorsque la paire de clefs employée par le signataire a été créée de manière aléatoire et est suffisamment longue pour que la probabilité que toute autre personne crée la même paire de clefs soit extrêmement faible.

24. Une signature sûre devrait permettre d'identifier le signataire, ce qui ne veut pas dire qu'elle doit se composer du nom du signataire ou l'inclure. Il suffirait que l'identification puisse se faire par référence à d'autres sources d'information. Ainsi, une signature numérique peut identifier le signataire par référence à un certificat émis par un tiers authentificateur. L'important est que le processus d'identification soit relativement rapide, objectif et automatique. Par exemple, si l'on peut partir du principe qu'une signature manuscrite permet d'identifier le signataire, en revanche une telle identification n'est normalement ni rapide ni automatique et permet rarement une détermination objective. Il arrive fréquemment que la signature elle-même soit illisible. Même lorsqu'elle est lisible et peut à terme permettre d'identifier le signataire, les délais et la certitude du processus d'identification ne répondent pas toujours aux exigences du commerce électronique. Ainsi, il n'est pas toujours possible de certifier qu'une signature manuscrite est bien celle de tel ou tel individu (si celui-ci nie, ou en l'absence d'un témoin à la signature) sans le témoignage d'un graphologue ayant comparé les signatures non contestées du signataire supposé avec la signature analysée. Il est alors peu probable que l'on parvienne rapidement et automatiquement à un résultat et la conclusion du graphologue est, à maints égards, plus subjective qu'objective. En revanche, l'utilisation d'un numéro d'identification personnel dans un guichet bancaire automatique permet à la banque d'identifier automatiquement, objectivement et rapidement une personne associée à une adresse particulière et à un numéro de compte particulier en cas de retrait de fonds. Cette personne ne peut nier que la demande de fonds porte sa signature (elle peut nier par contre avoir signé la demande, ce qui fait entrer en jeu le critère de la fiabilité).

25. La procédure utilisée pour signer le message doit non seulement permettre d'identifier une personne comme étant le signataire, mais aussi garantir raisonnablement que ladite personne est bien celle qui a signé le message. Une procédure de sécurité exigeant l'utilisation d'une méthode ou d'un moyen dont seule la personne qui a créé la signature a le contrôle peut satisfaire à ce critère de fiabilité. Le recours à un tiers de confiance peut aussi donner le niveau de fiabilité requis. Il peut exister d'autres moyens encore. Le Groupe de travail pourrait souhaiter examiner d'autres approches permettant de garantir un niveau de fiabilité acceptable.

26. Une signature sûre doit être liée au message de données signé d'une manière qui entraîne son invalidation si le message est modifié. Un tel lien peut être considéré comme une condition fondamentale, puisqu'il serait possible, sinon, d'extraire simplement la signature d'un message de données pour l'insérer dans un autre.

27. Les sous-alinéas *c* i et ii doivent s'appliquer en l'absence d'un arrangement contractuel préexistant concernant les signatures électroniques entre l'expéditeur et le destinataire du message de données signé. Toutefois, pour suivre l'approche adoptée dans la Loi type, les Règles uniformes devront peut-être réaffirmer la validité des mécanismes contractuels concernant l'authentification des messages de données. L'alinéa *c* iii valide ainsi les accords en système fermé. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si le libellé entre crochets ("entre les parties participant à la création, l'envoi, la réception, la conservation ou le traitement de toute autre manière des messages de données dans la conduite ordinaire de leurs affaires"), qui reprend largement le libellé figurant dans la Loi type, est nécessaire pour limiter les effets de l'autonomie des parties sur les utilisations commerciales des signatures électroniques, à l'exclusion des transactions dans lesquelles interviennent des consommateurs (voir A/CN.9/437, par. 24).

Article 2. *Présomptions*

1. En ce qui concerne un message de données authentifié à l'aide d'une signature électronique sûre, il est présumé, sauf preuve contraire, que :

a) le message de données n'a pas été altéré après que la signature électronique sûre y a été apposée;

b) la signature électronique sûre est la signature de la personne à laquelle elle se rapporte; et

c) la signature électronique sûre a été apposée par cette personne dans l'intention de signer le message.

2. En ce qui concerne un message de données authentifié à l'aide d'une signature électronique autre qu'une signature électronique sûre, aucune des dispositions des présentes Règles n'a d'incidences sur les règles juridiques ou les règles de preuve existantes concernant l'obligation d'établir l'authenticité et l'intégrité d'un message de données ou d'une signature électronique.

3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à ce qui suit : [...].

[4. Les présomptions énoncées au paragraphe 1 peuvent être réfutées par :

a) une preuve montrant qu'une procédure de sécurité employée pour vérifier une signature électronique ne doit pas être, en général, reconnue comme fiable, en raison des progrès de la technologie, de la manière dont la procédure de sécurité a été appliquée, ou pour d'autres raisons;

b) une preuve montrant que la procédure de sécurité convenue entre les parties au titre du sous-alinéa *c* iii de l'article premier n'a pas été appliquée de manière fiable; ou

c) une preuve relative à des faits, dont la partie s'étant fiée à la signature avait connaissance, qui tendraient à indiquer que la confiance dans la procédure de sécurité n'était pas raisonnable. Le caractère commercialement raisonnable d'une procédure de sécurité convenue par les parties au titre du sous-alinéa *c* iii et de l'article premier doit être déterminé en fonction des objectifs de la procédure et des circonstances commerciales au moment où les parties sont convenues d'adopter la procédure, notamment la nature de la transaction, le niveau technologique des parties, le volume de transactions analogues effectuées par l'une ou l'autre d'entre elles ou les deux, l'existence d'autres formules proposées à la partie mais rejetées par elle, le coût d'autres procédures, et les procédures généralement utilisées pour des types de transactions analogues.]

Références

A/CN.9/437, par. 43, 48 et 92

Observations

28. Le projet d'article 2 porte essentiellement sur les effets juridiques de la reconnaissance d'une "signature électronique sûre". À sa précédente session, le Groupe de travail avait examiné la possibilité de traiter certaines questions se rapportant aux signatures électroniques (par exemple, la fiabilité des tiers authentificateurs et l'attribution des messages de données portant une signature numérique) en énonçant des présomptions (voir A/CN.9/437, par. 58, 70, 120 et 121).

29. La notion de signature électronique sûre et les présomptions réfragables qui en découlent peuvent être considérées comme fondamentales pour garantir la validité d'un système de commerce électronique. Dans les transactions sur papier, une partie peut déterminer si le document et la signature sont authentiques à partir d'un certain nombre d'indicateurs, notamment le papier (présentant parfois un filigrane, un fond coloré ou d'autres indicateurs de fiabilité) sur lequel figure le message, un en-tête, des signatures manuscrites ou l'envoi par un tiers de confiance (tel que les services postaux) dans des enveloppes scellées. Les communications électroniques, en revanche, n'offrent aucun de ces éléments de fiabilité. Tout ce qui peut être communiqué est une série

d'impulsions électroniques identiques en tous points et pouvant être facilement copiées ou modifiées. Dans de nombreux cas, il est donc important que le destinataire et toute autre partie se fondant sur une communication électronique sachent, au moment où ils la reçoivent ou se fondent sur cette dernière, si le message est authentique, si l'intégrité de son contenu a été protégée et s'ils seront en mesure d'établir ces deux faits en cas de différend ultérieur (établir, par exemple, devant le tribunal la non-contestation d'un message de données). À cet égard, des présomptions réfragables concernant les signatures sûres peuvent fournir aux parties de telles assurances leur permettant de mener des activités commerciales en sachant qu'il leur sera plus facile de faire valoir leurs droits si cela se révélait nécessaire.

30. Il convient de distinguer l'effet des présomptions énoncées dans le projet d'article 2 et l'effet de l'attribution au titre du projet d'article 3. Dans le projet d'article 2, les présomptions ont pour objectif d'alléger la charge de prouver la source d'un message électronique lorsque le destinataire a vérifié la source apparente par l'utilisation d'une signature électronique sûre. La personne à laquelle la signature est associée est donc tenue de prouver que, bien que le destinataire ait vérifié la signature électronique sûre et appliqué la procédure de sécurité, cette signature n'était pas la sienne. L'établissement d'une telle présomption se justifie par le fait que les éléments de preuve nécessaires pour démontrer qui a effectivement envoyé le message sont normalement détenus par la personne à laquelle la signature est associée. Ainsi, dans le cas d'une signature numérique, la personne à laquelle la signature est associée est généralement mieux en mesure que toute autre partie de prouver que la clef privée a été volée, copiée, compromise, ou utilisée sans autorisation par un tiers. Normalement, le destinataire du message n'aura d'autre preuve que la procédure de sécurité appliquée pour prouver que la personne à laquelle la signature est associée a bien envoyé le message. Toutefois, en vertu du projet d'article 3, même si la partie à laquelle la signature est associée peut établir qu'elle n'a pas envoyé le message en question, elle peut néanmoins être tenue responsable des pertes subies par le destinataire qui s'est raisonnablement fié à cette signature, si les conditions énoncées dans cet article sont remplies.

31. Eu égard à l'approche adoptée à l'article 7 de la Loi type, le paragraphe 1 n'établit pas la présomption que le message de données comportant une signature électronique sûre constitue une obligation juridiquement contraignante. Il présume simplement que la signature électronique sûre a été apposée par le signataire supposé avec l'intention de signer le message. S'il est avéré que la personne dont la signature est apposée a été victime d'une erreur ou d'une déclaration fallacieuse ou a agi sous la contrainte, ou s'il existe toute autre cause entraînant la nullité, le message peut perdre ses effets juridiques, mais c'est à la personne qui réfute ces effets qu'incombe la mise en cause.

32. Le paragraphe 2 indique clairement qu'en l'absence de signature électronique sûre aucune disposition des Règles uniformes ne modifie les règles ordinaires de la preuve concernant l'obligation de prouver la source d'un message. Le paragraphe 3 s'inspire de dispositions analogues de la Loi type. L'objectif est de faciliter l'exclusion de certaines situations du champ d'application du projet d'article 2 lorsqu'un intérêt légitime de l'État adoptant l'exige. Par exemple, les États adoptants peuvent décider que les présomptions établies dans le projet d'article 2 ne s'appliquent pas dans le domaine du droit pénal. Le paragraphe 4 énumère un certain nombre de manières de réfuter la présomption établie au paragraphe 1. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il est nécessaire d'insérer une telle disposition servant d'illustration dans le texte des Règles uniformes ou s'il serait préférable de l'insérer dans un guide ou un commentaire.

Article 3. *Attribution*

1. *Variante A :* Sous réserve des dispositions de [l'article 13 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique], l'expéditeur d'un message de données sur lequel est apposée sa signature électronique sûre est [lié par le contenu] [réputé être le signataire] du message de la même manière que si celui-ci était signé [à la main] conformément à la loi applicable au contenu du message.

Variante B : Pour ce qui est de la relation entre le détenteur d'une clef privée et toute tierce partie se fiant à une signature numérique qui peut être [vérifiée] [authentifiée] à l'aide de la clef publique certifiée correspondante, la signature numérique [est réputée être celle du détenteur] [satisfait aux conditions énoncées à [l'article 7-1 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique]].

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si

a) [l'expéditeur] [le détenteur] peut établir que la [signature électronique sûre] [clef privée] a été employée sans autorisation et qu'il n'aurait pas pu empêcher un tel emploi en exerçant un soin raisonnable; ou

b) la partie se fiant à la signature savait ou aurait dû savoir, si elle s'était informée auprès [de l'expéditeur] [du tiers authentificateur] ou avait pris d'autres dispositions raisonnables, que la signature [électronique sûre] [numérique] n'était pas celle [de l' expéditeur] [du détenteur de la clef privée].

Références

A/CN.9/437, par. 118 à 124 (projet d'article E)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 64 et 65

Observations

33. À sa précédente session, le Groupe de travail a généralement estimé qu'il ne fallait pas essayer de reprendre, dans le cadre des Règles uniformes, les principes énoncés à l'article 13 de la Loi type (A/CN.9/437, par. 119 et 120). Il a toutefois été jugé nécessaire de préciser la relation entre les Règles uniformes et les articles 7 et 13 de la Loi type. À cet effet, la variante A du paragraphe 1, qui traduit un principe jugé généralement acceptable par le Groupe de travail à sa précédente session (voir A/CN.9/437, par. 120),

est libellée en termes généraux afin d'englober à la fois les signatures numériques et d'autres techniques pouvant être utilisées pour produire une signature numérique sûre.

34. La variante B établit une présomption selon laquelle une signature numérique remplit les conditions de fiabilité énoncées à l'article 7 de la Loi type. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si une telle présomption devrait être élargie de façon à englober non seulement les signatures numériques, mais également d'autres cas où une signature électronique sûre est utilisée. Si le Groupe de travail souhaite limiter le champ d'application de la disposition aux signatures numériques, le projet d'article 3 devra être déplacé en conséquence.

35. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si le projet d'article 3 pourrait servir à traiter de façon plus précise de la question du moment où une personne peut être tenue comptable de la teneur d'un message de données lorsqu'elle ne l'a en fait pas envoyé et lorsqu'il est communiqué dans un environnement ouvert (c'est-à-dire sans accord préalable direct entre l'expéditeur et le destinataire (ou dans le contexte de "règles de système") quant à la procédure à appliquer pour déterminer l'attribution du message de données). Le paragraphe 3 *a* de l'article 13 de la Loi type traite du cas où une "procédure que l'expéditeur avait précédemment acceptée" est appliquée, mais la Loi type ne traite pas expressément des milieux ouverts. Étant donné le niveau de sécurité élevé qu'impliquent les signatures électroniques sûres, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la possibilité d'établir une règle générale selon laquelle le destinataire d'un message de données qui se fie raisonnablement à une signature électronique sûre est habilité à considérer que le message émane de l'expéditeur.

36. Le Groupe de travail pourrait souhaiter examiner, comme exemple de disposition à cet effet, le libellé suivant :

> Sauf dispositions contraires d'une autre loi applicable, une signature électronique sûre est attribuable à la personne à qui elle apparaît se rattacher, que cette personne l'ait ou non autorisée, si :
>
> *a)* elle a résulté d'actes d'une personne ayant obtenu les numéros d'accès, les codes, les logiciels, ou d'autres informations nécessaires pour la créer d'une source dont le signataire supposé a le contrôle, donnant ainsi l'impression d'émaner de cette personne;
>
> *b)* l'accès a eu lieu dans des circonstances résultant du fait que le signataire supposé n'a pas fait preuve d'une diligence raisonnable; et
>
> *c)* le destinataire s'est fié de bonne foi, à son détriment, à la source apparente du message de données.

Ce libellé a pour effet de répartir le risque de perte entre les deux parties intéressées, à savoir l'expéditeur supposé qui n'a pas signé effectivement le message en question et le destinataire qui s'est fié de bonne foi à ce message après application d'une procédure de sécurité commercialement raisonnable. Le risque de perte est imputé à l'expéditeur supposé uniquement lorsque l'apposition de sa signature résulte d'une faute de sa part. Une telle situation peut se produire lorsque la signature a été créée par une personne ayant obtenu les informations nécessaires d'une source dont l'expéditeur supposé a le contrôle et lorsque cet accès résulte du fait que l'expéditeur n'a pas fait preuve d'une diligence raisonnable. Si le destinataire se fie raisonnablement au message, l'expéditeur supposé se trouve alors lié par ce dernier. Dans tous les autres cas, le risque de perte est supporté par le destinataire, même si sa confiance était raisonnable. La référence à une autre "loi applicable" dans le chapeau peut être nécessaire pour exclure du champ d'application de la disposition proposée les transactions dans lesquelles interviennent des consommateurs.

Section II. Signatures numériques

Article 4. *Définition*

Aux fins des présentes Règles,

Variante A

Les termes "signature numérique" désignent un type de signature électronique qui consiste dans la transformation d'un message de données à l'aide d'une fonction d'abrègement du message et d'un système de cryptographie asymétrique permettant à toute personne en possession du message de données initial non transformé et de la clef publique du signataire de déterminer avec exactitude :

a) si la transformation a été opérée à l'aide de la clef privée du signataire correspondant à sa clef publique; et

b) si le message de données initial a été altéré après la transformation.

Variante B

a) Les termes "signature numérique" désignent une valeur numérique apposée à un message de données qui, grâce à une procédure mathématique connue associée à la clef cryptographique privée de l'expéditeur, permet de déterminer le fait que cette valeur numérique n'a pu être obtenue qu'avec la clef privée de l'expéditeur;

b) Les procédures mathématiques utilisées pour créer les signatures numériques en vertu des présentes Règles sont basées sur le chiffrement à clef publique. Appliquées à un message de données, ces procédures mathématiques opèrent une transformation du message de telle sorte qu'une personne en possession du message initial et de la clef publique de l'expéditeur peut déterminer avec exactitude :

i) si la transformation a été opérée à l'aide de la clef privée correspondant à la clef publique de l'expéditeur ; et

ii) si le message initial a été altéré après la transformation.

Références

A/CN.9/437, par. 30 à 38 (projet d'article A)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 18 à 45, 55 et 56

Observations

37. Les différences entre les variantes A et B sont essentiellement rédactionnelles. La variante B tient compte des conclusions formulées par le Groupe de travail à sa précédente session (voir A/CN.9/437, par. 32), alors que la variante A présente un libellé plus simple, faisant fond sur la définition des termes "signature électronique". Dans les deux variantes, les termes "signature numérique" sont définis sans référence aux "tiers authentificateurs" ou aux "certificats".

38. On n'a pas tenté de donner des définitions des mots "clef privée", "clef publique", "paire de clefs" ou d'autres notions relatives à la cryptographie à clef publique. À la précédente session du Groupe de travail, il avait certes été proposé d'ajouter d'autres définitions, mais on avait mis en garde contre l'insertion, dans des règles uniformes normatives, d'un grand nombre de définitions, ce qui pourrait être contraire à la tradition législative de nombreux pays. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner dans quelle mesure des définitions supplémentaires seraient nécessaires (voir A/CN.9/437, par. 29).

Article 5. *Effets*

1. Lorsqu'une signature numérique est apposée sur la totalité ou sur toute partie d'un message de données, cette signature est réputée être une signature électronique sûre pour la partie du message en question si :

a) elle a été créée pendant la période d'effet d'un certificat [valide] et est vérifiée par référence à la clef publique indiquée dans ce certificat; et

b) le certificat est considéré comme rattachant avec précision une clef publique à l'identité d'une personne pour les raisons suivantes :

i) le certificat a été émis par un tiers authentificateur agréé [accrédité] par *[l'État adoptant indique l'organe ou l'autorité habilités à agréer le tiers authentificateur et à promulguer des règles concernant les fonctions des tiers authentificateurs agréés];* ou

ii) le certificat a été émis d'une autre manière par un tiers authentificateur conformément aux normes établies par ... *[l'État adoptant indique l'organe ou l'autorité habilités à établir des normes reconnues concernant les fonctions des tiers authentificateurs agréés].*

2. Lorsqu'une signature numérique apposée sur la totalité ou sur toute partie d'un message de données ne satisfait pas aux conditions énoncées au paragraphe 1, cette signature est considérée comme une signature électronique sûre pour la partie du message considérée s'il existe des preuves suffisantes montrant que le certificat rattache avec précision la clef publique à l'identité de son détenteur.

3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à ce qui suit : [...].

Références

A/CN.9/437, par. 43, 48 et 92

Observations

39. Les signatures numériques devraient, si elles sont correctement mises en œuvre, constituer des signatures électroniques sûres. Encore faut-il déterminer quand la mise en œuvre d'une signature numérique a été effectuée d'une manière qui permette de qualifier cette dernière de sûre. Les signatures numériques vérifiables par référence à un certificat ne sont pas toutes sûres, en particulier lorsque l'on n'est pas certain que l'identification ou l'authentification du détenteur ou de la clef publique soit exacte. Les principaux facteurs permettant de déterminer la sûreté d'une signature numérique sont les suivants : 1) le tiers authentificateur a-t-il correctement identifié le détenteur ? 2) le tiers authentificateur a-t-il correctement authentifié la clef publique du détenteur ? 3) la clef publique du détenteur a-t-elle été compromise ? et 4) la procédure est-elle fiable (à savoir, l'algorithme de la clef publique et la longueur de cette clef sont-ils appropriés) ?

40. Le paragraphe 1 énonce deux critères fondamentaux pour déterminer si une signature numérique peut être considérée comme une signature électronique sûre. Selon le premier, il faut que la signature soit créée pendant la période d'effet d'un certificat valide et soit vérifiée par référence à la clef publique donnée dans le certificat. La période d'effet d'un certificat commence normalement au moment de son émission et se termine à son expiration, son annulation ou sa suspension.

41. Selon le second, il faut garantir que le certificat lui-même identifie exactement une personne comme le détenteur de la clef privée correspondant à la clef publique donnée dans le certificat. La fiabilité du certificat peut être évaluée par référence à des normes, des procédures et d'autres conditions stipulées par des autorités reconnues dans l'État adoptant. Ces normes peuvent être établies par accréditation d'organismes de certification par des tierces parties, ou par l'agrément volontaire des tiers authentificateurs, ou exiger l'application des règles établies par l'État adoptant.

42. Une autre possibilité est énoncée au paragraphe 2, à savoir que si un tribunal ou un juge des faits détermine que, selon toute évidence, l'information donnée dans le certificat est effectivement exacte, la fiabilité du certificat est manifeste. À ce stade, toutefois, le juge des faits doit déterminer au cas par cas si le certificat a été émis par un tiers authentificateur ayant identifié correctement le détenteur et authentifié la clef publique de ce dernier.

43. Le projet d'article 5, conformément à la "double approche" adoptée par le Groupe de travail, vise à laisser

autant de latitude que possible pour ce qui est de déterminer la fiabilité d'un certificat émis par un tiers authentificateur. Cette souplesse est particulièrement importante du fait que le recours aux signatures numériques est récent et que les modèles et la réglementation, dans ce domaine, ne sont pas encore bien établis. Il importe donc de favoriser le développement des signatures numériques dans le commerce électronique tout en arrêtant les normes nécessaires pour déterminer par présomption la fiabilité d'un message portant une signature numérique.

44. Il faut aussi noter que, si la première option énoncée dans le projet d'article 5 comprend une détermination judiciaire de l'exactitude d'un certificat, la seconde, par contre, présume cette exactitude si le certificat a été émis par un tiers authentificateur accrédité par l'État adoptant ou s'il satisfait d'une autre manière à certaines normes établies par ledit État. Une détermination judiciaire de l'exactitude n'est alors pas requise pour considérer la signature électronique comme sûre. La seconde option peut être utile pour les personnes pratiquant le commerce électronique qui sauraient, avant d'agir sur la foi d'une communication, si cet acte peut être exécuté. Il est toutefois possible de réfuter la présomption d'exactitude en démontrant qu'un certificat émis par un tiers authentificateur accrédité n'est en fait ni exact ni fiable.

[Article 6. *Signature par des personnes morales*

Une personne morale peut identifier un message de données en apposant sur ce message la clef cryptographique publique certifiée pour cette personne morale. La personne morale n'est considérée [comme étant l'expéditeur] [comme ayant approuvé l'envoi] du message que si le message est également signé numériquement par la personne physique autorisée à agir au nom de cette personne morale.]

Références

A/CN.9/437, par. 114 à 117 (projet d'article D)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 61 à 63

Observations

45. À la précédente session, il avait été largement estimé que le projet d'article 6 devrait être supprimé. Toutefois, après un débat, le Groupe de travail avait décidé qu'il devait être mis entre crochets, afin d'être examiné à une session ultérieure (A/CN.9/437, par. 115 et 117). On peut certes juger qu'une disposition telle que le projet d'article 6 empiète de façon injustifiée sur d'autres domaines du droit (par exemple, le droit de la représentation et les dispositions du droit des sociétés traitant de la représentation par des personnes physiques), mais elle peut aussi être utile au stade actuel de l'élaboration des Règles uniformes pour rappeler que le Groupe de travail pourrait avoir à débattre de façon plus approfondie de la mesure dans laquelle les Règles uniformes devraient valider les activités des "agents électroniques" pour l'authentification automatique des messages de données.

Section III. Autres signatures électroniques

46. Aucune information n'ayant été communiquée au Secrétariat sur la façon de traiter les techniques d'authentification autres que les signatures numériques dans le cadre des Règles uniformes, aucune disposition particulière n'a été élaborée aux fins d'insertion dans la section III. Le Groupe de travail pourrait souhaiter examiner la question de savoir si de telles techniques d'authentification devraient être traitées plus en détail dans les Règles uniformes. S'il parvient à la conclusion qu'elles ne devraient pas l'être, les Règles uniformes n'en favoriseraient pas moins le développement, grâce au principe de non-discrimination énoncé dans les définitions des termes "signature" et "signatures électroniques sûres", et grâce au statut juridique reconnu à toute technique d'authentification pouvant être considérée comme une "signature électronique sûre".

Chapitre III. Tiers authentificateurs et questions connexes

Article 7. *Tiers authentificateur*

1. Aux fins des présentes Règles, les termes "tiers authentificateur" désignent :

a) Toute personne ou entité agréée [accréditée] par ... *[l'État adoptant indique l'organe ou l'autorité compétents habilités à agréer les tiers authentificateurs et à promulguer des règles concernant les fonctions des tiers authentificateurs agréés]* pour agir en application des présentes Règles; ou

b) Toute personne ou entité qui, dans le cours ordinaire de ses affaires, délivre des certificats concernant des clefs cryptographiques utilisées pour créer des signatures numériques.

[2. Un tiers authentificateur peut proposer ou faciliter l'enregistrement et l'horodatage de la transmission et de la réception de messages de données et remplir d'autres fonctions ayant trait aux communications protégées au moyen de signatures numériques.]

Références

A/CN.9/437, par. 39 à 50 et 90 à 97 (projet d'article B)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 18 à 45, 57 et 58

Observations

47. Comme il a été indiqué dans le contexte du projet d'article premier, les Règles uniformes devraient prévoir la reconnaissance juridique à la fois dans le cas où un État adoptant souhaite réglementer les activités des tiers authentificateurs par une infrastructure à clef publique ou d'autres systèmes d'agrément, et dans le cas où des tiers

authentificateurs non agréés peuvent exercer leur activité librement en se conformant à des normes issues du marché (voir par. 17 et 18 ci-dessus).

48. Le paragraphe 1 ne tente pas, en ce qui concerne les tiers authentificateurs agréés, de définir les critères à appliquer par les États adoptants dans la mise en œuvre d'une infrastructure à clef publique ou d'un autre système d'agrément. Une des raisons est peut-être la place importante faite à l'ordre public dans ces infrastructures, qui ne se prêtent peut-être pas facilement à une harmonisation internationale par voie de dispositions législatives types. Si le Groupe de travail examine plus en détail les critères à appliquer dans le cadre d'un système d'agrément, il souhaitera peut-être réfléchir aux facteurs indiqués ci-après dont il convient de tenir compte lorsque l'on évalue la fiabilité d'un tiers authentificateur : *a)* indépendance (c'est-à-dire absence d'intérêts financiers ou autres dans les transactions en jeu); *b)* ressources et capacité financières d'assumer le risque de voir sa responsabilité mise en jeu en cas de préjudice; *c)* compétence du personnel de direction, maîtrise de la technologie des clefs publiques et familiarité avec les procédures de sécurité requises; *d)* durée (les tiers authentificateurs peuvent en effet être amenés à donner des preuves d'authentification ou à décrypter des clefs plusieurs années après la fin de la transaction, par exemple, dans le cadre d'une action en justice ou d'un litige relatif à la propriété); *e)* homologation du matériel et du logiciel; *f)* mise en place d'une vérification à rebours et vérification comptable par une entité indépendante; *g)* existence d'un dispositif d'urgence (par exemple, logiciel de "récupération catastrophe" ou mécanisme de "blocage" de la clef); *h)* sélection et gestion du personnel; *i)* dispositifs de protection pour la clef privée du tiers authentificateur; *j)* sécurité interne; *k)* arrangements pour la cessation des opérations, y compris avis aux utilisateurs; *l)* garanties (données ou exclues); *m)* limites de la responsabilité; *n)* assurance; *o)* compatibilité avec d'autres tiers authentificateurs; *p)* procédures d'annulation (dans les cas où les clefs cryptographiques viendraient à être perdues ou compromises); *q)* isolement de la fonction d'authentification des autres activités éventuelles du tiers authentificateur (voir A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 44 et A/CN.9/437, par. 45).

49. L'alinéa *b* du paragraphe 1 définit le "tiers authentificateur", sans faire mention de l'autorisation de l'État, par référence à sa fonction d'émetteur de certificats. Une telle disposition, associée au paragraphe 2, a aussi pour objectif de tenir compte du fait que le tiers authentificateur peut avoir d'autres utilités et offrir des services autres que l'émission de certificats, mais que ces activités et services n'entrent pas dans le champ d'application des Règles uniformes et ne doivent pas être pris en considération lorsque l'on traite les effets juridiques des signatures électroniques. Le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier si une disposition telle que le paragraphe 2, qui est essentiellement descriptif, devrait faire partie des Règles uniformes ou si elle devrait plutôt être insérée dans un guide ou un commentaire.

Article 8. *Certificat*

Aux fins des présentes Règles, le terme "certificat" désigne un message de données [ou un autre document] qui, au minimum :

a) identifie le tiers authentificateur qui l'émet;

b) nomme ou identifie son détenteur ou un dispositif ou un agent électronique sous le contrôle du détenteur;

c) contient une clef publique correspondant à une clef privée dont le détenteur a le contrôle;

d) spécifie sa période d'effet [et, le cas échéant, les restrictions à l'utilisation de la clef publique]; et

e) est signé [numériquement] par le tiers authentificateur qui l'émet.

Références

A/CN.9/437, par. 98 à 113 (projet d'article C)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 18 à 45, 59 et 60

Observations

50. Un certificat peut avoir diverses fonctions et communiquer des informations n'entrant pas dans le champ d'application des Règles uniformes. Cependant, la seule fonction traitée dans les Règles uniformes est le rattachement d'une clef publique à un détenteur donné. Ce rattachement peut être effectué directement, par la désignation du détenteur de la clef publique dans le certificat. Il peut l'être aussi indirectement par l'indication de certains éléments caractérisant le détenteur (par exemple, responsable des achats habilité à contracter à concurrence d'un certain montant), ou par l'indication d'une machine, d'un dispositif ou d'un logiciel sous le contrôle du détenteur. Par exemple, une société peut délivrer à un employé chargé des achats un certificat précisant uniquement les limites des pouvoirs de cet employé. Ce certificat peut ensuite être utilisé dans des transactions avec des partenaires commerciaux où l'identité de l'employé importe peu, la principale question étant de savoir s'il est habilité à agir au nom d'une personne désignée (par exemple, l'employeur) et quelle est la limite de l'autorité qui lui a été conférée. Dans tous les cas, cependant, il existe une personne, dénommée "détenteur", qui a le contrôle de la clef privée correspondant à la clef publique donnée dans le certificat et à laquelle doivent être attribués les messages portant une signature numérique et vérifiés par référence au certificat. Si une telle personne n'est pas désignée, le certificat ne peut pas servir à vérifier qu'une signature numérique est bien celle de la personne spécifiée.

51. Le projet d'article 8 vise à tenir compte des éléments considérés par le Groupe de travail comme les caractéristiques essentielles d'un certificat, à savoir le fait : d'être un message de données; de désigner le tiers authentificateur; de contenir la clef publique du détenteur; de désigner le détenteur; et de comporter la signature

numérique du tiers authentificateur (voir A/CN.9/437, par. 101). Pour ce qui est de savoir si un certificat doit nécessairement prendre la forme d'un message de données, le Groupe de travail pourrait souhaiter étudier si les Règles uniformes devraient également couvrir les certificats sur papier.

52. À la précédente session, le Groupe de travail a décidé qu'il pourrait être amené à examiner si l'établissement d'une règle obligatoire concernant les informations minimales à fournir dans un certificat pourrait aller à l'encontre de la loi applicable sur la protection des données. La nature des éléments énumérés au projet d'article 8 permet, semble-t-il, d'éviter un tel conflit éventuel.

53. La définition du terme "certificat" n'établit pas de distinction entre les différents niveaux de sécurité pouvant être assurés commercialement dans ce type de document. Toutefois, lors de l'élaboration des Règles uniformes, le Groupe de travail pourrait garder à l'esprit le fait que les tiers authentificateurs offrent généralement diverses catégories de certificats. À la précédente session, plusieurs propositions ont été faites afin de tenir compte dans les Règles uniformes des divers niveaux de sécurité pouvant découler de l'utilisation de ces certificats (voir A/CN.9/437, par. 20, 56, 138 et 145). Pour illustrer cette diversité, les trois classes de "certificats" énumérées ci-après seraient disponibles sur le marché.

54. Les certificats de la catégorie I confirment que le nom et l'adresse électronique d'un utilisateur forment, dans le registre ou la banque de données tenus par un tiers authentificateur, une entrée ne comportant aucune ambiguïté. Normalement, ils sont utilisés essentiellement pour parcourir l'Internet et pour le courrier électronique personnel et ont pour objectif d'améliorer modestement la sécurité de ces environnements. Ils n'ont pas pour but d'authentifier l'identité du détenteur, mais plutôt de vérifier simplement l'absence d'ambiguïté de l'entrée figurant dans la banque de données et d'effectuer une vérification limitée de l'adresse électronique. Le nom du détenteur indiqué dans un certificat de catégorie I est considéré comme une information non vérifiée. Ces certificats offrent un niveau de sécurité très faible. Ils ne sont pas destinés à un usage commercial, où la preuve de l'identité est nécessaire, et il ne faut pas y recourir pour de telles utilisations.

55. Les certificats de la catégorie II confirment que l'information fournie par le détenteur lors de la demande de certificat concorde avec l'information accessible dans des bases de données pour consommateurs largement reconnues. Ils sont généralement utilisés aux fins suivantes : *a)* courrier électronique interorganisations; *b)* transactions à faible valeur et faible risque; *c)* courrier électronique personnel; *d)* remplacement de mots de passe; *e)* validation de logiciels; et *f)* services d'abonnement en ligne. Ils offrent un certain niveau de sécurité quant à l'identité du détenteur, grâce à un processus automatique en ligne.

56. Les certificats de la catégorie III offrent des garanties importantes quant à l'identité du détenteur. Il est exigé, par exemple, que ce dernier se présente personnellement (physiquement) à l'agent du tiers authentificateur ou que son identité soit vérifiée par des documents d'identité appropriés. La clef privée correspondant à la clef publique contenue dans un certificat de catégorie III doit être créée et conservée de manière fiable en respectant les conditions établies par le tiers authentificateur. Les certificats de la catégorie III sont utilisés, dans la pratique, pour certaines applications du commerce électronique telles que les services bancaires électroniques, l'échange de données informatisées et les services en ligne réservés à leurs membres. Diverses procédures sont appliquées pour obtenir une preuve de l'identité de chaque abonné. Ces procédures de validation offrent de plus grandes garanties que les certificats de la catégorie II quant à l'identité d'un demandeur.

57. Les exemples précédents montrent clairement que seuls les certificats de la catégorie III entreraient dans le champ d'application actuel des Règles uniformes. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si le champ des Règles uniformes devrait être étendu à des catégories de certificats inférieures, auquel cas une décision devrait être prise concernant les divers effets juridiques des différentes catégories de certificats, en particulier pour ce qui est du niveau de fiabilité à imposer aux tiers authentificateurs pour l'émission de certificats de catégorie inférieure. Il pourrait être, sinon, nécessaire de modifier la définition du terme "certificat" dans les Règles uniformes de façon à indiquer clairement que les certificats de catégorie inférieure n'entrent pas dans leur champ d'application.

Article 9. *Déclaration relative aux pratiques d'authentification*

Aux fins des présentes Règles, les termes "déclaration relative aux pratiques d'authentification" désignent une déclaration publiée par un tiers authentificateur, qui indique les pratiques employées par ce tiers pour émettre et traiter de toute autre manière les certificats.

Références

A/CN.9/437, par. 60 à 62, 70, 110, 111 et 149 (projet d'article J)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 89

Observations

58. La mesure dans laquelle toute partie se fondant sur un certificat peut se fier au lien entre une personne et une clef publique, telle qu'attesté par un certificat, dépend de plusieurs facteurs, à savoir notamment : les pratiques et procédures suivies par le tiers authentificateur pour authentifier le détenteur de la paire de clefs, ses méthodes de travail, ses procédures et ses contrôles de sécurité. Les tiers authentificateurs présentent souvent les déclarations relatives à leurs pratiques d'authentification comme l'un des principaux éléments leur permettant de promouvoir la confiance dans la fiabilité des certificats qu'ils émettent et, plus généralement, comme la norme de qualité et de fiabilité qui devrait régir la relation entre eux et leurs clients.

59. Une déclaration relative aux pratiques d'authentification est une déclaration du tiers authentificateur dans laquelle ce dernier expose la politique qu'il suit ou donne des détails sur les pratiques, procédures et systèmes qu'il applique dans son activité, venant à l'appui de l'émission, de la gestion et de l'annulation d'un certificat. Les sujets traités dans cette déclaration peuvent être les suivants : *a)* procédures employées pour authentifier l'identité d'une personne requérant un certificat (avant l'émission du certificat); *b)* contrôle matériel et contrôle des procédures et du personnel effectués par le tiers authentificateur pour créer des clefs, émettre et annuler des certificats, effectuer des vérifications et archiver en toute sécurité; *c)* mesures de sécurité prises par le tiers authentificateur pour protéger ses clefs cryptographiques; et *d)* toute information connexe. Ces questions sont importantes à la fois pour le détenteur qui reçoit le certificat et pour les parties qui s'y fieront pour effectuer des transactions avec ce dernier.

60. La déclaration relative aux pratiques d'authentification peut prendre diverses formes, comme un contrat entre toutes les parties intéressées, ou un avis public à toutes les parties intéressées. Le principal élément, toutefois, est la notification aux parties qui se fonderont sur le certificat. La déclaration devrait constituer une notification du tiers authentificateur à toutes les parties (y compris les détenteurs) indiquant les pratiques qu'il suit pour émettre, gérer et annuler des certificats.

Article 10. *Garanties données au moment de l'émission d'un certificat*

Variante A

1. Lorsqu'il émet un certificat, un tiers authentificateur garantit à toute personne qui se fie raisonnablement à ce certificat, ou à une signature numérique vérifiable par la clef publique qui y est indiquée :

a) qu'il s'est conformé à toutes les conditions applicables prévues dans les présentes Règles pour l'émission du certificat et, s'il a publié le certificat ou l'a mis de toute autre manière à la disposition de cette personne, que le détenteur désigné dans le certificat [et possédant légitimement la clef privée correspondante] l'a accepté;

b) que le détenteur désigné dans le certificat détient [légitimement] la clef privée correspondant à la clef publique indiquée dans le certificat;

c) que la clef publique et la clef privée du détenteur sont appariées;

d) que toutes les informations données dans le certificat sont exactes à la date de son émission, sauf si le tiers authentificateur a déclaré dans le certificat [ou fait savoir par incorporation par référence dans le certificat] que l'exactitude de certaines informations n'est pas confirmée; et

e) qu'à la connaissance du tiers authentificateur n'a été omis du certificat aucun fait matériel connu qui, s'il était connu, compromettrait la fiabilité des garanties ci-dessus.

2. Sous réserve du paragraphe 1, le tiers authentificateur qui émet un certificat garantit à toute personne qui se fie raisonnablement à ce certificat, ou à une signature numérique vérifiable par la clef publique qui y est indiquée, qu'il a émis le certificat conformément à toute déclaration applicable relative aux pratiques d'authentification [incorporée par référence dans le certificat, ou] dont la personne se fiant au certificat a été avisée.

Variante B

1. Lorsqu'il émet un certificat, le tiers authentificateur garantit au détenteur, et à toute personne se fiant aux informations figurant dans le certificat[, de bonne foi et] pendant la période d'effet du certificat :

a) qu'il a [traité] [approuvé] [émis] le certificat et le gérera et l'annulera, le cas échéant, conformément :

i) aux présentes Règles;

ii) à toute autre loi applicable régissant l'émission du certificat; et

iii) à toute déclaration applicable relative aux pratiques d'authentification figurant ou incorporée par référence dans le certificat, ou dont la personne a été avisée, le cas échéant;

b) qu'il a vérifié l'identité du détenteur dans la mesure indiquée dans le certificat ou dans toute déclaration applicable relative aux pratiques d'authentification ou, en l'absence d'une telle déclaration, qu'il a vérifié l'identité du détenteur de manière fiable;

c) qu'il a vérifié que la personne demandant le certificat détient la clef privée correspondant à la clef publique indiquée dans le certificat;

d) qu'à sa connaissance, sous réserve de ce qui est stipulé dans le certificat ou toute déclaration applicable relative aux pratiques d'authentification, toutes les autres informations figurant dans le certificat sont exactes à la date d'émission dudit certificat;

e) que, s'il a publié le certificat, le détenteur qui y est désigné l'a accepté.

[2. Si un tiers authentificateur a émis le certificat conformément aux lois d'une autre juridiction, il donne également, le cas échéant, toutes les garanties applicables en vertu de la loi régissant la délivrance.]

Références

A/CN.9/437, par. 51 à 73 (projet d'article H)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 70 à 72

Observations

61. Le projet d'article 10 vise à tenir compte de la décision du Groupe de travail selon laquelle le projet de Règles uniformes devrait, en principe, comporter des dispositions régissant la responsabilité des tiers authentificateurs, pour autant que ceux-ci interviennent dans des systèmes de signatures numériques (A/CN.9/437, par. 55). La norme minimale en matière de responsabilité énoncée au projet d'article 10 ne doit s'appliquer qu'à l'émission de certificats à des fins de signature numérique, au sens du projet d'article 4. Le projet de Règles uniformes ne tente pas de traiter des autres activités ou services éventuels des tiers authentificateurs, qui peuvent être régis par des arrangements contractuels entre ces derniers et leurs clients, ou par toute autre loi applicable (A/CN.9/437, par. 71).

62. À sa trente et unième session, le Groupe de travail est généralement convenu qu'un libellé allant dans le sens du paragraphe 1 de la variante A était, dans une large mesure, acceptable quant au fond en tant que point de départ de futures discussions. Bien qu'il n'établisse pas expressément de règle en matière de responsabilité, ce paragraphe énonce une norme minimale à laquelle les parties ne devraient pas être autorisées à déroger par convention privée. En particulier, aucune clause limitant la responsabilité du tiers authentificateur ne devrait être considérée comme relevant de la protection ou des avantages prévus au titre des Règles uniformes si elle est incompatible avec les conditions susmentionnées. En cas d'allégation de la responsabilité d'un tiers authentificateur, ce dernier est présumé responsable des conséquences de l'émission d'un certificat, sauf s'il peut prouver qu'il a satisfait aux conditions énumérées au paragraphe 1. Toutefois, s'il souhaite s'imposer des obligations plus strictes que les garanties énoncées au paragraphe 1, il devrait être autorisé à le faire, soit en insérant des clauses à cet effet dans sa déclaration relative aux pratiques d'authentification, soit de toute autre manière (A/CN.9/437, par. 70). Le paragraphe 2 traite les cas où les déclarations relatives aux pratiques d'authentification contiennent des normes plus strictes.

63. La variante B s'inspire de la variante A, mais insiste davantage sur l'autorégulation des tiers authentificateurs. À l'alinéa *b*, en particulier, le tiers authentificateur ne garantit pas que le détenteur détient légitimement la clef privée. Il garantit par contre qu'aux fins de l'établissement du lien entre le détenteur et la clef privée il a appliqué tout au moins les procédures énoncées dans la déclaration relative à ses pratiques d'authentification ou utilisé des méthodes "fiables" pour identifier le détenteur. Le paragraphe 2 de la variante B énonce clairement que le sous-alinéa *a* ii du paragraphe 1 s'applique également lorsque le certificat émis est régi par les lois d'une autre juridiction. Le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre une décision quant à l'insertion d'une telle précision soit dans les Règles uniformes, soit dans un guide ou un commentaire.

Article 11. *Responsabilité contractuelle*

1. Entre un tiers authentificateur émettant un certificat et le détenteur de ce certificat [ou toute autre partie ayant une relation contractuelle avec le tiers authentificateur], les droits et obligations des parties sont déterminés par convention.

2. Sous réserve de l'article 10, un tiers authentificateur peut, par convention, s'exonérer de sa responsabilité en cas de préjudice dû à des erreurs dans les informations contenues dans le certificat, à des défaillances techniques ou à d'autres circonstances de même nature. Toutefois, la clause limitant ou excluant la responsabilité du tiers authentificateur ne peut être invoquée dans le cas où l'exclusion ou la limitation de la responsabilité contractuelle serait manifestement inéquitable eu égard à l'objet du contrat.

3. Le tiers authentificateur n'est pas autorisé à limiter sa responsabilité s'il est prouvé que le préjudice a résulté de l'acte ou de l'omission dudit tiers agissant avec l'intention de causer un préjudice ou témérairement et en sachant qu'un préjudice pourrait en résulter.

Références

A/CN.9/437, par. 51 à 73 (projet d'article H)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 70 à 72

Observations

64. Le paragraphe 1 énonce à nouveau le principe de l'autonomie des parties concernant le régime de responsabilité applicable au tiers authentificateur. Le paragraphe 2 porte sur la question des clauses d'exonération, qui sont généralement déclarées admissibles, à deux exceptions près. La première découle d'une référence au projet d'article 10, qui vise à établir une norme minimale à laquelle les tiers authentificateurs ne doivent pas être autorisés à déroger (voir par. 58 ci-dessus). La seconde, qui est inspirée des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (art. 7.1.6), tente d'établir une norme uniforme pour l'évaluation de l'acceptabilité générale des clauses d'exonération. On notera que le fait d'indiquer que la limitation ou l'exclusion de la responsabilité peut être "manifestement inéquitable" dénote une approche souple en la matière. Cette approche pourrait aboutir à une reconnaissance des clauses limitatives et exclusives plus large que cela ne serait le cas si les Règles uniformes mentionnaient uniquement la loi applicable en dehors de celles-ci.

65. Le paragraphe 3 traite des cas où une faute du tiers authentificateur ou de ses agents entraînerait une perte ou un autre préjudice. Pour ce qui est du fond, la règle proposée s'inspire d'un libellé analogue employé dans de nombreuses conventions internationales sur les transports et utilisé récemment dans l'article 18 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)[b].

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

Article 12. *Responsabilité du tiers authentificateur envers les parties se fiant aux certificats*

1. Sauf convention contraire, un tiers authentificateur qui émet un certificat est responsable envers toute personne se fiant raisonnablement à ce certificat dans les cas suivants :

a) [rupture de la garantie au titre de l'article 10] [négligence par fausse présentation de l'exactitude des renseignements donnés dans le certificat];

b) enregistrement de l'annulation d'un certificat promptement après réception de la notification de l'annulation dudit certificat; et

c) [conséquences de la non] [négligence dans l'] application :

i) de toute procédure énoncée dans la déclaration relative aux pratiques d'authentification publiée par le tiers authentificateur; ou

ii) de toute procédure énoncée dans la loi applicable.

2. Nonobstant le paragraphe 1, un tiers authentificateur n'est pas responsable s'il peut démontrer que lui-même ou ses agents ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter des erreurs dans le certificat ou qu'il était impossible, à lui-même ou à ses agents, de prendre de telles mesures.

3. Nonobstant le paragraphe 1, un tiers authentificateur peut limiter, dans le certificat [ou de toute autre manière], l'objet dudit certificat. Le tiers authentificateur n'est pas tenu responsable du préjudice découlant de l'utilisation du certificat pour tout autre objet.

4. Nonobstant le paragraphe 1, un tiers authentificateur peut limiter, dans le certificat [ou de toute autre manière], la valeur des opérations pour lesquelles le certificat est valide. Il n'est pas tenu responsable du préjudice dépassant cette limite.

Références

A/CN.9/437, par. 51 à 73 (projet d'article H)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 70 à 72

Observations

66. Le projet d'article 12 tient compte de l'opinion exprimée à la précédente session, selon laquelle les Règles uniformes devraient contenir une disposition énonçant une présomption simple de responsabilité. En vertu de cette disposition, par exemple, en cas d'identification erronée d'une personne ou d'attribution par erreur d'une clef publique à une personne, le tiers authentificateur serait tenu responsable du préjudice subi par toute partie lésée, à moins qu'il ne puisse démontrer qu'il s'était efforcé d'éviter l'erreur. Un tel régime de responsabilité vise à conférer un surcroît de protection à tout utilisateur des services d'un tiers authentificateur, sans pour autant imposer une responsabilité objective audit tiers (voir A/CN.9/437, par. 58).

67. Dans le cadre du débat sur les projets d'articles 10 à 12, le Groupe de travail pourrait souhaiter examiner la question de savoir si la responsabilité du tiers authentificateur devrait être assortie de limites et comment ces limites pourraient être fixées (voir A/CN.9/437, par. 63 à 67). À sa précédente session, le Groupe de travail avait examiné plusieurs propositions concernant les moyens de limiter la responsabilité incombant au tiers authentificateur. Il serait possible, par exemple, de déterminer un montant fixe. Selon d'autres approches, la limitation de la responsabilité pourrait se fonder sur un multiple du droit payé par le détenteur, sur un pourcentage de la valeur de la transaction ou sur un pourcentage du préjudice effectivement subi par la partie lésée. On a toutefois fait remarquer que le préjudice qui pouvait résulter des actes d'un tiers authentificateur n'était pas suffisamment facile à quantifier pour pouvoir servir de critère objectif permettant d'assigner un montant fixe. Par ailleurs, le service offert par un tiers authentificateur et les droits qu'il prélevait n'avaient souvent aucun rapport avec la valeur des transactions auxquelles ils se rapportaient ni avec le préjudice que pouvaient subir les parties (A/CN.9/437, par. 65). Pour ce qui est de la comparaison proposée entre la situation d'un tiers authentificateur et celle d'un transporteur en vertu des conventions internationales applicables au transport de marchandises et au transport de passagers (A/CN.9/437, par. 67), un examen préliminaire de ces textes tend à montrer que les limites de la responsabilité sont généralement établies par référence à un montant fixe (par exemple, dans le cas du transport de passagers), éventuellement en association avec une référence à la valeur des biens transportés. Il pourrait être nécessaire que le Groupe de travail examine cette question à une session future après une étude plus approfondie par le Secrétariat.

Article 13. *Annulation d'un certificat*

1. Pendant la période d'effet d'un certificat, le tiers authentificateur qui l'a émis doit l'annuler conformément aux politiques et aux procédures régissant l'annulation énoncées dans la déclaration applicable relative aux pratiques d'authentification applicables ou, en l'absence de telles politiques et procédures, promptement après :

a) réception d'une demande d'annulation par le détenteur désigné dans le certificat, et confirmation que la personne demandant l'annulation en est le détenteur légitime, ou est un agent du détenteur habilité à demander l'annulation;

b) réception d'une preuve fiable du décès du détenteur si ce dernier est une personne physique; ou

c) réception d'une preuve fiable que le détenteur a été dissous ou a cessé d'exister, lorsqu'il s'agit d'une personne morale.

2. Le détenteur d'une paire de clefs certifiée est tenu d'annuler le certificat correspondant lorsqu'il apprend que la clef privée a été perdue, compromise ou risque d'être utilisée à mauvais escient à d'autres égards. Si le détenteur

n'annule pas le certificat dans un tel cas, il est responsable de tout préjudice encouru par des tiers s'étant fiés au contenu des messages du fait que le détenteur a failli à son obligation d'annuler le certificat.

3. Que le détenteur indiqué dans le certificat consente ou non à l'annulation, le tiers authentificateur qui a émis le certificat doit l'annuler rapidement après avoir appris :

a) qu'un fait matériel présenté dans le certificat est faux;

b) que la clef privée ou le système informatique du tiers authentificateur a été compromis d'une manière qui compromet la fiabilité du certificat; ou

c) que la clef privée ou le système informatique du détenteur a été compromis.

4. Lors de l'annulation d'un certificat en vertu du paragraphe 3, le tiers authentificateur doit aviser le détenteur et les parties se fiant au certificat conformément aux politiques et aux procédures qui régissent la notification des annulations énoncées dans la déclaration applicable relative aux pratiques d'authentification, ou, en l'absence de telles politiques et procédures, il doit aviser rapidement le détenteur et publier dans les meilleurs délais un avis d'annulation si le certificat a été publié, et en informer par ailleurs, sur demande, toute partie s'étant fiée au certificat.

5. [Entre le détenteur et le tiers authentificateur,] l'annulation prend effet à partir du moment où elle est [reçue] [enregistrée] par le tiers authentificateur.

[6. Entre le tiers authentificateur et toute autre partie se fiant au certificat, l'annulation prend effet à partir du moment où elle est [enregistrée] [publiée] par le tiers authentificateur.]

Références

A/CN.9/437, par. 125 à 139 (projet d'article F)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 66 et 67

Observations

68. Le projet d'article 13 tient compte des différentes vues exprimées à la précédente session du Groupe de travail en énonçant une norme par défaut régissant l'annulation des certificats. Toutefois, un tiers authentificateur peut à tout moment contourner la norme par défaut en établissant dans la déclaration relative à ses pratiques d'authentification des procédures qui régissent l'annulation et en les appliquant. En ce qui concerne le moment auquel l'annulation prend effet, le Groupe de travail pourrait souhaiter prendre une décision quant à la nécessité d'établir une distinction entre la situation du détenteur et celle de toute autre partie se fondant sur le certificat (voir A/CN.9/437, par. 130).

Article 14. *Suspension d'un certificat*

Pendant la période d'effet d'un certificat, le tiers authentificateur l'ayant émis doit le suspendre conformément aux politiques et procédures régissant la suspension énoncées dans la déclaration applicable relative aux pratiques d'authentification ou, en l'absence de telles politiques et procédures, dans les meilleurs délais après réception d'une demande à cet effet émanant d'une personne dont le tiers authentificateur peut raisonnablement penser qu'elle est le détenteur indiqué dans le certificat ou une personne autorisée à agir en son nom.

Références

A/CN.9/437, par. 133 à 135 (projet d'article F)

Observations

69. À sa précédente session, le Groupe de travail a décidé que les Règles uniformes devaient contenir une disposition sur la suspension des certificats (voir A/CN.9/437, par. 113 et 134). En ce qui concerne le moment où une suspension prend effet, il pourra souhaiter décider s'il est nécessaire d'ajouter des dispositions s'inspirant des paragraphes 5 et 6 du projet d'article 13.

Article 15. *Registre des certificats*

1. Le tiers authentificateur tient un registre électronique des certificats émis accessible au public et indiquant la date d'expiration de chaque certificat, ou la date de suspension ou d'annulation.

2. Le registre est tenu par le tiers authentificateur

Variante A : pendant au moins [30] [10] [5] ans

Variante B : pendant ... [*l'État adoptant spécifie la période pendant laquelle les renseignements pertinents doivent être conservés dans le registre]*

à compter de la date d'annulation ou d'expiration de la période d'effet de tout certificat émis par le tiers authentificateur.

Variante C : conformément aux politiques et procédures spécifiées par le tiers authentificateur dans la déclaration applicable relative aux pratiques d'authentification.

Références

A/CN.9/437, par. 140 à 148 (projet d'article G)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 68 et 69

Observations

70. À la précédente session, aucune objection de principe n'a été soulevée contre l'inclusion dans les Règles uniformes d'une disposition concernant l'inscription des certificats dans un registre (voir A/CN.9/437, par. 142). La

bonne tenue d'un registre largement accessible (parfois appelé banque de données) comprenant en particulier une liste des annulations de certificats peut être considérée comme un élément important de la fiabilité des signatures numériques. En ce qui concerne la façon dont les tiers authentificateurs devraient tenir ces registres et ces listes, le Groupe de travail pourrait souhaiter examiner la question de savoir si les parties devraient être tenues de vérifier la situation du certificat en consultant le registre ou la liste pertinente avant de se fonder sur sa validité.

71. Plus généralement, le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier si les Règles uniformes, en établissant des règles minimales concernant les activités des tiers authentificateurs, devraient traiter également les droits et obligations des parties se fiant aux certificats.

Article 16. *Relations entre les parties se fiant aux certificats et le tiers authentificateur*

[1. Un tiers authentificateur n'est autorisé à demander que les renseignements qui lui sont nécessaires pour identifier l'utilisateur.

2. Sur demande, le tiers authentificateur divulgue les renseignements suivants :

a) les conditions dans lesquelles le certificat peut être utilisé;

b) les conditions déterminant l'utilisation des signatures numériques;

c) le coût des services fournis par le tiers authentificateur;

d) la politique ou les pratiques du tiers authentificateur concernant l'utilisation, la conservation et la communication de renseignements d'ordre personnel;

e) les prescriptions techniques du tiers authentificateur concernant le matériel de communication devant être utilisé par les parties se fiant aux certificats;

f) les conditions dans lesquelles le tiers authentificateur met en garde les parties se fiant aux certificats en cas d'irrégularité ou de défaut de fonctionnement du matériel de communication;

g) toute limite de la responsabilité du tiers authentificateur;

h) toutes restrictions imposées par le tiers authentificateur à l'utilisation du certificat;

i) les conditions dans lesquelles le détenteur est autorisé à restreindre l'utilisation du certificat.

3. Les renseignements énumérés au paragraphe 1 sont communiqués à l'utilisateur avant la conclusion définitive d'un accord de certification. Ces renseignements peuvent être communiqués par le tiers authentificateur dans le cadre d'une déclaration relative aux pratiques d'authentification.

4. Avec un préavis [d'un mois], l'utilisateur peut mettre fin à l'accord établissant une connexion avec le tiers authentificateur. L'avis prend effet dès qu'il est reçu par le tiers authentificateur.

5. Avec un préavis [de trois mois], le tiers authentificateur peut mettre fin à l'accord établissant une connexion avec le tiers authentificateur. L'avis prend effet dès qu'il est reçu.]

Références

A/CN.9/437, par. 149 et 150 (projet d'article J)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 76

Observations

72. À sa session précédente, le Groupe de travail a noté que les divers éléments énumérés dans le projet d'article 16 devraient être placés entre crochets pour être examinés à un stade ultérieur (voir A/CN.9/437, par. 150).

Chapitre IV. Reconnaissance des signatures électroniques étrangères

Article 17. *Tiers authentificateurs étrangers offrant des services en vertu des présentes Règles*

Variante A

1. Des [personnes] [entités] étrangères peuvent s'établir localement comme tiers authentificateurs ou peuvent fournir des services d'authentification à partir d'un autre pays sans avoir un établissement local si elles satisfont aux mêmes normes objectives et suivent les mêmes procédures que les entités et personnes locales pouvant devenir tiers authentificateurs.

2. *Variante X :* La règle énoncée au paragraphe 1 ne s'applique pas dans les cas suivants : [...].

Variante Y : Des exceptions à la règle énoncée au paragraphe 1 peuvent être formulées si la sécurité nationale l'exige.

Variante B

Le ... *[l'État adoptant indique l'organe ou le tiers authentificateur habilité à établir des règles concernant l'approbation des certificats étrangers]* est autorisé à approuver les certificats étrangers et à établir des règles spécifiques régissant cette approbation.

Références

A/CN.9/437, par. 74 à 89 (projet d'article I)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 73 à 75

Observations

73. En permettant à des entités étrangères de s'établir comme tiers authentificateurs, le projet d'article 17 énonce simplement le principe selon lequel les entités étrangères ne doivent pas faire l'objet d'une discrimination, à condition qu'elles satisfassent aux normes applicables aux tiers authentificateurs locaux. Même si ce principe est généralement accepté, il peut être particulièrement utile de l'énoncer en ce qui concerne les tiers authentificateurs, dans la mesure où ces derniers peuvent mener leur activité sans avoir nécessairement une implantation matérielle ou un autre type d'établissement dans le pays où ils mènent cette activité.

Article 18. *Approbation des certificats étrangers par les tiers authentificateurs nationaux*

Les certificats émis par les tiers authentificateurs d'un autre pays peuvent être utilisés pour des signatures numériques selon les mêmes modalités que les certificats soumis aux présentes Règles s'ils sont reconnus par un tiers authentificateur se conformant à ... *[la loi de l'État adoptant]*, et si celui-ci garantit, à l'instar de ce qu'il fait pour ses propres certificats, que les détails figurant dans le certificat sont exacts et, en outre, que le certificat est valide et en vigueur.

Références

A/CN.9/437, par. 74 à 89 (projet d'article I)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 73 à 75

Observations

74. Le projet d'article 18 permet à un tiers authentificateur national de garantir, de la même façon que pour ses propres certificats, que les détails du certificat étranger sont exacts et qu'il est valide et en vigueur. Il fait référence aux questions examinées à la précédente session du Groupe de travail sous le titre "certification transférée". Le projet d'article 18 contient essentiellement une disposition sur l'attribution de la responsabilité au tiers authentificateur national lorsque le certificat étranger comporte un défaut (voir A/CN.9/437, par. 77 et 78).

Article 19. *Reconnaissance des certificats étrangers*

1. Les certificats émis par un tiers authentificateur étranger sont reconnus comme équivalant juridiquement aux certificats émis par les tiers authentificateurs se conformant à ...*[la loi de l'État adoptant]* si les pratiques du tiers authentificateur étranger offrent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui qui est requis des tiers authentificateurs en vertu des présentes Règles. [Cette reconnaissance peut se faire par une décision publiée de l'État ou par un accord bilatéral ou multilatéral entre les États concernés.]

2. Les signatures et les documents conformes aux lois d'un autre État relatives aux signatures numériques ou autres signatures électroniques sont reconnus comme équivalant juridiquement aux signatures et documents conformes aux présentes Règles si les lois de l'autre État exigent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui qui est exigé pour les documents et signatures au titre de ... *[la Loi de l'État adoptant]*. [Cette reconnaissance peut se faire par une décision publiée de l'État ou par un accord bilatéral ou multilatéral avec d'autres États.]

3. Il est donné effet [par les tribunaux ou d'autres juges des faits] aux signatures numériques vérifiées par référence à un certificat émis par un tiers authentificateur étranger si le certificat est aussi fiable que nécessaire au vu de l'objet pour lequel il a été émis, compte tenu de toutes les circonstances.

4. Nonobstant le paragraphe précédent, les organismes publics peuvent spécifier [par publication] qu'il est nécessaire de recourir à un tiers authentificateur, une catégorie de tiers authentificateurs ou une catégorie de certificats particuliers pour les messages ou les signatures qui leur sont soumis.

Références

A/CN.9/437, par. 74 à 89 (projet d'article I)
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 73 à 75

Observations

75. Le projet d'article 19 porte sur les questions qui, à la précédente session du Groupe de travail, ont été examinées sous le titre "Certification transfrontière" (voir A/CN.9/437, par. 77 et 78). Les paragraphes 1 et 2 portent sur les façons d'établir la fiabilité des certificats et des signatures étrangers avant qu'une transaction ne soit effectuée (et avant qu'un litige n'ait surgi quant au niveau de fiabilité d'une signature). Le paragraphe 3 établit la norme par rapport à laquelle les signatures et certificats étrangers peuvent être évalués en l'absence de toute détermination préalable de leur fiabilité. Le paragraphe 4 préserve le droit des organismes publics de déterminer les procédures à suivre pour communiquer électroniquement avec eux.

C. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-deuxième session : incorporation par référence : proposition du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord : note du Secrétariat

(A/CN.9/WG.IV/WP.74) [Original : anglais]

1. À sa trentième session (1997), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente et unième session (A/CN.9/437). Pour ce qui est de la question de l'incorporation par référence, le Groupe de travail avait conclu qu'aucune nouvelle étude du Secrétariat n'était requise, car les problèmes fondamentaux étaient bien connus et il était clair qu'il faudrait laisser nombre d'aspects du conflit de formulaires et des contrats d'adhésion aux dispositions législatives nationales applicables en raison, par exemple, de considérations touchant à la protection du consommateur et à d'autres questions d'ordre public. Le Groupe de travail a estimé que cette question devrait être la première des questions de fond qu'il examinerait à sa trente-deuxième session (voir A/CN.9/437, par. 155). La Commission a approuvé les conclusions du Groupe de travail[1].

2. Après la trente et unième session du Groupe de travail, le Secrétariat a reçu de la délégation du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord une proposition de disposition traitant de la question de l'incorporation par référence et accompagnée de notes explicatives. Le projet d'article proposé par le Royaume-Uni et les notes explicatives sont reproduits en annexe à la présente note, tels qu'ils ont été reçus par le Secrétariat.

ANNEXE

Note du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

1. L'incorporation par référence est acceptée dans la plupart des États, qui disposent en général de règles de droit offrant des garanties en la matière. Dans les communications classiques sur papier, il est en général normal et possible de présenter l'intégralité ou la quasi-totalité des informations voulues dans les documents pertinents. Toutefois, dans les communications électroniques, les praticiens ne surchargent pas de textes leurs "messages de données", lorsqu'ils peuvent tirer parti de sources d'information extérieures, bases de données, listes de codes, glossaires, etc., en utilisant des abréviations, codes et autres références à ces informations. De fait, le commerce électronique est dans une large mesure tributaire de ces techniques. La possibilité de recourir effectivement à l'incorporation par référence revêt donc une importance particulière pour le commerce électronique.

2. L'objectif ne devrait pas être de modifier les règles de droit existantes sur l'incorporation par référence, ni d'élaborer de nouvelles règles pour le recours aux communications électroniques plutôt qu'à d'autres formes de communications. La disposition ci-après a simplement pour objet de confirmer, pour plus de clarté, que l'incorporation par référence par des moyens électroniques produit les mêmes effets que si elle était effectuée par tout moyen classique, non électronique.

3. Dans toute la note, il est fait référence à l'incorporation d'"informations". Selon certains commentaires, seules les conditions d'un contrat sont incorporées par référence. Cela est naturellement souvent le cas. Toutefois, il peut parfois s'agir d'autres types d'informations, ne faisant pas nécessairement partie d'un contrat. C'est pourquoi on a utilisé dans la note le mot "informations" de préférence à des mots tels que "conditions", "clauses", etc.

4. Toutes les informations incorporées n'auront pas nécessairement force obligatoire. Par exemple, des informations purement factuelles pourront être incluses. Une règle relative à l'incorporation d'informations par des moyens électroniques devrait englober toutes les informations. De ce fait, la note indique que les informations incorporées auront le même effet que si elles avaient été intégralement exprimées; mais elle ne dit rien du statut juridique à leur accorder.

5. On trouvera ci-après un projet de règle envisageable. Il est rédigé de manière à constituer un article d'une loi type ou d'un texte similaire, mais il pourra aisément être modifié pour être utilisé dans un autre contexte, le cas échéant.

6. i) Le projet de règle commence par indiquer qu'il est applicable lorsqu'un message de données (et non d'autres formes de communications) utilise l'incorporation par référence (voir par. 1 du projet).

ii) Il énonce le principe général selon lequel l'information incorporée devrait avoir le même effet que si elle était pleinement exprimée dans le message de données (voir par. 2).

iii) Il énonce ensuite des règles générales de protection : identification claire et précise de ce qui est incorporé; identification de l'endroit où les informations incorporées peuvent être consultées et la manière dont elles peuvent être consultées; et indication de l'intention d'incorporer (voir par. 3).

iv) Dans le commerce électronique, il est parfois fait référence à une source extérieure qui se compose elle-même d'abréviations ou d'autres codes faisant référence à leur tour à une autre source. Cela devrait être acceptable, à condition que les mêmes règles de protection s'appliquent (voir par. 4).

v) Pour ce qui est des autres règles de protection particulières, on est parti de l'hypothèse que toute règle de droit existante applicable aux communications classiques devrait également être applicable aux communications électroniques. Ces règles de droit seraient notamment celles relatives aux questions suivantes (voir par. 5) :

a) obligation d'aviser de manière appropriée de ce qui est incorporé ;

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 249 à 251

"De manière appropriée" signifie en temps voulu, clairement et précisément. Cela est particulièrement important lorsqu'il existe une règle de droit protégeant les consommateurs ou une partie contractante plus faible.

b) accessibilité à d'autres personnes;

Il s'agit de tiers contractuellement intéressés et de toute autre personne qui aurait besoin de connaître les informations incorporées.

c) acceptation des conditions dans le contexte de la formation des contrats;

Dans certains États, des règles de droit peuvent exiger que la partie devant être liée approuve effectivement les conditions énoncées. Certains États peuvent également exiger que certaines conditions soient écrites et approuvées par signature, par exemple, les clauses relatives à la limitation de la responsabilité, à l'annulation ou à la suspension d'un contrat, à la limitation de la possibilité de faire objection à des exceptions, ainsi qu'aux restrictions quant à la liberté de conclure un contrat avec des tiers ou de sous-traiter à des tiers. L'exigence de l'écrit et de la signature serait naturellement régie par les articles 6 et 7 de la Loi type de la CNUDCI. Toutefois, il faudrait veiller à ce que les règles de droit particulières en la matière de tel ou tel État ne soient pas contournées lorsque l'incorporation de conditions est effectuée par référence électronique à une source extérieure.

d) conflits éventuels entre les dispositions exprimées dans un message de données et celles qui y figurent par incorporation;

Le Groupe de travail n'aura pas à élaborer une nouvelle règle pour déterminer si les informations incorporées prévalent toujours, ou, dans certaines circonstances, sur d'autres informations, ou vice versa. Toutefois, lorsqu'une règle de droit régit cette question, il importe de préciser qu'elle n'est pas modifiée.

Il s'agit là de préceptes qui revêtent une plus grande importance, et qui risquent davantage d'être ignorés ou négligés lorsqu'on recourt à des moyens de communication rapides pour incorporer des informations que lorsqu'on utilise des moyens classiques de transmission de l'information. Il est donc particulièrement important d'appeler l'attention sur le fait que le nouvel article proposé n'a pas pour objectif de modifier ces préceptes. Ceux-ci restent valides.

Article "ZZZ" : *Incorporation par référence*

1. Le présent article s'applique lorsqu'un message de données comporte une référence à des informations figurant ailleurs, ou lorsque son sens ne peut être pleinement déterminé que par référence à de telles informations (les "informations complémentaires").

2. Sous réserve des dispositions du paragraphe 5, le message de données a les mêmes effets que si les informations complémentaires étaient pleinement formulées dans ledit message. Toute référence au message de données constitue une référence audit message incluant toutes les informations complémentaires, si les conditions énoncées au paragraphe 3 sont remplies.

3. Les conditions visées au paragraphe 2 sont les suivantes. Le message de données :

a) identifie les informations complémentaires

i) par un nom collectif, une description ou un code; et

ii) en spécifiant comme il convient le document et les parties du document contenant les informations complémentaires et, lorsque ce document n'est pas disponible au public, le lieu où il peut être trouvé et, lorsque le moyen d'accès n'est pas évident ou est limité de quelque manière que ce soit, la manière dont il peut être trouvé; et

b) indique expressément ou permet de déduire clairement qu'il doit avoir les mêmes effets que si les informations complémentaires y étaient intégralement formulées.

4. L'identification mentionnée à l'alinéa *a* du paragraphe 3 peut être effectuée indirectement, par référence à des informations figurant dans un autre document comportant l'identification requise, étant entendu que les conditions énoncées au paragraphe 3 doivent être remplies pour ce qui est de ladite référence.

5. Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur :

a) toute règle de droit exigeant qu'une notification appropriée soit donnée concernant la teneur des informations complémentaires, le document ou le lieu où se trouvent ces informations, ou le moyen d'accéder à ces informations, ou exigeant que ce lieu ou ce document soit accessible à une autre personne; ou

b) toute règle de droit relative à la validité des conditions aux fins de la formation des contrats, y compris l'acceptation d'une offre;

c) toute règle de droit relative aux effets des informations complémentaires incorporées ou à la validité du processus d'incorporation.

D. Ajout éventuel à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique : projet de disposition sur l'incorporation par référence : note du Secrétariat

(A/CN.9/450) [Original : anglais]

1. À différents stades de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)[a], dénommée ci-après "Loi type", il a été proposé d'insérer dans le texte une disposition en vertu de laquelle certaines conditions qui pourraient être incorporées dans un message de données par simple référence se verraient reconnaître les mêmes effets juridiques que si elles avaient été énoncées intégralement dans le texte du message de données. Ce procédé a été généralement appelé "incorporation par référence" (pour l'examen antérieur de la question de l'incorporation par référence par la Commission, le Groupe de

[a] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I; voir également l'annexe de la résolution 51/162 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 1996.

travail sur le commerce électronique et dans les notes établies par le Secrétariat, voir les documents suivants : A/52/17, par. 248 à 250; A/51/17, par. 222 et 223; A/CN.9/446, par. 14 à 24; A/CN.9/437, par. 151 à 155; A/CN.9/421, par. 109 et 114; A/CN.9/407, par. 100 à 105 et 117; A/CN.9/406, par. 90, 178 et 179; A/CN.9/360, par. 90 à 95; A/CN.9/350, par. 95 et 96; A/CN.9/333, par. 66 à 68; A/CN.9/WG.IV/WP.74; A/CN.9/WG.IV/WP. 71, par. 77 à 93; A/CN.9/WG.IV/WP.69, par. 30, 53, 59 et 60, et 91; A/CN.9/WG.IV/WP.66; A/CN.9/WG.IV/WP.65; A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 109 à 113; et A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 77 et 78).

2. À sa trentième session (1997), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente et unième session (A/CN.9/437). S'agissant de la question de l'incorporation par référence, le Groupe de travail a conclu qu'il n'y avait pas besoin de nouvelle étude du Secrétariat, car les problèmes fondamentaux étaient bien connus, et il était clair que nombre d'aspects du conflit de formulaires et des contrats d'adhésion devraient être traités dans les dispositions législatives nationales applicables en raison, par exemple, de la protection du consommateur et d'autres considérations d'ordre public. Le Groupe de travail a été d'avis que cette question devait être la première des questions de fond qu'il examinerait à sa trente-deuxième session (voir A/CN.9/437, par. 155). La Commission a fait siennes les conclusions du Groupe de travail[1].

3. À sa trente-deuxième session, le Groupe de travail a examiné la question de l'incorporation par référence en se fondant sur diverses propositions d'ajouts éventuels à la Loi type. Il est rendu compte des débats sur ce point dans le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/446, par. 14 à 23), qui contient également le texte des différentes propositions examinées par le Groupe.

4. Au terme de la discussion, le Groupe de travail a adopté le texte du projet de disposition reproduit à l'annexe I de la présente note, a décidé qu'il devrait être présenté à la Commission pour examen et éventuellement pour incorporation dans la Loi type en tant qu'article 5 *bis* et a prié le Secrétariat d'établir une note explicative à ajouter au Guide pour l'incorporation de la Loi type (A/CN.9/446, par. 24). Un projet de texte élaboré conformément à cette décision figure à l'annexe II de la présente note.

5. On notera qu'en adoptant ce texte le Groupe de travail a choisi une approche minimaliste. Tenant compte de ses délibérations précédentes (voir par. 2 ci-dessus), il n'a pas tenté d'assurer une large unification des règles existantes du droit national sur cette question. Au lieu de cela, il a énoncé à nouveau, dans le contexte de l'incorporation par référence, le principe général de la non-discrimination consacrée à l'article 5 de la Loi type.

6. Le texte adopté par le Groupe de travail vise à faciliter l'incorporation par référence dans le commerce électronique en éliminant les incertitudes pouvant exister dans certaines juridictions quant à la question de savoir si les règles applicables à l'incorporation par référence traditionnelle dans un environnement papier s'appliquent également dans un environnement électronique. La disposition vise également à énoncer clairement que la protection des consommateurs ou toute autre loi nationale ou internationale impérative (par exemple, les règles protégeant les parties plus faibles dans les contrats d'adhésion) ne doivent pas s'en trouver modifiées.

7. Tel qu'actuellement libellé, le texte présuppose une certaine connaissance de la notion d'incorporation par référence de la part des États adoptants. Toutefois, bien que l'expression "incorporation par référence" ait été employée invariablement par le Groupe de travail pour désigner de manière concise une série complexe de situations juridiques et factuelles, elle peut ne pas avoir le même sens dans tous les États adoptants. Pour réduire les difficultés que peut engendrer l'interprétation du texte, la Commission souhaitera peut-être examiner s'il serait nécessaire d'employer une expression plus descriptive. Il serait possible d'envisager par exemple, en s'alignant sur la formulation négative adoptée par le Groupe de travail, un libellé tel que :

> "L'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle n'est pas incorporée dans le message de données supposé produire ces effets juridiques, mais qu'il y est uniquement fait référence."

ANNEXE I

Projet de disposition pouvant être éventuellement ajouté à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique

(tel qu'adopté par le Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-deuxième session)

Article 5 *bis*. *Incorporation par référence*

L'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle est incorporée par référence dans un message de données.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 249 à 251.

ANNEXE II

Projet de section à insérer éventuellement dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique

(établi par le Secrétariat conformément à une décision adoptée par le Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-deuxième session)

Article 5 *bis*. *Incorporation par référence*

L'article 5 *bis* a pour objet de donner des indications sur la façon dont la législation visant à faciliter le recours au commerce électronique pourrait traiter les cas où il pourrait être nécessaire de conférer à certaines conditions, qui ne sont pas énoncées en

totalité mais auxquelles il est simplement fait référence dans un message de données, les mêmes effets juridiques que si elles avaient été énoncées entièrement dans le texte dudit message. Une telle démarche est acceptée dans les lois de nombreux États pour les communications traditionnelles sur papier, certaines règles de droit offrant généralement des garanties, comme les règles sur la protection des consommateurs. L'expression "incorporation par référence" est souvent employée pour décrire succinctement les cas où un document renvoie à des dispositions énoncées en détail ailleurs, plutôt que de les reproduire dans leur totalité.

Dans un environnement électronique, l'incorporation par référence est souvent jugée essentielle pour favoriser un large recours à l'échange de données informatisées (EDI), au courrier électronique, aux certificats numériques et à d'autres formes de commerce électronique. Ainsi, les communications électroniques sont généralement structurées de manière à permettre l'échange de nombreux messages qui contiennent chacun des informations brèves et renvoyant beaucoup plus souvent que les documents papier à des informations accessibles ailleurs. Dans ce type de communications, il ne faudrait pas imposer aux praticiens la lourde obligation de surcharger de textes leurs messages de données lorsqu'ils peuvent tirer partie de sources d'information extérieures, telles que des bases de données, des listes de codes ou des glossaires, en utilisant des abréviations, des codes ou d'autres références à ces informations.

L'établissement de normes pour l'incorporation de messages de données par référence dans d'autres messages de données peut aussi être essentiel pour l'utilisation de certificats à clef publique, ces certificats étant généralement des documents courts au contenu strictement prescrit et à la taille restreinte. Toutefois, le tiers de confiance qui émet le certificat voudra probablement qu'y soient insérées des clauses contractuelles limitant sa responsabilité. La portée, l'objet et l'effet d'un certificat dans la pratique commerciale seraient donc ambigus et incertains si l'on n'y incorporait pas par référence des clauses extérieures. Cela est particulièrement vrai pour les communications internationales faisant intervenir diverses parties qui suivent des pratiques et des usages commerciaux différents.

L'établissement de normes pour l'incorporation de messages de données par référence dans d'autres messages de données est fondamental pour le développement d'une infrastructure commerciale informatisée. Sans la certitude juridique que ces normes favorisent, les contrôles traditionnels visant à déterminer la force exécutoire des clauses que l'on cherche à incorporer par référence risquent beaucoup d'être inefficaces lorsque appliqués aux clauses correspondantes dans le commerce électronique en raison des différences entre les mécanismes du commerce électronique et ceux du commerce traditionnel.

Si le commerce électronique se fonde essentiellement sur la méthode de l'incorporation par référence, le recours aux communications électroniques peut grandement faciliter l'accessibilité de l'intégralité du texte auquel il est fait référence. Ainsi, un message peut contenir des localisateurs de ressources uniformes (URL) qui indiquent au lecteur où trouver le document auquel on le renvoie. Ces URL peuvent comporter des "liens hypertextes" lui permettant de diriger simplement un outil de pointage (tel qu'une souris) sur un mot clef associé à l'URL. Le texte auquel il est fait référence s'affiche alors à l'écran. Pour déterminer l'accessibilité de ce texte, les facteurs à prendre en considération peuvent être notamment les suivants : disponibilité (horaire de fonctionnement du registre et facilité d'accès); coût de l'accès; intégrité (vérification du contenu, authentification de l'expéditeur et mécanisme de correction des erreurs de communication); et possibilités de modification ultérieure de la condition (avis de mises à jour; notification de la politique en matière de modification).

L'un des objectifs de l'article 5 *bis* est de faciliter l'incorporation par référence dans un contexte électronique en dissipant l'incertitude qui existe dans certaines juridictions quant à la question de savoir si les dispositions portant sur l'incorporation par référence traditionnelle sont applicables à l'incorporation par référence dans un environnement électronique. Toutefois, lors de l'application de l'article 5 *bis*, il faut davantage veiller à éviter d'appliquer au second type d'incorporation des conditions plus restrictives qu'au premier.

Un autre objectif de l'article 5 *bis* est de reconnaître qu'il ne doit pas être porté atteinte aux lois sur la protection du consommateur ni à d'autres lois nationales ou internationales impératives (par exemple, les règles protégeant les parties plus faibles dans les contrats d'adhésion). À cet effet, on peut aussi valider l'incorporation par référence dans un environnement électronique "dans la mesure permise par la loi", ou en énumérant les règles de droit sur lesquelles l'article 5 *bis* n'a pas d'incidences. Par exemple, dans un certain nombre de juridictions, les règles de droit impératives existantes ne valident l'incorporation par référence que si trois conditions sont remplies, à savoir : *a)* la clause de référence doit être insérée dans le message de données; *b)* le document auquel il est fait référence, par exemple, des conditions générales, doit être effectivement connu de la partie contre laquelle il peut être invoqué; et *c)* cette partie doit non seulement connaître le document, mais également l'accepter.

Références

A/53/17, par. 212 à 221
A/CN.9/446, par. 14 à 24
A/CN.9/WG.IV/WP.74
A/52/17, par. 248 à 250
A/CN.9/437, par. 151 à 155
A/CN.9/WP.71, par. 77 à 93
A/51/17, par. 222 et 223
A/CN.9/421, par. 109 et 114
WP.69, par. 30, 53, 59, 60 et 91
A/CN.9/407, par. 100 à 105 et 117
A/CN.9/WG.IV/WP.66
A/CN.9/WG.IV/WP.65
A/CN.9/406, par. 90, 178 et 179
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 109 à 113
A/CN.9/360, par. 90 à 95
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 77 et 78
A/CN.9/350, par. 95 et 96
A/CN.9/333, par. 66 à 68

III. PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

Projet de chapitres du guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé : rapport du Secrétaire général

(A/CN.9/444 et Add.1 à 5) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Pages

[A/CN.9/444]

INTRODUCTION 196

I. PROJET DE STRUCTURE ET DE CONTENU DU GUIDE LÉGISLATIF 197

II. CONCLUSIONS 199

[A/CN.9/444/Add.1]

INTRODUCTION ET INFORMATIONS GÉNÉRALES SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

A. Introduction 200

1. Objectif et portée du *Guide* 200
2. Terminologie employée dans le *Guide* 201

B. Informations générales sur les projets d'infrastructure 203

1. Secteur privé et infrastructure publique 203
2. Formes de participation du secteur privé 204
3. Financement des projets d'infrastructure 205
4. Parties aux projets d'infrastructure 207
5. Phases de l'exécution 212

[A/CN.9/444/Add.2]

CHAPITRE PREMIER. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LA LÉGISLATION

Recommandations concernant la législation 214

Notes sur les recommandations concernant la législation 215

A. Cadre juridique des projets d'infrastructure à financement privé 215

1. Questions constitutionnelles 215
2. Législation générale et législation propre à des secteurs particuliers . 216
3. Éléments d'une législation d'habilitation 216
4. Coordination administrative 218

B. Autres domaines pertinents de la législation 219

1. Protection des investissements 219
2. Droit des biens 220
3. Règles et procédures d'expropriation 220
4. Droit de la propriété intellectuelle 220
5. Droit des sûretés 220
6. Droit des sociétés 221
7. Pratiques comptables 222
8. Droit des contrats 222
9. Droit de l'insolvabilité 222
10. Droit fiscal 223

Pages

11. Protection de l'environnement 223
12. Règlement des différends 223

C. Législation nationale et accords internationaux 224
1. Accords généraux sur la facilitation et la promotion des échanges . . 224
2. Accords internationaux relatifs à des industries particulières 224

[A/CN.9/444/Add.3]

CHAPITRE II. STRUCTURE ET RÉGLEMENTATION DES SECTEURS*

Recommandations concernant la législation 225

Notes sur les recommandations concernant la législation 227

A. Structure du marché et concurrence 227
1. Éléments de l'analyse du marché des infrastructures 227
2. Politique de la concurrence et monopoles 227
3. La concurrence en fonction des infrastructures 228

B. La législation et la réforme sectorielle 229
1. Suppression des barrières légales et des obstacles juridiques 229
2. Réaménagement du secteur des infrastructures 229
3. Mesures de transition 231
4. Contrôle des monopoles résiduels 232

C. Réglementation des services d'infrastructure 233
1. Observations générales 233
2. Règles de fond 234
3. Organismes réglementaires 237
4. Réglementation : mécanisme et procédures 239

[A/CN.9/444/Add.4]

CHAPITRE III. SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE

Recommandations concernant la législation 241

Notes sur les recommandations concernant la législation 243

A. Observations générales 243
B. Procédures de sélection visées par le *Guide* 243
C. Objectifs d'ensemble des procédures de sélection 244
1. Économie et efficacité 244
2. Intégrité et fiabilité du processus de sélection 244
3. Transparence des lois et procédures 245

D. Méthode de sélection appropriée 245
1. Gamme des soumissionnaires à inviter 246
2. Importance des prescriptions de résultats 246
3. Critères d'évaluation 246
4. Négociations avec les soumissionnaires 247

E. Préparatifs pour la procédure de sélection 247
1. Désignation des membres du comité adjudicateur 247
2. Etude de faisabilité et autres études 247
3. Préparation de la documentation 247

F. Présélection des consortiums de projet 248
1. Invitation à participer à la procédure de présélection 248
2. Critères de présélection 248

*Le Secrétariat tient à exprimer sa gratitude au Département du développement du secteur privé de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale), qui lui a communiqué l'essentiel de ce projet de chapitre.

Pages

3. Préférences nationales 249
4. Contribution aux frais de participation à la procédure de sélection . . 249
5. Procédure de présélection 249

G. Procédures de sollicitation de propositions 250
1. Phases de la procédure 250
2. Sollicitation initiale de propositions 250
3. Sollicitation définitive de propositions 251
4. Teneur et soumission des propositions finales 252
5. Garanties de soumission 253
6. Critères d'évaluation 253
7. Ouverture, comparaison et évaluation des propositions 254
8. Négociations finales 254
9. Avis d'attribution de projet 255

H. Négociations directes 255
1. Circonstances autorisant le recours à des négociations directes 256
2. Propositions spontanées 256

I. Procédures de recours 257

J. Procès-verbal de la procédure de sélection 257

[A/CN.9/444/Add.5]

CHAPITRE IV. CONCLUSION ET CONDITIONS GÉNÉRALES DE L'ACCORD DE PROJET

Recommandations concernant la législation 258

Notes sur les recommandations concernant la législation 259

A. Considérations générales 259
1. L'accord de projet dans la législation 259
2. Conclusion de l'accord de projet 259

B. Conditions générales de l'accord de projet 259
1. Le site du projet 260
2. Droit de passage et autres servitudes 260
3. Exclusivité 261
4. Statut juridique du concessionnaire 261
5. Transfert de concession 263
6. Sûretés 264
7. Durée de la concession 265

C. Dispositions particulières 265

[A/CN.9/444]

INTRODUCTION

1. À sa vingt-neuvième session, en 1996, la Commission a décidé d'élaborer un guide législatif concernant les projets de construction-exploitation-transfert (CET) et les types de projets apparentés[1]. La Commission a pris sa décision comme suite aux recommandations formulées par de nombreux États et après avoir examiné un rapport établi par le Secrétaire général (A/CN.9/424), qui contenait des renseignements sur les travaux entrepris par d'autres organisations dans ce domaine ainsi qu'un aperçu des questions régies, dans les différents pays, par les lois correspondantes. La Commission a jugé qu'il serait utile de définir des lignes directrices dans le domaine législatif à l'intention des États qui se dotent d'une législation concernant ces projets ou modernisent celles qui existent déjà. Elle a prié le Secrétariat de passer en revue les questions qui pourraient constituer la matière d'un tel guide et d'établir un avant-projet qu'il lui soumettrait à la Commission pour examen.

2. À sa trente-deuxième session, en 1997, la Commission a été saisie d'une table des matières énumérant les sujets que le guide pourrait traiter, suivis d'annotations concernant les questions qu'il était suggéré d'examiner à leur propos (A/CN.9/438). La Commission a également été

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 225 à 230.

saisie d'avant-projets du chapitre premier, "Champ d'application, but et terminologie du *Guide*" (A/CN.9/438/Add.1), du chapitre II, "Parties aux projets et phases d'exécution" (A/CN.9/438/Add.2) et du chapitre V, "Mesures préparatoires" (A/CN.9/438/Add.3). Il a été souligné que la table des matières annotée contenue dans le document A/CN.9/438 avait été établie par le Secrétariat pour permettre à la Commission de décider en connaissance de cause de la structure proposée du Guide et de sa teneur.

3. La Commission a noté la proposition selon laquelle le projet de guide devrait déterminer quels aspects des questions mentionnées dans le document A/CN.9/438 devraient être traités au niveau législatif, et quels autres devraient être traités par les parties aux accords concernant l'application du projet. De l'avis général, les documents présentés par le Secrétariat constituaient, pour la Commission, une bonne base de travail dans ce domaine.

4. La Commission a procédé à un échange de vues sur la nature des questions qui devraient être traitées dans le projet de guide et sur les méthodes à utiliser et a examiné plusieurs propositions spécifiques[a]. En règle générale, la Commission a approuvé les orientations de travail proposées par le Secrétariat dans les documents A/CN.9/438 et Add.1 à 3. La Commission a prié le Secrétariat de solliciter, au besoin, l'aide de spécialistes extérieurs pour rédiger les futurs chapitres. Elle a invité les pouvoirs publics à recenser des experts susceptibles d'assister le Secrétariat dans cette tâche.

5. Le Secrétariat a révisé les documents examinés par la Commission à sa trentième session et rédigé des avant-projets de chapitres supplémentaires avec l'aide de spécialistes extérieurs et en consultation avec d'autres organisations internationales. Afin d'établir une distinction entre les conseils donnés par le Guide et les commentaires d'ordre général qui y figurent, il est proposé de faire précéder chaque chapitre de fond des recommandations législatives relatives aux questions traitées dans le chapitre. Les projets d'introduction et de chapitres I, II, III et IV sont publiés sous la cote A/CN.9/444/Add.1 à 5. Les avant-projets des chapitres V à XI sont élaborés actuellement par le Secrétariat en vue d'être soumis pour examen à la Commission à sa trente-troisième session en 1999.

I. PROJET DE STRUCTURE ET DE CONTENU DU GUIDE LÉGISLATIF

"Introduction et renseignements généraux sur les projets d'infrastructure à financement privé"

6. À sa trentième session, la Commission a examiné un avant-projet de chapitre premier, "Champ d'application, but et terminologie du *Guide*" (A/CN.9/438/Add.1), qui avait pour objet de fournir des renseignements sur les projets traités dans le Guide et sur ses objectifs, ainsi qu'une description des termes fréquemment utilisés dans ce dernier. La Commission a en outre examiné un avant-projet de chapitre II, "Parties aux projets et phases d'exécution" (A/CN.9/438/Add.2), qui contenait des informations générales sur le concept de financement sur projet, sur les parties à un projet d'infrastructure à financement privé et sur les phases d'exécution.

7. Lors des consultations organisées ensuite par le Secrétariat avec des spécialistes extérieurs et des organisations internationales, il a été suggéré que l'on renforcerait l'utilité du Guide si l'on établissait une distinction plus nette entre ces éléments d'introduction et les autres chapitres du Guide, qui ont pour objet de susciter une discussion de fond et de donner des conseils en matière de législation. À cet effet, le Secrétariat a combiné les anciens projets de chapitres I et II en une seule introduction qui tient compte, selon le cas, des suggestions faites à la trentième session de la Commission à propos des documents A/CN.9/438/Add.1 et 2[b].

8. Un projet d'introduction est publié sous la cote A/CN.9/444/Add.1.

Chapitre premier. "Considérations générales sur la législation"

9. Au début du chapitre premier (ancien chapitre III), il est proposé d'examiner deux questions relatives au cadre juridique général des projets d'infrastructure à financement privé : l'autorisation législative permettant aux autorités du pays hôte d'entreprendre de tels projets et le régime juridique auquel sont soumis ces projets. La deuxième section du chapitre II examinerait l'impact que d'autres domaines de la législation peuvent avoir sur la réussite de ces projets. Dans la deuxième section du chapitre II, l'on examinerait l'intérêt que pourraient présenter des accords internationaux conclus par le pays hôte pour sa législation applicable aux projets d'infrastructure à financement privé. Une première description des questions qu'il est proposé de traiter dans le chapitre premier est donnée dans le document A/CN.9/438 (paragraphes 6 à 16).

10. À la trentième session de la Commission, il a été proposé que l'on décrive, au chapitre II, les différents régimes juridiques régissant l'infrastructure en question, ainsi que les services fournis par la société de projet, points sur lesquels il existait d'importantes différences selon les systèmes juridiques. Il a en outre été suggéré qu'il faudrait accorder une attention particulière aux questions constitutionnelles liées aux projets d'infrastructure à financement privé[c].

11. Un projet de chapitre premier, qui tient compte des suggestions ci-dessus, est publié sous la cote A/CN.9/444/Add.2. Il reprend également certains des éléments de l'ancien chapitre V, "Mesures préparatoires" (A/CN.9/438/Add.3).

---

[a] Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 231 à 246.

[b] Ibid., par. 238 à 243.

[c] Ibid., par. 237 *a*.

Chapitre II. "Structure et réglementation des secteurs"

12. À la trentième session de la Commission, il a été noté que si l'on examinait les questions liées aux projets d'infrastructure à financement privé, il fallait également étudier la structure et la réglementation des marchés et que l'examen de ces questions était un préalable important au traitement de plusieurs des thèmes qu'il était proposé de traiter dans le Guide. La structure des secteurs (par exemple, degré de concurrence que les autorités du pays hôte souhaitent introduire dans le secteur intéressé) influerait sur la décision prise par les pouvoirs publics soit d'accorder l'exclusivité à un concessionnaire, soit d'octroyer des concessions multiples. De même, la réglementation des secteurs (intervention éventuelle d'un organisme réglementaire chargé de déterminer la qualité et le prix des services fournis par la société de projet) jouerait un rôle déterminant pour la mise en place d'un mécanisme de réglementation approprié[d].

13. Pour pouvoir traiter les questions liées à la concurrence ainsi qu'à la structure et à la réglementation des secteurs avec le degré de précision envisagé par la Commission, le Secrétariat propose d'introduire un chapitre distinct. Un projet de ce chapitre est publié sous la cote A/CN.9/444/Add.3.

Chapitre III. "Sélection du concessionnaire"

14. Le chapitre III (ancien chapitre IV) a pour objet de décrire les méthodes et les procédures qu'il est recommandé d'utiliser pour l'adjudication de projets d'infrastructure à financement privé. Une première description des questions qu'il est proposé de traiter au chapitre IV a été donnée aux paragraphes 17 à 26 du document A/CN.9/438.

15. À la trentième session de la Commission, il a été proposé de souligner, au chapitre IV, que le bien-fondé de la procédure de sélection dépend non seulement de la nature de chaque projet, mais également de la stratégie adoptée par les pouvoirs publics dans le secteur concerné. Il a également été proposé que le Guide examine les problèmes soulevés par les propositions non sollicitées[e].

16. Un projet de chapitre III est publié sous la cote A/CN.9/444/Add.4.

Chapitre IV. "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet"

17. Au début du chapitre IV (ancien chapitre VI), il est proposé de traiter des considérations générales relatives à l'accord de projet et, en particulier, aux différentes approches à l'accord de projet suivies par la législation du pays (depuis celles qui n'en traitent guère jusqu'à celles qui contiennent d'abondantes dispositions obligatoires concernant les clauses que doit comprendre l'accord). Les autres sections traiteraient des droits et obligations de la société de projet qu'il serait peut-être utile de définir non seulement dans l'accord de projet, mais aussi dans la législation, étant donné qu'ils pourraient avoir des incidences sur les intérêts de tiers. Une première description des questions qu'il est proposé de traiter au chapitre IV est donnée aux paragraphes 29 à 38 du document A/CN.9/438.

18. Un projet de chapitre IV est publié sous la cote A/CN.9/444/Add.5. Il reprend également certains des éléments de l'ancien chapitre V, "Mesures préparatoires" (A/CN.9/438/Add.3).

Chapitre V. "Appui des pouvoirs publics"

19. Le début du chapitre V (ancien chapitre VII) a pour objet d'examiner les mesures d'appui, les incitations et les facilités que les pouvoirs publics peuvent proposer pour renforcer la viabilité commerciale d'un projet, assurer sa faisabilité technique ou réduire les risques politiques ou autres encourus par les investisseurs et les bailleurs de fonds. Une première description des questions qu'il est proposé d'examiner dans ce chapitre est donnée aux paragraphes 39 à 45 du document A/CN.9/438.

20. À la trentième session de la Commission, il a été proposé d'examiner, au chapitre V, comment il serait possible de promouvoir des projets d'infrastructure à financement privé en recourant le moins possible aux garanties d'État. En ce qui concerne les formes d'appui apporté par les pouvoirs publics aux projets d'infrastructure, il a été proposé que le Guide accorde une attention particulière à certaines formes d'appui telles que la facilitation de l'octroi de visas ou de permis de travail; la levée de restrictions à l'immigration ou au rapatriement de personnels étrangers; la levée de restrictions en matière de contrôle des changes[f].

Chapitre VI. "Phase de construction"

21. Le chapitre VI (ancien chapitre VIII) a pour objet d'examiner les problèmes qui se posent lors de la construction d'infrastructures : relations entre les pouvoirs publics, la société de projet et les entrepreneurs de travaux publics, procédures de suivi de l'avancement des travaux, d'inspection finale et d'approbation de l'infrastructure. Une première description des questions qu'il est proposé d'examiner dans ce chapitre est donnée aux paragraphes 46 à 54 du document A/CN.9/438.

Chapitre VII. "Phase d'exploitation"

22. Il est proposé, au chapitre VII (ancien chapitre IX), d'examiner les principales questions relatives aux conditions d'exploitation de l'infrastructure : champ d'application et qualité des services proposés par la société de projet; fixation et ajustement du prix facturé par la société de

[d] Ibid., par. 235.

[e] Ibid., par. 237 *a*.

[f] Ibid., par. 237 *d*.

projet, relations existant entre la société de projet et les acheteurs des biens ou des services ou les utilisateurs de l'infrastructure; procédures de suivi des résultats de la société de projet. Ce chapitre a pour objet de compléter, à un niveau plus pratique, l'analyse générale des questions réglementaires donnée au chapitre II. Une première description des questions qu'il est proposé d'examiner dans ce chapitre est donnée aux paragraphes 55 à 66 du document A/CN.9/438.

Chapitre VIII. "Retards, défectuosités et autres défauts d'exécution"

23. Au début du chapitre VIII (ancien chapitre X), il est proposé d'examiner les conséquences éventuelles d'une défaillance de la société de projet aussi bien pendant la construction que lors de l'exploitation de l'infrastructure, ainsi que les recours possibles. Une autre section du chapitre VIII examine comment il serait possible de faire face à des événements susceptibles d'empêcher, de façon temporaire ou permanente, la société de projet de s'acquitter de ses obligations contractuelles. La fin du chapitre traiterait des événements imprévus et des changements de circonstances, y compris des changements résultant d'actes ultérieurs des pouvoirs publics. Une première description des questions qu'il est proposé d'examiner dans ce chapitre est donnée aux paragraphes 67 à 73 du document A/CN.9/438.

24. À la trentième session de la Commission, il a été proposé d'étudier, dans ce chapitre, l'intérêt et l'opportunité de traiter de questions liées au retard, aux défectuosités, aux défauts d'exécution dans une législation propre aux projets d'infrastructure à financement privé[g].

Chapitre IX "Expiration, prorogation et dénonciation anticipée de l'accord de projet"

25. Il est proposé d'examiner, au chapitre X (ancien chapitre XI), les conséquences de l'expiration de la période de concession, la possibilité de proroger l'accord de projet, et les événements ou circonstances pouvant entraîner ou justifier sa dénonciation anticipée. Une première description des questions qu'il est proposé d'examiner dans ce chapitre est donnée aux paragraphes 74 à 83 du document A/CN.9/438.

26. À la trentième session de la Commission, il a été proposé d'accorder, dans ce chapitre, une attention particulière à des questions telles que la propriété de l'infrastructure et des biens connexes; la responsabilité des obligations résiduelles de la société de projet; les conditions du transfert de l'infrastructure à l'État dans le cadre du projet CET. Il a également été suggéré d'étudier les cas où les pouvoirs publics décideraient de confier en permanence l'infrastructure à un exploitant privé[h].

[g]Ibid., par. 237 *e*.

[h]Ibid., par. 237 *f*.

Chapitre X. "Droit applicable"

27. Le chapitre X (ancien chapitre XII) a pour objet de traiter du droit applicable aux projets d'infrastructure à financement privé et des incidences que peuvent avoir différentes formes de législations concernant différents aspects du projet. Une première description des questions qu'il est proposé de traiter dans ce chapitre est donnée aux paragraphes 84 à 87 du document A/CN.9/438.

28. À la trentième session de la Commission, il a été proposé d'étudier plus en détail, dans ce chapitre, la possibilité d'élaborer des clauses relatives au choix du droit applicable, ainsi que leurs limitations, en tenant compte du caractère particulier des différents arrangements contractuels à adopter et en soulignant le rôle joué par ces clauses dans les contrats conclus entre la société de projet et ses fournisseurs et autres sous-traitants. Il a également été suggéré d'étudier plus avant l'opportunité, pour les parties, de recourir aux règles de droit commercial élaborées par des organismes internationaux[i].

Chapitre XI. "Règlement des différends"

29. Le chapitre XI (ancien chapitre XIII) a pour objet de traiter du cadre législatif du règlement des différends qui pourraient surgir au sujet d'un projet d'infrastructure à financement privé. Une première description des questions qu'il est proposé d'examiner dans ce chapitre est donnée aux paragraphes 88 à 92 du document A/CN.9/438.

30. À la trentième session de la Commission, il a été suggéré d'étudier plus en détail, dans ce chapitre, la possibilité d'élaborer des accords d'arbitrage, ainsi que leurs limitations, en tenant compte du caractère particulier des différents arrangements contractuels à adopter.

II. CONCLUSIONS

31. La Commission pourra souhaiter noter que le calendrier proposé pour la session de la Commission, tel qu'il figure dans l'ordre du jour provisoire (A/CN.9/443), prévoit de consacrer les cinq premiers jours de la session à l'examen de la question des projets d'infrastructure à financement privé. Il est proposé à la Commission d'utiliser cette période pour étudier de manière approfondie le projet de guide législatif. La Commission pourra souhaiter examiner la structure proposée du guide législatif telle qu'elle est présentée aux paragraphes 6 à 30 et étudier l'introduction des chapitres I à IV (additifs 1 à 5 au présent rapport). Elle pourra souhaiter examiner la conception des projets de chapitres pour s'assurer qu'ils abordent les questions pertinentes, que les déclarations faites répondent comme il convient aux besoins pratiques des projets d'infrastructure à financement privé et que les conseils proposés sont appropriés. La Commission pourra souhaiter examiner, s'il y a lieu, l'opportunité de formuler des recommandations sur la législation sous la forme d'exemples de dispositions afin d'illustrer les solutions législatives possibles aux questions traitées dans le Guide, comme cela a été suggéré à sa trentième session[j].

[i]Ibid., par. 237 *g*.

[j]Ibid., par. 235.

32. Sur la base de l'examen des projets de chapitres et du programme des réunions de la Commission et de ses groupes de travail pour la fin 1998 et pour 1999, la Commission pourra souhaiter en outre examiner la procédure qu'il conviendrait de suivre à l'avenir pour élaborer le guide législatif.

[A/CN.9/444/Add.1]

INTRODUCTION ET INFORMATIONS GÉNÉRALES SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

A. Introduction

1. *Objectif et portée du* Guide

1. Le présent *Guide* a pour objet d'apporter une aide aux autorités nationales et aux organes législatifs qui souhaitent mettre en place un cadre juridique favorable au développement des infrastructures grâce à l'investissement privé. Les conseils qui y sont donnés visent à concilier la nécessité de faciliter la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure et celle de protéger les intérêts de l'État hôte et du public. Il peut intéresser non seulement les organes législatifs et les organes de décision, mais également d'autres autorités, au niveau national ou local, qui participent à l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé.

2. Le *Guide* se veut un ouvrage de référence à consulter lors de l'élaboration de nouvelles lois ou l'examen de l'efficacité des lois et réglementations existantes. À cet effet, il aborde un certain nombre de questions souvent traitées dans les lois et réglementations nationales relatives aux projets d'infrastructure. Il examine l'opportunité d'inclure ces questions dans la législation et, le cas échéant, offre des recommandations pour la formulation de diverses solutions législatives. Il ne propose pas un ensemble de solutions types, mais aide le lecteur à évaluer plusieurs démarches possibles et à choisir celle qui convient le mieux dans son contexte national ou local.

3. Le *Guide* porte essentiellement sur les questions législatives, mais certains de ses chapitres (par exemple, chap. IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet") traitent de questions qui se posent dans le cadre des accords conclus par les parties à un projet d'infrastructure à financement privé. L'accent est mis, dans ce cas, sur les points qui pourraient être utilement traités dans la législation et non seulement dans les accords pertinents. Le *Guide* n'a pas pour objet d'offrir des conseils sur la rédaction des accords pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé ou sur les solutions contractuelles de problèmes pouvant apparaître dans le cadre de tels accords.

4. Le *Guide* est axé sur les projets dans lesquels des entités privées participent au financement, à la construction, à la maintenance ou à l'exploitation de certains types d'infrastructures publiques contre le droit de faire payer soit la population, soit une entité publique, pour l'utilisation de l'infrastructure ou les services qu'elle génère. On y accorde une attention particulière aux projets d'infrastructure qui comportent une obligation, de la part de l'entité choisie, d'entreprendre des travaux de construction, de réparation ou d'extension de l'infrastructure concernée avant son exploitation. Certains chapitres portent plus particulièrement sur les questions qui découlent d'une telle obligation (par exemple, chap. VI, "Phase de construction"). Toutefois, plusieurs chapitres examinent des questions qui peuvent très bien se poser dans des projets où l'exploitant privé prend en charge une infrastructure existante ou encore lorsque cette infrastructure est la propriété permanente de cet exploitant (par exemple, chap. I, "Considérations générales sur la législation"; chap. IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet"; et chap. VII, "Phase d'exploitation").

5. Les projets dans lesquels un exploitant privé prend en charge une infrastructure publique existante sont parfois associés à d'autres opérations ayant pour but de "privatiser" des fonctions ou des biens de l'État. Le *Guide*, cependant, ne vise pas les opérations de "privatisation" qui ne se rapportent pas à la mise en place et à l'exploitation d'une infrastructure. Il y a plusieurs explications à cette restriction. Les opérations de "privatisation", en effet, peuvent être effectuées pour diverses raisons, en fonction de l'activité ou des biens "concernés". Dans de nombreux cas, il s'agit pour l'État d'obtenir des recettes ou de se décharger d'activités économiques qui peuvent être menées de façon plus efficace par le secteur privé. C'est habituellement ce qui se passe lorsqu'il cède un terrain ou d'autres biens immobiliers lui appartenant, mais aussi lorsqu'il vend des actions d'entreprises publiques. Dans le cas particulier des projets d'infrastructure, en revanche, les principaux objectifs sont généralement de créer les infrastructures nécessaires et d'améliorer la gestion et l'exploitation de celles qui existent.

6. En outre, les projets d'infrastructure examinés dans le présent *Guide* impliquent la création, par le biais d'un accord de projet ou d'une réglementation sectorielle, d'un écheveau durable de droits et d'obligations entre l'exploitant de l'infrastructure et l'État. Par contre, les activités de la plupart des entreprises privatisées autres que les sociétés de services publics ne seraient pas soumises à une réglementation particulière; par exemple, lors du transfert au secteur privé, une aciérie ou une usine automobile qui appartenait auparavant à l'État continuerait, dans la majorité des cas, à fonctionner essentiellement de la même manière que les entreprises concurrentes sur le même marché.

7. Il convient de noter, par ailleurs, que le *Guide* ne vise pas les projets d'exploitation de ressources naturelles. Cette restriction est due, elle aussi, à un certain nombre de facteurs. Pour des raisons historiques ou stratégiques, de nombreux pays ont établi un régime de propriété spécial

pour les ressources naturelles ou certaines autres catégories de biens et de produits. Parmi les plus courants, on peut citer les ressources en eau, les minerais, le pétrole, le gaz naturel et d'autres matières trouvées dans le sous-sol. Dans certains pays, ce régime peut s'étendre aux forêts, au littoral, aux eaux territoriales et à la plate-forme continentale. Beaucoup ont une tradition bien établie consistant à accorder à des personnes physiques et morales privées le droit d'exploiter commercialement ces ressources naturelles dans le cadre d'une "concession", d'une "licence" ou d'un "permis" délivré par l'État. Les mécanismes d'octroi de concessions pour l'exploitation des ressources naturelles sont, dans la plupart des cas, différents de ceux qui sont couramment utilisés pour choisir une société chargée d'exécuter un projet d'infrastructure. Au demeurant, un concessionnaire chargé de l'exploitation de ressources naturelles a, en tant que producteur de produits de base, une fonction assez différente de celle d'une société de projet dans un projet d'infrastructure à financement privé. En effet, une infrastructure est destinée à être utilisée par le public ou à générer des services publics alors que les mines et d'autres ressources naturelles ne sont pas exploitées dans ce but, et dans la plupart des cas le concessionnaire recherche uniquement son propre intérêt. Par ailleurs, contrairement aux services publics sur lesquels l'État exerce une forme ou une autre de contrôle réglementaire, les minerais ou autres matières extraits ou transformés par le concessionnaire deviennent généralement sa propriété et sont dans la plupart des cas vendus librement sur le marché. Enfin, le concessionnaire d'une infrastructure doit, en règle générale, en assurer l'exploitabilité durable, alors qu'au terme d'une concession minière les gisements sont rendus à l'État réduits ou même épuisés.

2. *Terminologie employée dans le* Guide**

8. On trouvera dans les paragraphes ci-après des explications sur le sens et l'emploi de certaines expressions qui reviennent fréquemment dans le *Guide* ou qui sont souvent utilisées dans les lois nationales à propos des projets d'infrastructure. Pour les termes non mentionnés ci-dessous, tels que ceux qui apparaissent dans les documents financiers et les documents de gestion, il est conseillé au lecteur de consulter d'autres sources d'information sur le sujet, notamment le *Guide sur le développement des infrastructures selon la formule construction-exploitation-transfert (CET)* établi par l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI)[2].

a) *"Projets d'infrastructure"*

9. Dans le cadre du présent *Guide*, les termes "projets d'infrastructure" désignent plus particulièrement la mise en place et l'exploitation d'installations, d'équipements ou de systèmes visant à fournir des services publics aux fins de la production économique ou pour les particuliers ou les ménages. On trouve des exemples de projets d'infrastructure correspondant à cette définition dans plusieurs secteurs, et ils comprennent divers types d'installations, d'équipements ou de systèmes : centrales et réseaux de distribution (secteur de l'électricité); systèmes de communications téléphoniques urbains et interurbains et réseaux de transmission de données (secteurs des télécommunications); stations d'épuration des eaux usées, équipements de distribution d'eau (secteur de l'eau); installations et équipements de ramassage et d'élimination des déchets (secteur de l'assainissement); installations et systèmes utilisés dans les transports publics, tels que les réseaux ferrés urbains et interurbains, les lignes de métro, les lignes d'autobus, les routes, les ponts, les tunnels, les ports, les lignes aériennes et les aéroports (secteur des transports).

10. Les projets d'infrastructure n'exigent pas nécessairement la construction ou l'exploitation de grands ouvrages. En fait, dans certains cas (par exemple, dans la téléphonie cellulaire), le principal élément du projet peut consister dans des services obtenus auprès d'autres parties (par exemple, les propriétaires d'équipements de télécommunication) plutôt que dans des travaux de construction.

b) *"Services publics" et "entreprises de services publics"*

11. Les projets d'infrastructure impliquent généralement la fourniture de services ou de biens au public (ou à un intermédiaire qui les distribue ensuite au public), ou encore l'exploitation ou la maintenance d'une installation destinée au public. Dans le droit national, ces activités sont souvent désignées par des termes tels que "services publics", et, en fonction de la tradition juridique du pays concerné, les fournisseurs peuvent être désignés par différentes expressions telles que "entreprises de services publics" ou "prestataires de services publics". Il convient de noter, toutefois, que ces expressions ne sont pas comprises partout de la même manière et peuvent englober des activités différentes dans différents systèmes juridiques. Si les projets d'infrastructure tels que sus-définis impliquent, dans la plupart des systèmes juridiques, une forme ou une autre de "service public", cette expression peut aussi être employée pour désigner un certain nombre d'autres activités non visées par le présent *Guide.*

12. Les notions "d'entreprises de services publics" et de "services publics" sont bien établies dans la tradition juridique de certains pays, où elles sont parfois intégrées dans le droit constitutionnel ou font l'objet de dispositions législatives détaillées. Dans plusieurs pays, la fourniture de services publics peut être régie par un ensemble de lois particulier, que l'on désigne en général sous le nom de "droit administratif" (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", par. 12 à 15). Toutefois, tous les systèmes juridiques ne rentrent pas à ce point dans le détail. Dans un certain nombre de pays, si les services publics font l'objet d'une réglementation spéciale, ils n'en sont pas pour

**[N.B. : La présente section pourra être développée de façon à y incorporer d'autres termes pouvant apparaître dans les futurs chapitres et pouvant exiger une explication préalable.]*

[2] Organisation des Nations Unies pour le développement industriel, *Le développement des infrastructures selon la formule construction-exploitation-transfert (CET)*, Vienne, 1996 (ONUDI, numéro de vente : ONUDI.95.6.F) (appelé ci-après "*Guide de l'ONUDI sur les projets CET*").

autant considérés comme intrinsèquement différents d'autres types d'activités.

13. L'expression "services publics" telle qu'elle est employée dans le *Guide* désigne les services se rattachant à une infrastructure publique ou résultant de son exploitation. Les "prestataires de services publics" désignent les entités juridiques chargées de la gestion des infrastructures ou des systèmes qui permettent de fournir ces services. Dans le *Guide*, il ne faut pas donner à ces expressions le sens technique qu'elles peuvent revêtir dans tel ou tel système juridique.

c) *"Concession"*

14. Dans de nombreux pays, les services publics constituent un monopole d'État ou sont soumis à une réglementation spéciale. Pour fournir de tels services, une entité doit alors, de manière générale, obtenir une autorisation de l'organisme public compétent. Différentes expressions sont employées pour définir ces autorisations dans les lois nationales, et dans quelques systèmes juridiques divers types d'autorisation portent des noms différents. Les termes les plus couramment utilisés sont notamment "concession", "franchise" ou "licence". Dans certaines lois nationales, en particulier celles des pays de droit romain, certaines formes de projets d'infrastructure correspondent à des notions juridiques bien définies telles que "concession de travaux publics" ou "concession de services publics".

15. Le *Guide* emploie le terme "concession" pour désigner de manière générale le droit donné à une société ou à un consortium de projet de construire et d'exploiter ou uniquement d'exploiter l'infrastructure publique ou de faire payer pour son utilisation ou pour les services qu'elle génère. Il n'a pas le sens technique qui peut lui être donné dans un système juridique ou des lois nationales particuliers.

d) *"Construction-exploitation-transfert (CET)" et expressions apparentées*

16. Plusieurs abréviations sont parfois employées pour désigner divers types de projets d'infrastructure à financement privé en fonction du type de participation du secteur privé ou du régime de propriété de l'infrastructure en question.

17. On parle de projet "construction-exploitation-transfert" (CET) lorsque les autorités du pays hôte sélectionnent une entité privée pour financer et construire une infrastructure ou un système et accordent à cette dernière le droit de l'exploiter commercialement pour une période donnée, à la fin de laquelle l'infrastructure et le droit d'exploitation sont transférés à l'État. Dans ces projets, l'État demeure propriétaire de l'ouvrage et du terrain sur lequel il est réalisé pendant toute la durée du projet. L'expression "construction-transfert-exploitation" est parfois utilisée pour insister sur le fait que l'infrastructure devient la propriété de l'État immédiatement après son achèvement, la société de projet se voyant octroyer le droit de l'exploiter pendant une certaine période. Il existe une variante de ce type de projet, à savoir les projets "construction-location-exploitation-transfert" ou "construction-bail-exploitation-transfert" dans lesquels, aux obligations et autres conditions généralement associées aux projets CET, vient s'ajouter la location par l'entité privée pendant la durée de l'accord des biens corporels sur lesquels l'ouvrage est situé.

18. Les projets "construction-propriété-exploitation-transfert" sont des projets dans lesquels une entité privée est engagée pour financer, construire, exploiter et entretenir une infrastructure donnée, en contrepartie de quoi elle est autorisée à percevoir des usagers des redevances et autres droits. À la différence de ce qui se passe dans les contrats CET, l'entité privée est propriétaire de l'ouvrage et des actifs jusqu'au transfert aux autorités du pays hôte. Toutefois, les parties peuvent disposer que l'entité privée sera propriétaire de l'ouvrage à titre définitif et ne sera pas tenue de le transférer aux autorités du pays hôte, auquel cas le projet est appelé "construction-propriété-exploitation".

19. Outre les appellations susmentionnées qui visent à faire ressortir le régime de propriété particulier des projets, il en existe d'autres qui font ressortir une ou plusieurs des obligations de la société de projet. Dans certains cas, l'infrastructure existante est remise aux entités privées avec charge pour elle de la moderniser ou de la remettre en état, de l'exploiter et d'en assurer la maintenance, à titre définitif ou pour une durée déterminée. Selon que le secteur privé est ou non propriétaire de l'infrastructure, on parle de "remise en état-exploitation-transfert" ou de "modernisation-exploitation-transfert" dans le premier cas et de "remise en état-propriété-exploitation" ou "modernisation-propriété-exploitation" dans le second. L'expression "conception-construction-financement-exploitation" est parfois employée pour insister sur le fait que le secteur privé est en outre chargé de concevoir l'ouvrage et d'en financer la construction.

20. Quelquefois, l'ensemble des opérations susmentionnées ainsi que d'autres formes possibles de projets d'infrastructure sont désignées de manière générale par l'abréviation "CET". Dans le présent *Guide*, toutefois, le terme "CET" désigne uniquement le type particulier de projet d'infrastructure décrit au paragraphe 16.

e) *"Accord de projet", "Consortium de projet", "société de projet"*

21. Au sens du présent *Guide*, les termes "accord de projet" désignent un accord conclu entre les autorités du pays hôte et l'entité ou les entités privées sélectionnées par lesdites autorités pour mener à bien le projet, et qui énonce les modalités de la construction ou de la modernisation, de l'exploitation et de la maintenance de l'infrastructure. D'autres expressions, qui peuvent être employées dans certains systèmes juridiques pour désigner un tel accord, par exemple, "accord de concession" ou "contrat de concession", ne sont pas utilisées dans le *Guide*.

22. Les termes "consortium de projet" désignent le groupe d'entreprises qui soumettent une proposition commune pour la réalisation d'un projet d'infrastructure

et conviennent de le mener à bien conjointement si les autorités du pays hôte le leur adjugent.

23. Les termes "société de projet" désignent l'entité juridique indépendante créée par le consortium de projet dans le but d'effectuer les travaux de construction et d'assurer l'exploitation de l'infrastructure.

24. Lorsqu'il est fait mention dans le *Guide* du fait qu'une concession (c'est-à-dire le droit de construire ou d'exploiter l'infrastructure, tel que défini au paragraphe 15 ci-dessus) a été accordée au consortium de projet ou à la société de projet, le terme "concessionnaire" peut être utilisé pour désigner ces entités. Ce terme est aussi parfois employé dans le *Guide* pour désigner, de manière générale, les entités qui exploitent une infrastructure publique dans le cadre d'une concession octroyée par les autorités du pays hôte.

f) *Références aux autorités nationales*

25. L'expression "autorités du pays hôte" est généralement employée dans le présent *Guide* pour désigner les autorités qui assument la responsabilité générale du projet et au nom desquelles ce dernier est adjugé. Ces autorités peuvent être aussi bien nationales que provinciales ou locales.

26. L'expression "organisme réglementaire" désigne, dans le présent *Guide*, l'organe ou l'entité publics habilités à émettre des règles ou une réglementation régissant l'exploitation de l'infrastructure. Cette autorité peut être créée par une loi avec pour but particulier de réglementer le secteur dans lequel s'insère l'infrastructure.

27. Les termes "autorité adjudicatrice" désignent, dans le présent *Guide*, l'organe, l'organisme ou le service du pays hôte chargé de sélectionner le concessionnaire. Selon le système en vigueur, le processus de sélection et les procédures connexes conduisant à l'adjudication du projet peuvent faire intervenir plusieurs autorités.

g) *"Passation de marchés" et "procédures de sélection"*

28. Les termes "passation de marchés" désignent de manière générale, dans le présent *Guide*, l'acquisition systématisée par l'État, sur une base commerciale, des éléments ou des services dont il a besoin pour exercer ses fonctions ou atteindre ses objectifs. L'ensemble de ces règles est généralement appelé "législation des marchés". Les mots "passation de marchés" évoquent normalement une opération d'achat, mais cette connotation restrictive peut être inappropriée dans le cas de l'adjudication de projets d'infrastructure à financement privé. À des fins de clarté, le *Guide* emploie les termes "procédures de sélection" pour désigner les procédures auxquelles l'État a recours pour octroyer le droit de construire et d'exploiter un projet d'infrastructure.

h) *Contrat clef en main; contrat conception-construction*

29. On trouvera, dans le présent *Guide*, les termes "contrat clef en main" pour désigner un contrat de construction en vertu duquel un entrepreneur ou un consortium d'entrepreneurs est chargé d'effectuer toutes les tâches nécessaires à la réalisation de l'ensemble de l'ouvrage, c'est-à-dire le transfert de technologie, la fourniture du matériel et des matériaux, l'installation du matériel et d'autres tâches liées à la construction (par exemple, celles qui relèvent du génie civil)[3]. Dans un contrat clef en main, l'entrepreneur est normalement tenu de réaliser tous les travaux nécessaires pour que l'acheteur reçoive une installation prête à être mise en exploitation. Un contrat est appelé "conception-construction-clef en main" lorsque l'entreprise chargée de la construction est également responsable de la conception de l'infrastructure.

B. Informations générales sur les projets d'infrastructure

30. Les sections suivantes examinent des questions essentielles relatives aux projets d'infrastructure à financement privé, telles que la participation du secteur privé et la notion de financement de projet. Elles recensent en outre les principales parties qui participent à ces projets et leurs intérêts respectifs et décrivent brièvement l'évolution d'un projet d'infrastructure à financement privé. Elles regroupent des informations générales sur les questions qui sont examinées ensuite d'un point de vue législatif dans les chapitres suivants du *Guide*. Pour de plus amples informations, le lecteur aura tout intérêt à consulter les publications d'autres organisations internationales, telles que l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI)[4], la Banque mondiale[5] ou la Société financière internationale[6].

1. *Secteur privé et infrastructure publique*

31. Les rôles du secteur public et du secteur privé dans le développement des infrastructures ont considérablement évolué au cours de l'histoire. Des services tels que l'éclairage au gaz des voies publiques, la distribution d'électricité, la télégraphie et la téléphonie, les transports en train à vapeur et en tramway électrique ont été créés au XIXe siècle, et dans de nombreux pays ils étaient fournis par des entreprises privées ayant obtenu une licence ou une concession de l'État. De nombreux projets de construction de routes ou de creusement de canaux financés par des fonds privés ont été réalisés à cette époque, et le

[3]La notion de contrat clef en main est examinée dans le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*, New York, 1988 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.10) (appelé ci-après *"Guide juridique de la CNUDCI sur les contrats de construction"*), p. 17.

[4]*Guide de l'ONUDI sur les projets CET* (voir note de bas de page 1).

[5]Banque internationale pour la reconstruction et le développement. *Rapport sur le développement dans le monde 1994 : Infrastructure pour le développement* (Oxford, Oxford University Press, 1994); *Rapport sur le développement dans le monde 1996 : Du plan au marché* (Oxford, Oxford University Press, 1996).

[6]Société financière internationale, *Financing Private Infrastructure* (Washington, D.C., 1996).

financement international de projets s'est rapidement développé, avec notamment l'émission internationale d'obligations pour financer les chemins de fer et d'autres infrastructures essentielles.

32. Toutefois, on relève pendant la plus grande partie du XXe siècle une tendance à la prise en charge par l'État des infrastructures et d'autres services. Les exploitants de ces infrastructures étaient souvent nationalisés et la concurrence était réduite par les fusions et les acquisitions. Pendant toute cette période, le degré d'ouverture de l'économie mondiale a également diminué. Les infrastructures n'ont continué à être exploitées par le secteur privé que dans un nombre relativement restreint de pays, avec une concurrence limitée ou inexistante. Dans beaucoup, la place dominante du secteur public dans les infrastructures a été consacrée par la Constitution (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", par. 1 à 4).

33. L'inversion de la tendance (participation du privé et concurrence dans le secteur des infrastructures) s'est amorcée au début des années 80 et est due à des facteurs à la fois généraux et propres à chaque pays. Parmi les facteurs généraux, on citera d'importantes innovations technologiques, un fort endettement et d'impérieuses contraintes budgétaires limitant la capacité du secteur public à faire face aux besoins croissants en matière d'infrastructure; la rationalisation des marchés de capitaux internationaux et locaux améliorant l'accès au financement privé; ainsi que l'augmentation du nombre d'expériences internationales réussies en matière de participation du secteur privé et de concurrence dans le secteur des infrastructures.

34. Ces dernières années, divers projets de création de nouvelles infrastructures ont été exécutés par des entités privées. En outre, de nombreux pays ont lancé de vastes programmes de privatisation, transférant des entreprises de services publics à des exploitants privés. Dans beaucoup, une nouvelle législation a été adoptée non seulement pour régir ces opérations, mais également pour modifier la structure du marché et les règles de la concurrence dans les secteurs où ces opérations étaient effectuées (voir chap. II, "Structure et réglementation des secteurs", ...).

2. *Formes de participation du secteur privé*

35. Des faits récents montrent que la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure peut prendre diverses formes, les infrastructures pouvant être détenues et exploitées entièrement par l'État ou totalement privatisées avec de nombreuses variantes possibles entre ces deux extrêmes. Les paragraphes qui suivent examinent les trois grandes variantes suivantes : *a)* propriété et exploitation publiques; *b)* propriété publique et exploitation privée; et *c)* propriété et exploitation privées. Pour déterminer l'adéquation de l'une ou l'autre de ces variantes à un type donné d'infrastructure, les autorités publiques doivent tenir compte des besoins du pays et évaluer les moyens les plus efficaces de mettre en place et d'exploiter tel ou tel type d'infrastructure. Il peut exister, dans un secteur donné, plus d'une option[7].

a) *Propriété et exploitation publiques*

36. En matière d'infrastructures, les modalités traditionnelles de prestation n'offraient que peu ou pas de possibilités de participation du secteur privé, l'État étant à la fois le propriétaire et l'exploitant. Toutefois, certains pays ont mis au point des mécanismes permettant d'attirer les investissements privés directs ou de faciliter une exploitation commerciale des infrastructures publiques.

37. Pour ce faire, l'État peut notamment créer une entité juridique séparée, telle qu'une société de capitaux, contrôlée par lui mais gérée comme une entreprise commerciale privée et indépendante assujettie aux mêmes règles et aux mêmes principes commerciaux que les entreprises privées. Certains pays font exploiter depuis longtemps déjà leurs infrastructures nationales par ce type de sociétés. En ouvrant le capital de ces dernières aux investisseurs privés, ou en profitant du fait qu'elles peuvent émettre des obligations ou d'autres titres, l'État peut attirer les investisseurs privés dans le secteur des infrastructures. Certaines de ces entreprises ont été utilisées comme des "instruments spéciaux" visant à mobiliser des fonds privés pour des investissements dans les infrastructures en recourant à la formule du financement de projet.

38. Une autre façon de s'assurer la participation du secteur privé dans les infrastructures détenues et exploitées par l'État peut être de négocier des "contrats de service", au titre desquels l'exploitant public sous-traite certaines activités d'exploitation et de maintenance au secteur privé. Le pays hôte peut également confier un grand nombre de ces activités à une entité privée qui agit pour le compte de l'autorité publique compétente. Dans le cadre de cet arrangement, parfois appelé "contrat de gestion", la rémunération de l'exploitant privé peut être liée à ses résultats, souvent par le biais de mécanismes de partage des bénéfices, encore que l'État puisse également choisir une redevance fixe, en particulier lorsque les parties jugent difficile d'établir des mécanismes mutuellement acceptables pour évaluer les résultats de l'exploitant.

b) *Propriété publique et exploitation privée*

39. Il existe différentes manières de transférer l'exploitation d'une infrastructure publique à des entités privées. On peut, par exemple, accorder à l'entité privée, en général pour une certaine période, le droit d'utiliser une infrastructure donnée, afin de fournir des services et de percevoir les recettes générées par cette activité. Cette infrastructure peut déjà exister, ou peut avoir été construite spécialement par l'entité privée concernée, comme dans le cas d'un projet "construction-exploitation-transfert" (CET) typique (voir par. 18 ci-dessus). Cette combinaison propriété publique et exploitation privée offre les caractéristiques essentielles des arrangements qui, dans certains

[7]Pour une étude plus détaillée de ces différentes options, voir le rapport de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, *Rapport sur le développement dans le monde 1994 ...*, p. 9 et 10.

systèmes juridiques, peuvent être appelés “concessions de travaux publics” ou “concessions de services publics” (voir chap. I, “Considérations générales sur la législation”, par. 12).

40. Il existe aussi une autre forme de participation des entreprises privées dans le secteur des infrastructures, dans laquelle l’État choisit une entité privée pour exploiter un ouvrage qui a été construit par lui-même ou pour son compte, ou dont la construction a été financée par des fonds publics. En vertu de cet arrangement, l’exploitant s’engage à exploiter et entretenir l’infrastructure contre le droit de faire payer les services qu’il fournit. Dans un tel cas, il s’engage à verser à l’État une partie des recettes provenant de l’infrastructure, qui est utilisée par l’État pour amortir les coûts de construction. Ces arrangements portent, dans certains systèmes juridiques, le nom de “bail” ou d’“affermage”.

41. La nature des droits de l’entité privée sur l’équipement et les biens liés à l’infrastructure, ainsi que le régime d’exploitation de cette infrastructure (que ce soit dans le cadre d’un contrat ou d’une “licence” unilatérale) peuvent varier considérablement entre les différents systèmes juridiques (voir chap. I, “Considérations générales sur la législation”, par. 12 à 15). Dans un certain nombre de pays, certains types d’infrastructures publiques sont rarement repris par l’État à la fin de la concession, car ce dernier préfère, en général, en faire assurer l’exploitation par le secteur privé. Dans ce cas, l’utilisation et la détention par une entité privée de biens publics, qui avaient été concédés au départ pour une durée limitée, peuvent dans la pratique prendre un caractère définitif (voir chap. IX, “Expiration, prorogation et dénonciation anticipée de l’accord de projet”, ...).

c) *Propriété et exploitation privées*

42. Selon la troisième option, l’entité privée ne se contente pas d’exploiter l’infrastructure mais est également propriétaire des actifs qui lui sont associés. Là encore, il peut y avoir des différences substantielles entre les pays dans le traitement de ces projets, notamment selon que l’État conserve le droit de redevenir prioritaire de l’infrastructure ou d’assumer la responsabilité de son exploitation (voir également chap. I, “Considérations générales sur la législation”, par. 16 à 19).

43. Lorsque l’infrastructure est exploitée dans le cadre d’une licence accordée par l’État, la propriété privée des actifs matériels (par exemple, réseau de télécommunications) est souvent séparable de la licence de fourniture des services au public (par exemple, services téléphoniques interurbains), dans la mesure où l’État peut, dans certaines circonstances, retirer cette licence. Ainsi, la propriété privée de l’infrastructure n’implique pas nécessairement un droit permanent de fournir le service.

3. *Financement des projets d’infrastructure*

44. Les solutions de remplacement du financement traditionnel par l’État jouent un rôle croissant dans le développement des infrastructures. Ces dernières années de nouvelles infrastructures ont été, dans divers pays, financées exclusivement ou essentiellement par des fonds privés. Les deux principales sources de financement sont l’emprunt, en général sous forme de crédits obtenus sur les marchés commerciaux, et l’investissement sous forme de prise de participation. Mais il existe aussi d’autres sources. Les investissements publics et privés sont souvent associés dans des arrangements parfois désignés sous l’appellation “partenariat entre le secteur public et le secteur privé”.

a) *Capital social*

45. La première forme de financement des projets d’infrastructure est la prise de participation au capital social. Ce capital est constitué en premier lieu par les membres du consortium de projet ou d’autres particuliers qui souhaitent acheter des parts dans la société de projet. Toutefois, il ne permet normalement de financer qu’une partie du coût total d’un projet d’infrastructure. Pour obtenir des prêts commerciaux ou pour avoir accès à d’autres sources de fonds afin de mobiliser les capitaux nécessaires pour le projet, les membres du consortium et les autres investisseurs doivent accorder la priorité aux prêteurs et à d’autres bailleurs de fonds, en acceptant ainsi que leur propre investissement ne soit versé qu’après celui de ces autres bailleurs de fonds. En conséquence, les membres du consortium de projet supportent généralement, en tant que principaux promoteurs dudit projet, les risques financiers les plus élevés. Mais, en contrepartie, ce sont eux qui recevront la plus grosse part des bénéfices, une fois versé l’investissement initial. Les prêteurs et les autorités du pays hôte encouragent en général une prise de participation importante au capital social par les sociétés faisant partie du consortium de projet, dans la mesure où cela contribue à réduire la charge que constitue le service de la dette sur le cash flow de la société de projet et garantit l’intéressement de ces sociétés au succès du projet.

b) *Crédits commerciaux*

46. L’emprunt constitue souvent la principale source de financement des projets d’infrastructure. Ce sont alors des banques commerciales nationales ou étrangères qui sont sollicitées sur le marché financier essentiellement pour l’octroi de prêts à la société de projet. Ces banques utilisent habituellement des fonds provenant de dépôts à court ou à moyen terme rémunérés à des taux flottants. Les prêts accordés sont donc souvent assortis de taux d’intérêt flottants et ont, de manière générale, une échéance plus courte que la durée du projet. Toutefois, lorsque cela est possible et économique, compte tenu des conditions des marchés financiers, les banques peuvent préférer réunir et prêter des fonds à moyen ou à long terme à des taux fixes, pour éviter, d’une part, de s’exposer elles-mêmes et d’exposer la société de projet sur une longue période aux fluctuations des taux d’intérêt et, d’autre part, de devoir effectuer des opérations de couverture à terme.

47. Étant donné l’ampleur de l’investissement nécessaire pour un projet d’infrastructure à financement privé, les prêts sont souvent “consortiaux”, une ou plusieurs banques jouant le rôle de chef de file pour la négociation des documents financiers au nom des autres organismes financiers participants, soit essentiellement des banques commerciales.

48. Lorsqu'ils accordent des prêts commerciaux, les prêteurs exigent en général que leur remboursement ait priorité sur celui de toute autre dette de l'emprunteur. C'est pourquoi ces prêts sont appelés "non subordonnés" ou "privilégiés". Ils sont dits "garantis" ou "non garantis" selon que leur remboursement est garanti ou non par une sûreté donnée par l'emprunteur. Les prêts non garantis (c'est-à-dire les prêts pour lesquels l'emprunteur ne fournit aucune sûreté) sont en général accordés sur la base de la solvabilité de l'emprunteur. Toutefois, afin de réduire au minimum les risques pris, les prêteurs qui accordent des prêts non garantis demandent souvent à l'emprunteur de s'engager à ne pas donner en gage ses actifs nets au profit d'une autre partie avant d'en faire bénéficier les créanciers chirographaires (un tel engagement est généralement appelé "clause de nantissement négative"). Pour garantir un prêt, l'emprunteur fournit normalement une caution telle que des parts de la société de projet ou les biens et créances de cette dernière. La capacité qu'a l'emprunteur d'offrir ce type de garantie ainsi que sa solvabilité et celle de ses garants limitent habituellement le risque auquel s'exposent les bailleurs de fonds et réduisent donc le coût du crédit.

c) *Prêts "subordonnés"*

49. Le troisième type de fonds auquel il est généralement fait appel pour ces projets sont les prêts "subordonnés", parfois appelés également capitaux "mezzanine". Ils ont un rang d'exigibilité supérieur aux fonds propres mais inférieur aux prêts privilégiés. Cette subordination peut être générale (ils viennent après toute dette privilégiée) ou spécifique, auquel cas les accords de crédit précisent le type de dette auquel ils sont subordonnés. Ils ont souvent un taux fixe, généralement plus élevé que celui des prêts privilégiés. Pour attirer cette forme de capital, ou parfois pour obtenir des taux d'intérêt plus intéressants, on offre aux bailleurs de fonds la possibilité de tirer directement profit des plus-values, par l'émission d'actions ou d'obligations privilégiées ou convertibles, quelquefois assortie de l'option de souscrire à des parts de la société de projet à des taux préférentiels.

50. Les prêts subordonnés peuvent être accordés par les actionnaires de la société de projet, pour compléter l'investissement en fonds propres, ou provenir d'autres sources telles que des organismes financiers publics, des sociétés de financement, des fonds d'investissement ou d'autres "investisseurs institutionnels" comme les compagnies d'assurances, les sociétés d'investissement collectif (par exemple, les fonds communs de placement) ou les caisses de retraite. Ces institutions disposent normalement de sommes élevées investissables à long terme et peuvent représenter une source importante de fonds supplémentaires pour les projets d'infrastructure. Si elles acceptent le risque de fournir des capitaux aux projets d'infrastructure, c'est essentiellement en raison des perspectives de rémunération et parce qu'elles souhaitent diversifier leurs investissements. Les investisseurs institutionnels ne participent en général d'aucune autre manière à l'élaboration du projet ou à l'exploitation de l'ouvrage.

d) *Marché financier*

51. À mesure que s'étend l'expérience en matière de projets d'infrastructure à financement privé, on a de plus en plus recours aux marchés financiers où des fonds peuvent être mobilisés par l'émission d'obligations et d'autres instruments négociables sur des places boursières reconnues. En général, l'offre publique d'instruments négociables exige l'approbation d'un organisme réglementaire et le respect des dispositions applicables de la juridiction concernée, telles que celles qui ont trait aux informations à fournir dans le prospectus d'émission et, dans certaines juridictions, l'enregistrement préalable. Les obligations et autres instruments négociables peuvent n'avoir pour seule garantie que la réputation générale de l'émetteur, ou peuvent être garantis par une hypothèque ou un autre nantissement sur un bien particulier.

52. Les entreprises de services publics déjà bien établies ont souvent plus facilement accès aux marchés financiers que les sociétés créées spécialement pour construire et exploiter une nouvelle infrastructure et n'ayant pas la cote financière requise. Un certain nombre de Bourses exigent en fait que la société émettrice soit en activité et connue depuis un certain temps déjà avant de l'autoriser à émettre des instruments négociables.

e) *Financement par des institutions financières islamiques*

53. Les institutions financières islamiques constituent un groupe supplémentaire de bailleurs de fonds potentiels. Elles fonctionnent souvent selon des règles et des pratiques dérivées de la tradition juridique islamique. L'une des principales caractéristiques des activités bancaires, en vertu de ces règles, est l'absence de paiement d'intérêts et par conséquent l'établissement d'autres formes de contrepartie pour les fonds empruntés, telles que la participation aux bénéfices ou la participation directe aux résultats des opérations des clients. Les institutions peuvent, de ce fait, être davantage disposées que d'autres banques commerciales à envisager une participation directe ou indirecte au capital social d'un projet. En revanche, elles accorderaient davantage d'importance à l'examen des hypothèses économiques et financières des projets faisant l'objet d'une demande de financement et surveilleraient étroitement toutes les phases de leur exécution.

f) *Financement par des organismes financiers internationaux*

54. Les organismes financiers internationaux peuvent également jouer un rôle important dans l'octroi de prêts et de garanties ou la prise de participation dans des projets d'infrastructure à financement privé. Un certain nombre de projets ont été ainsi cofinancés par la Banque mondiale, la Société financière internationale ou par des banques régionales de développement.

55. Les organismes financiers internationaux peuvent contribuer également à la formation de "syndicats financiers" pour l'octroi de prêts au projet. Certains d'entre eux ont des programmes spéciaux au titre desquels ils deviennent le seul "prêteur officiel" d'un projet. Ils agissent

alors pour leur propre compte et celui des banques participantes et se chargent de la gestion des versements effectués par les participants ainsi que du recouvrement et de la distribution ultérieurs des sommes reçues de l'emprunteur au titre des remboursements, soit en vertu d'accords particuliers ou d'autres droits que leur confère leur statut de créancier privilégié. Certaines institutions financières internationales peuvent également prendre une participation au capital social ou fournir des capitaux mezzanine en investissant dans des fonds spécialisés dans les sûretés émises par les exploitants d'infrastructures.

56. Les organismes financiers internationaux peuvent aussi fournir des garanties contre un certain nombre de risques politiques, notamment l'expropriation ou la nationalisation, le non-acquittement par le pays hôte des paiements convenus (lorsque la société de projet fournit des biens ou des services à un organisme public), la non-mise à disposition des bailleurs de fonds d'un montant suffisant de devises ou la non-délivrance des autorisations réglementaires nécessaires. L'existence de ce type de garanties peut permettre à la société de projet de mobiliser plus facilement des fonds sur les marchés financiers internationaux.

g) *Appui des organismes de crédit à l'exportation*

57. Les organismes de crédit à l'exportation peuvent fournir un soutien au projet sous forme de prêts, de garanties ou par une association des deux. Leur participation peut présenter un certain nombre d'avantages, notamment les suivants : taux d'intérêt inférieurs aux taux pratiqués par les banques commerciales et prêts à plus long terme, parfois à taux fixe. En revanche, la fourniture d'une assurance ou d'une autre forme de soutien par ces organismes est généralement liée à l'achat de matériel provenant de leur pays ou contenant un pourcentage minimal d'éléments nationaux.

h) *Association de fonds publics et privés*

58. Il arrive qu'en plus des prêts et garanties accordés par les banques commerciales et les organismes financiers publics nationaux ou multilatéraux viennent s'ajouter aux capitaux privés des fonds publics pour financer des nouveaux projets. Ces fonds peuvent provenir des recettes de l'État ou d'emprunts souverains. Ils peuvent être combinés à des fonds privés, comme investissement initial ou paiement à long terme, ou prendre la forme de subventions ou de garanties publiques (voir chap. V, "Appui des pouvoirs publics", ...).

59. Les projets d'infrastructure peuvent être coparrainés par les pouvoirs publics sous forme de prise de participation au capital social de la société de projet, ce qui réduit le montant du capital social et des capitaux d'emprunt devant être sollicité auprès de sources privées. Des terrains peuvent également être donnés à la société de projet, de façon à lui assurer des sources de revenus supplémentaires (par exemple, des aires de service ou des centres commerciaux le long des routes à péage). Dans le cas d'une nouvelle infrastructure, le risque auquel s'expose le secteur privé peut être réduit par des concessions auxiliaires d'exploitation d'infrastructures existantes (par exemple, une concession sur un pont à péage existant peut venir compléter une concession pour la construction et l'exploitation d'un nouveau pont).

60. Dans certains cas, l'État entreprend de verser directement des fonds à la société de projet afin de stimuler l'investissement dans des projets jugés à haut risque commercial. Par exemple, le secteur privé peut être découragé d'investir dans de nouvelles routes à péage du fait que les prévisions de trafic, quel que soit le professionnalisme avec lequel elles ont été établies, sont incertaines et dépendent de plusieurs facteurs imprévisibles. Pour attirer les investisseurs vers de nouveaux projets jugés d'intérêt public, certains pays ont mis en place un système de versement direct par l'État d'une somme forfaitaire fixée, par exemple, sur la base d'une estimation du trafic. Ces versements peuvent aussi être effectués lorsque l'infrastructure a un faible potentiel commercial (par exemple, lignes et gares ferroviaires, systèmes d'épuration et de traitement des eaux usées).

61. L'appui des pouvoirs publics se justifie souvent par l'intérêt public qui s'attache à la construction d'infrastructures que le secteur privé peut ne pas être disposé à entreprendre seul sans une forme ou une autre d'appui financier. L'autre argument est que, même lorsque les pouvoirs publics apportent un soutien financier, les investissements privés dans les infrastructures réduisent sensiblement le besoin de subventions et de dépenses publiques qui devraient sinon être engagées. C'est pourquoi l'appui direct des pouvoirs publics n'est pas jugé incompatible avec le concept de financement privé. Toutefois, certaines formes d'appui financier de l'État ont été critiquées au motif qu'elles constituaient des incitations non souhaitables et contraires aux principes de l'exploitation privée des infrastructures, conduisant à une mauvaise gestion des projets (voir chap. V, "Appui des pouvoirs publics", ...).

4. *Parties aux projets d'infrastructure*

62. Les parties à un projet d'infrastructure à financement privé peuvent varier considérablement en fonction du secteur, des modalités de participation des entreprises privées et des arrangements arrêtés pour le financement du projet. Les paragraphes qui suivent recensent les parties à un projet typique d'infrastructure à financement privé comportant la construction d'une nouvelle infrastructure et exécuté selon la formule du "financement de projet"[8].

a) *Autorités du pays hôte*

63. L'exécution d'un projet d'infrastructure à financement privé fait souvent intervenir un certain nombre d'autorités publiques du pays hôte. L'autorité adjudicatrice

[8]Cette section traite certaines questions qui se posent dans les différentes phases d'un projet d'infrastructure à financement privé. Pour plus d'informations, y compris une analyse des questions économiques, financières et de gestion, il est conseillé au lecteur de se reporter aux ouvrages généraux sur le sujet, tels que le *Guide de l'ONUDI sur les projets CET.*

et le principal organisme responsable du projet peuvent se situer aux niveaux national, provincial ou local. En outre, l'exécution du projet peut exiger la participation active (par exemple, pour la délivrance de licences ou de permis) d'autres organismes au même niveau ou à un niveau différent. Ces autorités (qui, comme il est indiqué au paragraphe 25, sont appelées collectivement, dans le présent *Guide*, "autorités du pays hôte") jouent un rôle déterminant dans l'exécution des projets.

64. Les autorités du pays hôte identifient généralement le projet sur la base de leurs propres politiques de développement des infrastructures dans le secteur concerné et déterminent le type de participation du secteur privé qui permettrait l'exploitation la plus efficace de l'infrastructure. Ensuite, elles engagent le processus qui conduit à la sélection du concessionnaire. Par ailleurs, pendant toute la durée du projet, elles peuvent être appelées à fournir différentes formes de soutien – législatif, administratif, réglementaire et parfois financier – afin d'assurer la bonne exécution des travaux de construction et une exploitation satisfaisante de l'infrastructure. Enfin, dans certains projets, l'État peut devenir le propriétaire final de l'ouvrage.

65. Les autorités du pays hôte ont un intérêt légitime à ce que le projet soit bien exécuté et à ce que les travaux de construction soient effectués dans les normes. Aussi se réservent-elles généralement le droit de surveiller cette exécution, tâche qui pourra impliquer l'intervention de responsables de différents ministères et administrations et qui exigera entre ces derniers un niveau de coordination adéquat. À cette fin, il peut être utile de donner à un organisme, un comité ou un fonctionnaire pouvoir de coordonner toutes les procédures de surveillance du projet (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", par. 22 à 27).

66. Les autorités du pays hôte ont aussi intérêt à se faire remettre une infrastructure de qualité qui profitera à l'économie nationale en offrant les services requis. En outre, elles peuvent souhaiter créer des possibilités d'emplois pour les travailleurs locaux ou acquérir une technologie de pointe liée au projet. Ces objectifs sont parfois indiqués dans les dispositions législatives ou conventionnelles concernant les transferts de technologie ou dans les marges préférentielles accordées aux entreprises qui s'engagent à recruter du personnel local.

67. Les autorités du pays hôte demeurent comptables à la population et ont donc intérêt à ce que l'infrastructure soit exploitée de manière efficace et conformément à leur politique générale pour le secteur concerné. Elles ne se contentent pas d'évaluer les qualifications du consortium mais en examinent aussi soigneusement la composition, afin de s'assurer de sa participation active à toutes les phases du projet (voir également chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 36 à 38). Les questions qui touchent à l'ensemble de la population, telles que la qualité et la continuité des services, la protection de l'environnement, la tarification ou le respect des normes sanitaires et de sécurité, revêtent une importance particulière. Ainsi, les autorités du pays hôte peuvent souhaiter conserver le droit d'exercer une forme ou une autre de contrôle sur l'exploitation du projet, parfois par l'intermédiaire d'un organisme réglementaire spécial ou par l'application des conditions de l'accord de projet (voir chap. VII, "Phase d'exploitation", ...).

b) *La société de projet et ses actionnaires*

68. La plus grande partie des investissements dans le projet, en termes de fonds, de matériel et de travail, est effectuée au stade de la construction, de l'expansion ou de la rénovation de l'infrastructure. Aussi le consortium de projet comprend-il généralement des sociétés de construction et d'ingénierie et des fournisseurs d'équipements lourds qui souhaitent devenir les principaux entrepreneurs ou fournisseurs du projet. Ces sociétés participeront très activement à la phase initiale d'élaboration du projet, et leur aptitude à coopérer entre elles et à engager d'autres partenaires fiables sera essentielle pour que les travaux soient menés à bien en temps voulu. Toutefois, du fait de la nature même de leur activité, les entreprises de construction et les fournisseurs de matériel peuvent ne pas souhaiter une participation à long terme dans le capital social d'un projet. Ils chercheront donc souvent à associer une entreprise ayant l'expérience de l'exploitation et de la maintenance du type d'infrastructure construite. Les autorités du pays hôte peuvent encourager ou même exiger la présence d'une ou de plusieurs entreprises de ce type pour s'assurer que la faisabilité technique et la viabilité financière du projet ont été dûment prises en compte pour toutes les phases, et non uniquement pour celle de la construction.

69. Pour les actionnaires de la société de projet, il est important que la rentabilité de leurs investissements soit à la mesure des risques pris. En dehors des aspects commerciaux, tels que le niveau de recettes que le projet doit générer, la sécurité juridique offerte aux investissements dans le pays hôte jouera un rôle important dans la décision des entreprises d'investir dans tel ou tel projet (pour un examen de la nécessité d'établir un cadre juridique favorable à l'investissement privé dans les infrastructures, voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", par. 28 à 62). En particulier, ces entreprises chercheront à obtenir la garantie que leur investissement sera protégé contre toute confiscation ou dépossession. Les entreprises étrangères voudront également être assurées de pouvoir convertir en devises étrangères les recettes en monnaie locale et de pouvoir par ailleurs rapatrier ou transférer à l'étranger leurs bénéfices et tout investissement résiduel à l'expiration de la concession (voir chap. V, "Appui des pouvoirs publics", ...).

70. Les entreprises qui participent au consortium de projet forment en général une société séparée ayant la capacité juridique, des actifs et sa propre gestion aux fins de la réalisation du projet (voir chap. IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet", par. 22 à 34). Il est relativement simple de conférer tous les droits, actifs et obligations relatifs au projet à une seule entité juridique indépendante. Dans ce cas, la participation directe d'autres parties, telles que les actionnaires de la société de projet, peut être limitée, et la société de projet conclura l'accord de projet et signera d'autres instruments en son nom propre

et aura son propre personnel et sa propre gestion. Par ailleurs, la création d'une entité juridique indépendante permet une séparation claire entre l'actif, le passif et les revenus du projet et ceux des actionnaires de la société de projet, ce qui facilite la comptabilité et les procédures de vérification des comptes. La société de projet devient normalement l'instrument de mobilisation des moyens financiers requis, qui viennent s'ajouter au capital social versé par les actionnaires. Ces derniers choisiront habituellement un type de société dans laquelle leur responsabilité sera limitée à la valeur de leurs actions (telle qu'une société par actions). Il arrive parfois que l'on compte parmi eux des investisseurs en fonds propres "indépendants" qui ne sont engagés d'aucune autre manière dans le projet (il s'agit habituellement d'investisseurs institutionnels, de banques d'affaires, d'organismes de crédit bilatéraux ou multilatéraux, parfois aussi des autorités du pays hôte ou d'une entreprise publique). L'État encourage parfois la participation des investisseurs privés du pays.

71. La société de projet aura la responsabilité générale du projet et élaborera un certain nombre d'arrangements contractuels avec les constructeurs, les fournisseurs de matériel, la société d'exploitation et de maintenance et d'autres entrepreneurs, selon les besoins, pour l'exécution du projet. Les autorités du pays hôte, qui n'ont en général pas de recours contre les actionnaires individuels, peuvent demander à la société de projet de fournir divers types de garanties pour l'exécution de ses obligations au titre de l'accord de projet (voir chap. VIII, "Retards, défectuosités et autres défauts d'exécution", ...).

c) *Prêteurs*

72. Dans les opérations comportant des garanties classiques, les prêteurs se fient habituellement à la solvabilité générale de l'emprunteur et sont protégés contre l'échec du projet par les garanties fournies par les actionnaires de la société de projet ou par leurs sociétés mères. Cette forme de financement est habituellement appelée "financement d'entreprise" ou "financement sur bilan", afin de bien montrer que les sommes empruntées pour financer le projet seront à porter au passif de la société de projet. Un financement d'entreprise sera généralement proposé aux emprunteurs ayant une assise suffisamment solide pour supporter le risque d'échec du projet. Dans la mesure où les prêteurs sont protégés contre ce risque, ce type de financement peut être accordé aux emprunteurs solvables à des conditions relativement favorables.

73. Toutefois, pour les projets à grande échelle comprenant la construction d'une nouvelle infrastructure, les actionnaires sont rarement disposés à garantir les obligations de la société de projet. Ces projets sont donc souvent exécutés avec un "financement de projet", auquel cas le remboursement des prêts contractés par l'emprunteur est assuré essentiellement par les revenus du projet. D'autres garanties sont soit inexistantes, soit ne couvrent que certains risques limités. C'est pourquoi les actifs et les recettes, ainsi que les droits et les obligations relatifs au projet sont estimés indépendamment et sont strictement séparés des avoirs des actionnaires de la société de projet.

74. Le financement de projet est dit "financement sans recours" en raison de l'absence de recours à l'encontre des actionnaires de la société de projet. Dans la pratique toutefois, les prêteurs sont rarement disposés à engager les larges sommes nécessaires aux projets d'infrastructure uniquement sur la base du cash flow ou des actifs futurs d'un projet. Ils peuvent réduire les risques encourus en prévoyant dans les documents de projet un certain nombre d'arrangements de soutien ou de sûretés annexes et d'autres moyens d'appui fournis par les actionnaires de la société de projet, les pouvoirs publics du pays hôte, les acheteurs ou d'autres tiers intéressés. Cette modalité est généralement appelée financement "à recours limité".

75. Les risques auxquels s'exposent les prêteurs dans le financement d'un projet, qu'il s'agisse d'un financement sans recours ou avec recours limité, sont considérablement plus élevés que dans les opérations assorties de garanties classiques, et encore davantage dans le cas des projets d'infrastructure où la valeur des avoirs matériels (par exemple, une route, un pont ou un tunnel) ne couvre que rarement le coût financier total du projet, étant donné l'absence de "marché", où de tels avoirs pourraient être facilement réalisés. Ce facteur influe non seulement sur les conditions d'octroi des prêts (par exemple, le coût généralement plus élevé de financement de projet par rapport au financement d'entreprise), mais également la composition du syndicat de prêteurs et le rôle joué par ces derniers dans la structuration du projet.

76. Avant d'accepter de financer le projet, les prêteurs examineront soigneusement les hypothèses économiques et financières sur lesquelles repose ce dernier afin de s'assurer de sa faisabilité et de sa viabilité commerciale. Ils s'attacheront en particulier à évaluer les types de risques suivants : *a)* risques avant achèvement, c'est-à-dire le risque que l'infrastructure ne puisse être achevée ou qu'elle soit achevée plus tard que prévu ou à un coût supérieur aux estimations initiales; *b)* risque d'exploitation, c'est-à-dire le risque que l'installation ne réussisse pas à fonctionner au niveau d'efficacité attendu; et *c)* risque de marché, c'est-à-dire le risque que le produit fabriqué ou le service fourni ne soit pas commercialisable au prix et dans les quantités évaluées au départ. Les banques commerciales qui se spécialisent dans l'octroi de crédits à certaines industries ne sont généralement pas disposées à supporter les risques qu'elles connaissent mal. Par exemple, les bailleurs de fonds qui accordent des prêts à long terme peuvent ne pas être intéressés par l'octroi de crédits à court terme visant à financer la construction d'une infrastructure. Pour les projets à grande échelle, il est donc souvent fait appel à des prêteurs différents pour les différentes phases.

77. Ces prêteurs négocient en général avec le consortium de projet afin de structurer le projet de manière que les risques qu'ils prennent demeurent à un niveau acceptable. En ce qui concerne les risques avant achèvement, par exemple, ils examinent soigneusement la gestion, les compétences particulières et la solidité financière du ou des constructeurs et leur demandent habituellement une prise de participation appropriée au capital social et une forme acceptable de garantie de bonne fin (pour plus de précisions, voir chap. VI, "Phase de construction", ..., et chap. VIII, "Retards, défectuosités et autres défauts

d'exécution", ...). Une approche analogue sera adoptée pour ce qui est des risques d'exploitation (pour plus de précisions, voir chap. VII, "Phase d'exploitation, ...), et chap. VIII "Retards, défectuosités et autres défauts d'exécution", ...). Une protection acceptable contre les risques liés au marché dépendra de la nature du produit fabriqué ou du service fourni. Dans le cas des projets de centrales électriques, par exemple, l'engagement ferme pris par une société de distribution d'électricité d'acheter une quantité minimale est susceptible de rassurer les prêteurs (par exemple, accord "d'achat ferme") *("Take-or-pay agreement").* Lorsque des services sont fournis directement au public, les prêteurs se préoccuperont des critères retenus pour fixer et ajuster les prix et de l'application de contrôles réglementaires (voir chap. VII, "Phase d'exploitation", ...). Ils examineront aussi soigneusement les conditions de la concession accordée à la société de projet (pour vérifier s'il s'agit d'une concession exclusive ou si la société sera en concurrence avec d'autres prestataires de services) (pour un examen des questions ayant trait à la concurrence, voir chap. II, "Structure et réglementation des secteurs", ...; voir également chap. IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet", par. 17 à 21).

78. Par ailleurs, des arrangements de garantie détaillés sont négociés avec la société de projet et ses actionnaires afin de garantir que les dettes commerciales seront prioritaires et viendront donc avant les versements à d'autres créanciers ou la distribution des dividendes aux investisseurs en fonds propres ou aux actionnaires de la société de projet, et afin de donner le contrôle du projet aux prêteurs en cas de défaillance de la société de projet.

79. Les sûretés utilisées dans le financement de projet comprennent généralement les hypothèques, les privilèges flottants *("floating charges")* ou fixes sur tous les actifs du projet et les cessions de créances futures découlant de l'exploitation du projet. Les prêteurs demandent aussi généralement le dépôt automatique d'une partie convenue de ces revenus sur un compte bloqué. Souvent, les accords de prêts leur donnent un droit de substitution si la société de projet est défaillante ou est dans l'impossibilité de continuer à exploiter l'infrastructure. Plus le montant des sûretés autorisées par la loi du pays hôte est élevé, plus il est aisé d'obtenir un financement à des conditions favorables (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", par. 18 et 19, et chap. IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet", par. 39 à 45).

80. Afin d'éviter que ne surgissent des litiges du fait de l'adoption de mesures contradictoires par différents prêteurs, ou des litiges entre ces derniers à propos du remboursement de leurs prêts, les bailleurs de fonds qui octroient des prêts à des projets importants négocient habituellement ce que l'on appelle un "accord entre créanciers". Ce type d'accord comporte en général des dispositions portant sur des questions telles que les provisions pour versements, au prorata ou selon un ordre de priorité donné, les conditions de déclaration de défaillance et de réduction de l'échéance des crédits ou la coordination de la saisie des sûretés fournies par la société de projet.

d) *Institutions financières internationales et organismes de crédit à l'exportation*

81. Les institutions financières internationales et les organismes de crédit à l'exportation auront des préoccupations généralement analogues à celles des autres prêteurs. Mais ils veilleront, par ailleurs, à ce que l'exécution du projet et son exploitation n'aillent pas à l'encontre de certains de leurs objectifs de politique générale. Ainsi, les institutions financières internationales accordent aujourd'hui de plus en plus d'importance à l'impact des projets d'infrastructure sur l'environnement et à leur viabilité à long terme.

82. Les institutions financières internationales qui accordent des prêts à un projet étudieront aussi soigneusement les méthodes et procédures de sélection du concessionnaire. De nombreuses institutions financières mondiales et régionales ainsi que des organismes bilatéraux de financement du développement ont établi des principes directeurs ou d'autres conditions régissant la passation de marchés avec des fonds fournis par eux. Ils exigent en général que la passation des marchés soit conforme à leurs principes ou conditions, même si le droit national diverge en la matière. On trouve cette exigence particulièrement dans leurs accords de prêts types (pour plus de précisions, voir également chap. III, "Sélection du concessionnaire, par. 17).

e) *Autres bailleurs de fonds*

83. Les bailleurs de fonds autres que les banques commerciales et les institutions financières internationales peuvent comprendre des "investisseurs institutionnels" tels que des compagnies d'assurances, des fonds communs de placement, des caisses de retraite ou des fonds d'investissement. Selon les conditions dont sont assortis leurs investissements, ils ont généralement droit au paiement prioritaire du principal et des intérêts, ou à un paiement prioritaire des dividendes, venant ainsi avant les actionnaires de la société de projet ou d'autres actionnaires. Ils ont souvent le droit de recevoir des rapports périodiques et des états financiers. Les investisseurs institutionnels détenant des actions préférentielles ou des obligations jouissent, en vertu des lois du pays dans lequel la société de projet est établie ou dans lequel les actions ou les obligations ont été émises, d'autres droits qui peuvent comprendre l'un quelconque des droits suivants : droit à être représentés collectivement par un agent; droit d'être consultés sur certains changements des statuts de la société de projet, de les approuver et d'être informés de ces changements jusqu'à ce qu'ils soient remboursés; droit préférentiel à la distribution des actifs excédentaires.

f) *Constructeurs et fournisseurs*

84. Le ou les constructeurs sont en général chargés de concevoir l'ouvrage et d'en prendre soin pendant toutes les étapes de la construction jusqu'à son achèvement. Leur principal souci est de pouvoir terminer les travaux dans les délais convenus en respectant les estimations de coût initiales ainsi que le cahier des charges. En général, il leur

sera demandé d'indemniser les autres membres du consortium de projet en cas de perte résultant d'un défaut d'exécution de leur part[9].

85. Il arrive souvent qu'une ou plusieurs des sociétés qui passent des contrats avec la société de projet pour la construction de l'ouvrage ou la fourniture de matériel soient également membres du consortium de projet. Cette situation comporte un risque dans la mesure où les fournisseurs de matériel ou les constructeurs peuvent tenter d'obtenir des contrats à des conditions préférentielles. C'est pourquoi les autorités de certains pays hôtes tiennent à avoir le droit d'examiner et d'approuver les clauses de ces contrats (voir chap. VI, "Phase de construction", ...).

g) *Société d'exploitation et de maintenance*

86. L'exploitation et la maintenance de l'infrastructure peuvent être assurées par la société de projet elle-même ou bien être confiées à un entrepreneur ou à un groupe d'entrepreneurs. Parmi les entités privées qui sont parties à un projet, les exploitants de l'infrastructure sont ceux dont la participation est la plus longue. La société d'exploitation se trouvera en effet dans une situation particulière dans la mesure où l'exploitation de l'ouvrage la mettra en contact direct avec les clients et l'exposera à la vigilance du public. C'est pourquoi le point de vue de cette société concernant l'évaluation de la viabilité et de la rentabilité économiques et financières du projet peut être différent de celui d'autres membres du consortium, d'où l'intérêt de s'assurer sa collaboration dès le début du projet, par exemple, en l'incluant parmi les actionnaires de la société de projet.

87. Une fois effectuée la sélection d'un entrepreneur pour l'exploitation et la maintenance de l'infrastructure, les méthodes de paiement possibles varient, allant de sommes forfaitaires à des méthodes de coût majoré selon lesquelles la portion variable au-delà de l'amortissement des coûts peut être soit une somme fixe, soit un pourcentage du coût ou une part des recettes du projet. Il est aussi courant d'associer plusieurs de ces méthodes. Du point de vue de la société de projet, les méthodes basées sur les résultats sont, dans la plupart des cas, préférables aux contrats à prix de revient majoré. La société de projet établira normalement une forme ou une autre de mécanisme de contrôle de l'exploitation de l'ouvrage (par exemple, droit de vérification des comptes et examen des coûts) afin de veiller à ce que les coûts d'exploitation demeurent le plus près possible des estimations initiales. Lorsque le remboursement des coûts est plafonné, la société d'exploitation aura aussi intérêt à réduire ces coûts.

88. Les résultats de la société d'exploitation et de maintenance sont normalement soumis à des normes de qualité pouvant provenir de nombreuses sources, dont la loi, l'accord de projet, le contrat d'exploitation et de maintenance ou encore les instructions ou directives générales émises par l'organisme réglementaire compétent. En outre, des textes législatifs tels que la législation sur le travail ou l'environnement peuvent contenir un certain nombre d'autres conditions. La société d'exploitation et de maintenance est normalement tenue de fournir des garanties, à savoir des garanties indépendantes (ou "à première demande"), des garanties de bonne fin ou des obligations de garantie, et de contracter et conserver une assurance suffisante, y compris une assurance dommages, une assurance contre les accidents du travail, une assurance contre les dégâts causés à l'environnement et une assurance responsabilité civile.

h) *Assureurs*

89. Les projets d'infrastructure à financement privé comportent divers risques tant pendant la phase de construction que pendant la phase d'exploitation, que la société de projet, le pays hôte, les bailleurs de fonds ou les entrepreneurs peuvent ne pas être capables de supporter. C'est pourquoi il est essentiel de pouvoir obtenir une assurance appropriée contre ces risques afin d'assurer la viabilité du projet. Il faudra normalement contracter une assurance dommages couvrant les équipements et le matériel, une assurance responsabilité civile et une assurance contre les accidents du travail. Parmi les autres types d'assurance possibles on peut citer les assurances contre les pertes d'exploitation, contre la rupture de cash flow et contre les dépassements de coûts. Ces types d'assurance sont généralement disponibles sur le marché privé de l'assurance, encore qu'une assurance commerciale puisse être difficile à contracter pour certains cas de force majeure (par exemple, guerres, émeutes, vandalisme, tremblements de terre, cyclones). Le marché privé joue un rôle de plus en plus grand pour la couverture de certains types de risques politiques, tels que la dénonciation du contrat, la non-exécution par un organisme public de ses obligations contractuelles ou la mise en jeu abusive de garanties indépendantes. Outre les compagnies privées, des institutions financières internationales telles que la Banque mondiale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI), la Société financière internationale, les banques régionales de développement ou les organismes de crédit à l'exportation peuvent fournir des garanties contre les risques politiques.

i) *Experts et conseillers indépendants*

90. Les experts et conseillers indépendants jouent un rôle important aux différentes étapes de l'élaboration des projets d'infrastructure à financement privé. Les entreprises expérimentées complètent généralement leurs compétences techniques en s'assurant les services d'experts et de conseillers extérieurs, tels que des experts financiers, des conseils internationaux extérieurs ou des ingénieurs-conseils. Des experts et conseillers indépendants peuvent également aider le pays hôte à concevoir des stratégies de développement des infrastructures pour tel ou tel secteur et à mettre en place un cadre juridique et réglementaire approprié. En outre, ils peuvent aider les pouvoirs publics à effectuer des études de faisabilité ou autres études préliminaires, à formuler des demandes de propositions ou

[9]Pour un examen des recours et des approches contractuelles en cas de défaillance de l'entreprise de construction, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*, p. 189 à 202 et 206 à 220.

des clauses et des spécifications contractuelles types, à évaluer et à comparer les propositions ou à négocier l'accord de projet.

91. Les banques d'affaires jouent souvent le rôle de conseillers auprès des consortiums de projet pour le montage financier et la formulation du projet à réaliser, activité qui, quoique essentielle pour le financement, est tout à fait distincte de ce dernier. Ces banques peuvent également offrir des services consultatifs à l'État dans la recherche de solutions aux problèmes juridiques, économiques, financiers et environnementaux qui se posent au cours des phases préliminaires des projets d'infrastructure.

92. Outre les entités privées, un certain nombre d'organisations intergouvernementales (par exemple, l'ONUDI ou les commissions économiques régionales de l'ONU) et d'institutions financières internationales (comme la Banque mondiale ou les banques de développement régionales) ont des programmes spéciaux en vertu desquels elles peuvent aussi fournir ce type d'assistance technique directement aux autorités du pays hôte ou aider ces dernières à trouver des conseillers qualifiés.

5. *Phases de l'exécution*

93. Selon le type d'infrastructure considérée, les différentes phases d'un projet d'infrastructure à financement privé peuvent comprendre l'identification initiale du projet et la sélection du concessionnaire, la conclusion de l'accord de projet et des instruments connexes, les travaux de construction ou de modernisation, l'exploitation de l'infrastructure et éventuellement le transfert du projet à l'État. Les paragraphes qui suivent donnent une brève description des différentes phases d'un projet comprenant la construction d'une nouvelle infrastructure selon la formule du "financement de projet". Ces phases ne se retrouvent pas nécessairement dans tous les types de projets, ou peuvent s'articuler différemment.

a) *Identification du projet*

94. Une des premières mesures prises par les autorités du pays hôte lorsqu'un projet d'infrastructure est envisagé est d'effectuer une évaluation préliminaire de sa faisabilité, y compris d'aspects économiques et financiers tels que les avantages économiques attendus, le coût estimatif et les recettes potentielles de l'exploitation de l'infrastructure. Il est aussi important, à ce stade, d'évaluer la faisabilité technique du projet ainsi que son impact sur l'environnement. Les conclusions préliminaires auxquelles parviennent les autorités du pays hôte joueront un rôle fondamental dans la détermination du type de participation du secteur privé recherchée pour l'exécution du projet. Elles permettront, par exemple, de déterminer si l'État sera propriétaire de l'infrastructure qui sera exploitée temporairement par l'entité privée ou si c'est cette dernière qui possédera et exploitera l'infrastructure. Le choix des modalités de participation du secteur privé sera important pour un certain nombre de questions juridiques habituellement traitées dans la législation, telles que le régime de propriété de l'infrastructure et des actifs qui y sont rattachés et l'acquisition du terrain (voir chap. IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet", par. 8 à 12).

95. Dans les projets qui comprennent le transfert au secteur privé d'une entreprise de services publics dont l'État est propriétaire, les autorités du pays hôte peuvent être amenées à prendre un certain nombre de mesures préparatoires supplémentaires afin de permettre l'exploitation de cette entreprise comme entité privée, telles que sa restructuration sur la base de principes commerciaux ou l'abolition de monopoles de droit.

96. Une fois le futur projet identifié, c'est aux autorités du pays hôte qu'il incombe d'en fixer le rang de priorité et d'affecter des ressources humaines et autres à son exécution. Il est alors souhaitable que ces autorités fassent le point sur les conditions légales ou réglementaires existantes en matière d'exploitation d'infrastructures du type proposé afin de recenser les principaux organismes publics qui doivent donner des approbations et accorder des licences ou des autorisations, ou qui seront concernés d'une manière ou d'une autre par le projet. À ce stade, les autorités peuvent souhaiter, en fonction de l'importance et de la place données au projet, désigner un service ou un organisme qui sera chargé de coordonner les contributions d'autres services et organismes concernés et de surveiller la délivrance des licences et les approbations (pour plus de précisions sur ce point, voir ci-après chap. I, "Considérations générales sur la législation", par. 22 à 27).

97. En outre, les pouvoirs publics peuvent être amenés à prendre des dispositions budgétaires prévisionnelles, afin de pouvoir faire face aux engagements financiers qui s'étendent sur plusieurs cycles budgétaires, tels que les engagements à long terme pour l'achat du produit du projet (par exemple, accords d'achat ferme) ou d'autres formes d'appui au projet (voir chap. V, "Appui des pouvoirs publics", ...).

b) *Sélection du concessionnaire*

98. Une fois qu'un projet a été identifié, que sa viabilité et sa faisabilité ont été évaluées et que la nécessité ou l'intérêt d'un financement privé a été confirmé, les autorités du pays hôte passeront à la sélection du concessionnaire. Pour les projets qui comprennent la construction d'une nouvelle infrastructure, la sélection se fait souvent par voie d'appel d'offres avec procédure de présélection.

99. La confiance du consortium de projet dans la viabilité du projet et sa détermination à investir le temps et les fonds nécessaires à l'établissement des offres ou des propositions sont souvent fonction de son appréciation des règles qui régissent le processus de sélection. Le consortium peut être découragé de participer à une procédure qui lui semble floue ou lourde. Par conséquent, les pays qui souhaitent attirer des investissements du secteur privé dans les infrastructures devraient avoir des procédures propres à favoriser au maximum l'économie et l'efficacité de la passation de marchés, assurer un traitement juste et

équitable à tous les consortiums et garantir la transparence de la procédure de sélection.

100. Quelle que soit la méthode choisie, la procédure de sélection pour les projets d'infrastructure est souvent complexe, peut exiger beaucoup de temps et entraîner des frais importants pour le consortium, ce qui s'ajoute au coût global du projet. Il est important de veiller à ce que les dossiers distribués aux consortiums soient suffisamment clairs et contiennent tous les éléments nécessaires à l'établissement de leurs offres ou propositions afin de réduire le besoin d'éclaircissements et d'éviter le plus possible les plaintes ou les litiges. La législation joue un rôle important en fournissant un cadre clair pour l'adjudication des projets d'infrastructure à financement privé. (Pour plus de précisions, voir chap. III, "Sélection du concessionnaire".)

c) *Préparatifs de l'exécution du projet*

101. Après la sélection du concessionnaire, un certain nombre de mesures devront être prises pour entreprendre l'exécution du projet. L'accord de projet énoncera les obligations des parties concernant cette exécution. Pour des projets aussi complexes que les projets d'infrastructure, il n'est pas rare que plusieurs mois s'écoulent en négociations avant que les parties soient prêtes à signer l'accord. On sait que plusieurs facteurs peuvent engendrer des retards dans les négociations, tels que l'inexpérience des parties, une mauvaise coordination entre les différents organismes publics, une incertitude quant à l'ampleur de l'appui des pouvoirs publics ou des difficultés dans l'établissement de garanties acceptables pour les prêteurs[10]. Les autorités du pays hôte peuvent faire beaucoup en assurant une coordination appropriée entre tous les services et organismes concernés, en déterminant par avance le type de garanties et de facilités qu'elles peuvent fournir pour l'exécution du projet (voir chap. V, "Appui des pouvoirs publics" , ...). Plus l'idée que les parties ont des questions devant être traitées dans l'accord de projet est précise, meilleures sont les chances d'aboutissement de cet accord. En revanche, si d'importantes questions demeurent en suspens après le processus de sélection et si les négociateurs reçoivent peu d'indications quant au fond de l'accord de projet, les négociations risquent fort d'être longues et coûteuses.

102. La société de projet conclut non seulement l'accord de projet et les instruments connexes, mais aussi des accords avec les bailleurs de fonds pour l'octroi de prêts pour l'exécution du projet et passe des arrangements contractuels avec les entrepreneurs et les fournisseurs. En outre, un certain nombre d'autres arrangements sont en général conclus immédiatement après l'adjudication du projet pour préparer les travaux de construction. La société de projet peut aussi devoir, à ce stade, importer dans le pays l'équipement et d'autres matériels et faire venir le personnel nécessaire à l'exécution du projet. Lorsque des licences sont requises, les autorités du pays hôte aideront à éviter des retards inutiles.

d) *Phase de construction*

103. Une fois les arrangements préliminaires susmentionnés conclus de manière satisfaisante, des fonds peuvent être dégagés pour l'exécution du projet et les travaux de construction peuvent commencer. C'est pendant la phase de construction que sont versés la plus grande partie des fonds d'investissement, alors que l'infrastructure ne génère encore aucune recette. La viabilité financière générale du projet dépend donc beaucoup du succès de cette phase. Les retards dans la construction et les dépassements de coûts sont les deux principales sources d'inquiétude de toutes les parties concernées.

104. Pour le pays hôte, les retards et les dépassements de coûts ont aussi des incidences politiques négatives et peuvent compromettre la crédibilité de la politique de l'État concernant les projets d'infrastructure à financement privé. Le pays hôte demande donc généralement que la société de projet assume la pleine responsabilité de l'achèvement des travaux de construction dans les délais. La société de projet cherchera, à son tour, un recours en cas de force majeure et d'autres circonstances l'exonérant de sa responsabilité, ainsi que l'assurance qu'elle ne supportera aucune dépense ni aucune responsabilité supplémentaires pour des retards résultant de demandes de changements des autorités du pays hôte à la conception ou aux spécifications initiales du projet. L'accord de projet comportera donc un certain nombre de dispositions, parfois en application d'une loi, de façon à traiter les conséquences possibles de ces situations (voir chap. VIII, "Retards, défectuosités et autres défauts d'exécution", ...). Par ailleurs, les autorités du pays hôte ainsi que les prêteurs tiendront à être assurés que la technologie proposée pour l'exécution du projet est suffisamment éprouvée, sûre et fiable. Ils examineront avec beaucoup de soin toute proposition d'utiliser des technologies nouvelles ou non encore éprouvées. En tout état de cause, un certain nombre d'essais peuvent être nécessaires avant l'acceptation finale de l'infrastructure.

105. La société de projet fera généralement peser les risques de dépassement des délais et des coûts sur les constructeurs, et, à cette fin, le contrat de construction sera normalement un contrat clef en main forfaitaire à délais fixes assorti de garanties d'exécution par les entrepreneurs. Dans ce type de contrat, le constructeur doit habituellement garantir que l'infrastructure fonctionnera selon des normes de performance prédéterminées. Sa responsabilité peut se prolonger au-delà de la date d'achèvement des travaux, en vertu des conditions de son contrat ou des dispositions de la loi applicable. En outre, il est généralement demandé aux fournisseurs de matériel de fournir des garanties importantes quant à l'adéquation de la technologie fournie.

e) *Phase d'exploitation*

106. Une fois terminés les travaux de construction et une fois obtenue des pouvoirs publics l'autorisation d'exploiter l'infrastructure, commence la phase la plus longue du projet. La société de projet entreprend alors d'exploiter et

[10]Pour un examen des questions qui influent sur le montage financier, voir la Société financière internationale, *Financing Private Infrastructure* ..., p. 37.

d'entretenir l'infrastructure ainsi que d'encaisser les recettes provenant des usagers. Les conditions relatives à l'exploitation et à la maintenance de l'infrastructure, ainsi que les normes de qualité et de sécurité sont souvent prévues dans la loi et sont énoncées de manière détaillée dans l'accord de projet. En outre, un organisme réglementaire peut exercer une fonction de surveillance de l'exploitation (voir chap. VII, "Phase d'exploitation", ...).

107. Pour la société de projet, les recettes que génère l'infrastructure constituent la seule source de fonds permettant de rembourser ses dettes, d'amortir son investissement et de faire des bénéfices. Une de ses principales préoccupations, pendant la phase d'exploitation, sera donc d'éviter dans toute la mesure possible toute interruption de service et de se protéger contre les conséquences d'une telle interruption. À cet égard, les intérêts des bailleurs de fonds seront généralement analogues à ceux de la société de projet. Il sera important pour cette dernière de veiller à ce que les approvisionnements et l'apport d'énergie nécessaires à l'exploitation soient constamment assurés. Elle tiendra aussi à ce que l'exercice par l'État de ses pouvoirs de surveillance et de réglementation n'entraîne pas des troubles ou des interruptions de l'exploitation ni des coûts supplémentaires pour elle.

108. Les autorités du pays hôte auront également intérêt à garantir une continuité des services ou des approvisionnements aux utilisateurs et aux clients de l'infrastructure. Mais, en même temps, elles souhaiteront légitimement veiller à ce que l'exploitation et la maintenance de l'infrastructure soient conformes aux normes de qualité et de sécurité applicables et aux règles et conditions de fonctionnement (voir chap. VII, "Phase d'exploitation", ...). Ces points revêtiront une importance particulière pour les infrastructures destinées à un usage général (telles qu'un pont ou un tunnel) ou présentant des dangers (telles que des centrales électriques ou des réseaux de distribution de gaz). Le point de vue particulier des autorités du pays hôte, qui s'explique par le fait qu'elles sont comptables à la population, peut conduire à des conflits ou à des désaccords avec la société de projet, d'où l'importance de règles claires concernant l'exploitation de l'infrastructure et de méthodes adéquates de règlement des litiges entre les pouvoirs publics et la société de projet, qui peuvent surgir lors de cette phase (voir chap. XI, "Règlement des différends", ...).

f) *Achèvement du projet*

109. À l'exception des infrastructures dont la société de projet demeurera propriétaire, la plupart des projets d'infrastructure à financement privé sont entrepris pour une période donnée. Dans certains cas, la concession peut être prolongée; dans d'autres la loi exige que toute prolongation soit soumise à un appel d'offres (un examen plus détaillé de ces questions figure au chapitre IX, "Expiration, prorogation et dénonciation anticipée de l'accord de projet", ...). Dans certains pays, il est courant d'accorder des concessions consécutives pour la même infrastructure, et les actifs sont alors transférés directement d'un concessionnaire à l'autre.

110. Certains pays peuvent toutefois préférer se faire remettre l'infrastructure et tous les actifs et équipements qui s'y rattachent à la fin du projet CET. Ils veilleront alors à ce que des technologies modernes aient été transférées, à ce que l'infrastructure ait été bien entretenue et à ce que le personnel national ait reçu une formation adéquate pour assurer l'exploitation de l'ouvrage.

[A/CN.9/444/Add.2]

CHAPITRE PREMIER. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LA LÉGISLATION

Recommandations concernant la législation

Questions constitutionnelles

1. Il est souhaitable d'examiner les dispositions constitutionnelles existantes de façon à recenser les restrictions éventuelles à la participation du secteur privé à la mise en place et à l'exploitation d'infrastructures, les limitations concernant l'utilisation de biens publics par des entités privées et les obstacles à la propriété privée d'infrastructures (voir par. 1 à 4).

Approches législatives

2. Une législation habilitante générale pourrait être utilement complétée par des lois spéciales traitant de secteurs d'infrastructure particuliers. Lorsque de telles lois spécifiques existent déjà, il est souhaitable de les examiner afin de déterminer si elles sont applicables aux projets d'infrastructure à financement privé (voir par. 5 à 8).

Autorisation législative d'accorder des concessions

3. La loi devrait énoncer clairement que les autorités du pays hôte sont habilitées à adjuger des projets d'infrastructure au secteur privé et désigner les domaines d'activité ou les types d'infrastructures pouvant être concédés à des entités privées (voir par. 10).

4. Il est souhaitable que la loi reconnaisse à la société de projet le droit de faire payer l'utilisation de l'infrastructure ou le service ou les biens qu'elle fournit, conformément à la législation du pays et dans les conditions à préciser dans l'accord de projet. Il est également souhaitable que la loi donne aux parties le pouvoir de s'entendre sur les mécanismes de calcul et d'ajustement de ces prix (voir par. 11).

Régime juridique du projet

5. Il peut être utile d'incorporer dans une législation spéciale applicable aux projets d'infrastructure à

financement privé les droits et obligations qui auraient autrement été appliqués de manière implicite et qui sont considérés appropriés pour ces projets. L'adoption d'une législation habilitante générale peut être une occasion d'exclure l'application des règles de droit qui mettent des obstacles à l'exécution de tels projets (voir par 12 à 15).

Propriété et utilisation de l'infrastructure

6. La loi devrait autoriser l'État à transférer à la société de projet ou à mettre à sa disposition les terrains publics ou l'infrastructure existante pouvant être nécessaires à l'exécution du projet (voir par. 16 à 19).

Statut juridique des prestataires de services publics

7. Lorsque l'exploitation de l'infrastructure publique ou la fourniture de services publics est réservée à l'État, il est souhaitable que la loi autorise ce dernier à accorder à la société de projet les droits, privilèges et moyens qui sont nécessaires pour construire et exploiter l'infrastructure et fournir les services publics correspondants, en son nom propre ou en tant qu'agent des autorités du pays hôte (voir par. 20 et 21).

Coordination administrative

8. Il est souhaitable que la loi indique quels organes du pays hôte, à savoir, selon les cas, les autorités nationales, provinciales et locales, sont autorisés à accorder des concessions pour des projets d'infrastructure (voir par. 22 et 23).

9. La loi pourrait confier à un seul organe le pouvoir de recevoir les demandes de licences nécessaires pour la mise en œuvre de projets d'infrastructure, de les transmettre aux organismes compétents et de contrôler la délivrance de toutes les licences requises au moment de l'attribution du projet ainsi que les autres licences qui pourraient être introduites ultérieurement (voir par. 24 à 26).

10. La loi pourrait également autoriser les organismes compétents à délivrer des licences provisoires et stipuler un délai au-delà duquel elles sont réputées avoir été accordées à moins d'avoir été refusées par écrit (voir par. 24 à 26).

11. Dans la mesure où les autorités du pays hôte ne sont pas en mesure de prendre des dispositions comme celles qui sont mentionnées aux points 9 et 10 ci-dessus, elles souhaiteront peut-être inclure dans la loi une disposition exigeant que l'autorité délivrant la licence fasse le maximum pour aider la société de projet à obtenir les licences nécessaires (voir par. 27).

Autres domaines pertinents de la législation

12. Outre la législation touchant directement aux projets d'infrastructure à financement privé, des dispositions adéquates dans d'autres domaines du droit faciliteraient les opérations nécessaires pour exécuter les projets d'infrastructure et réduire le risque juridique perçu de l'investissement dans le pays (par exemple, loi sur la protection de l'investissement, droit de propriété, règles et procédures d'expropriation, droit de la propriété intellectuelle, droit des garanties, droit des sociétés, pratiques comptables, droit des contrats, droit de l'insolvabilité, droit fiscal, droit de l'environnement, règlement des différends) (voir par. 28 à 62).

Législation nationale et accords internationaux

13. Les autorités du pays hôte souhaiteront peut-être examiner l'opportunité d'adhérer à des accords internationaux sur la facilitation des échanges ou à des accords sur la promotion des échanges dans des industries ou des services particuliers qui auraient un impact positif sur la mise en œuvre de projets d'infrastructure à financement privé (voir par. 63 à 67).

Notes sur les recommandations concernant la législation

A. *Cadre juridique des projets d'infrastructure à financement privé*

1. *Questions constitutionnelles*

1. Le droit constitutionnel d'un certain nombre de pays énonce de façon générale que l'État a le devoir d'assurer la fourniture de services publics. Dans certains cas, les secteurs d'infrastructure et de services relevant de la responsabilité de l'État sont énumérés, tandis que dans d'autres l'identification de ces secteurs est déléguée au législateur. Selon certaines constitutions nationales, la fourniture de certains services publics est réservée exclusivement à l'État ou à des entités publiques créées spécialement à cette fin. Selon d'autres, l'État est autorisé à octroyer des concessions à des sociétés privées pour la mise en place et l'exploitation d'infrastructures et la fourniture de services publics. Dans divers pays, des limites sont imposées à la participation des étrangers dans certains secteurs, ou il est exigé que l'État participe au capital des sociétés fournissant des services publics.

2. Pour tous les pays qui souhaitent promouvoir l'investissement privé dans les infrastructures, il est important d'examiner les dispositions constitutionnelles existantes de façon à recenser les restrictions éventuelles à la mise en œuvre de projets d'infrastructure à financement privé. Dans certains pays, des projets de ce type ont été retardés en raison d'incertitudes quant à la mesure dans laquelle l'État avait le pouvoir de les adjuger. Parfois, la crainte que ces projets n'aillent à l'encontre des dispositions constitutionnelles concernant les monopoles d'État ou la fourniture de services publics a conduit à des conflits judiciaires qui ont eu un effet négatif sur la mise en œuvre des projets.

3. Une autre catégorie importante de dispositions constitutionnelles est celle qui a trait à la propriété des terrains ou des infrastructures. Dans certains pays, le droit constitutionnel comporte des limitations concernant la propriété

privée des terrains et de certains types de moyens de production. Dans d'autres, la propriété privée est reconnue, mais la Constitution déclare que toutes les infrastructures ou certains types d'infrastructures sont propriété de l'État. Les interdictions et les restrictions de cette nature pourraient faire obstacle à l'exécution de projets prévoyant l'exploitation privée, ou l'exploitation et la propriété privées, de l'infrastructure en question.

4. Quel que soit le choix des autorités du pays hôte en ce qui concerne la question de la propriété, tout pays souhaitant attirer l'investissement privé dans les infrastructures doit s'assurer que l'État est autorisé à mettre à la disposition de la société de projet les terrains ou les infrastructures existantes qui peuvent être nécessaires à l'exécution des projets envisagés. Dans certains pays, il s'est révélé nécessaire à cette fin de modifier la Constitution.

2. *Législation générale et législation propre à des secteurs particuliers*

5. Dans certains pays, le législateur a jugé bon d'adopter des lois spécifiques régissant l'exécution et l'exploitation d'un ou de plusieurs projets particuliers. Dans d'autres, où l'octroi de concessions au secteur privé pour la fourniture de services publics est une tradition bien établie, l'État est autorisé par la législation générale à confier au secteur privé toute activité exercée par le secteur public dont la valeur économique fait qu'elle peut l'être par des entités privées. Une telle législation crée un cadre permettant d'aborder de façon uniforme des questions communes aux projets à financement privé dans différents secteurs d'infrastructure. Les pays qui estiment souhaitable d'adopter une telle législation peuvent vouloir décider des questions qu'il est indiqué d'aborder à ce niveau législatif, et de celles qu'il faudrait laisser régir par une législation spécifique, des règlements ou l'accord de projet.

6. Par sa nature, la législation générale n'est pas à même, normalement, de satisfaire à toutes les exigences particulières des différents secteurs. De fait, dans plusieurs pays, la fourniture de certains services publics est soumise à une législation spéciale applicable à des secteurs d'infrastructure particuliers (par exemple, les télécommunications, la production et la distribution d'électricité, les transports routiers et ferroviaires). L'un des arguments en faveur d'une législation spécifique, même dans les pays qui ont adopté une législation habilitante générale abordant les questions intersectorielles, est qu'elle permet au législateur, lorsqu'il conçoit des mécanismes réglementaires pour les différents secteurs d'infrastructure, de tenir compte de la structure du marché.

7. Généralement, une législation propre à un secteur expose la politique de l'État pour ce secteur, présente les mécanismes d'application de cette politique et indique les grandes règles applicables à la fourniture des services correspondants. De nombreux pays ont adopté une telle législation à des époques où une fraction importante, voire la totalité, de l'infrastructure nationale constituait des monopoles d'État. Les stratégies nationales récentes de promotion de l'investissement privé dans les infrastructures ont souvent été fondées sur les résultats d'études approfondies, qui ont analysé des questions telles que le degré de concurrence pouvant être introduit sur l'ensemble du marché ou sur certains des segments, et examiné les coûts économiques potentiels et les avantages attendus de la suppression des monopoles de droit ou de leur maintien intégral ou partiel (voir chap. II, "Structure et réglementation des secteurs", ...). Les pays souhaitant promouvoir l'investissement privé dans les infrastructures devraient peut-être revoir la législation actuelle applicable aux différents secteurs afin de déterminer si elle peut s'appliquer aux projets d'infrastructure à financement privé.

8. La législation propre à un secteur particulier peut également jouer un rôle important dans la mise en place d'un cadre pour la réglementation des différents secteurs d'infrastructure (voir chap. II, "Structure et réglementation des secteurs", ...). Des conseils en matière législative sont particulièrement utiles dans les pays qui en sont aux premiers stades de la mise en place ou de l'élaboration de capacités réglementaires nationales. Ils contribuent aussi à rassurer les prêteurs et le consortium de projet sur le fait que les responsables de la réglementation n'ont pas de pouvoir illimité dans l'exercice de leurs fonctions, mais sont liés par les paramètres prescrits par la loi. D'une manière générale, toutefois, il est souhaitable d'éviter une législation rigide ou trop détaillée, qui, dans la plupart des cas, ne serait pas adaptée à la (longue) durée des projets d'infrastructure à financement privé.

3. *Éléments d'une législation d'habilitation*

9. La mise en œuvre de projets d'infrastructure à financement privé peut demander la promulgation d'une législation ou de règlements spéciaux autorisant l'État à confier la fourniture de services publics à des entités privées ou à des entités décentralisées lui appartenant en totalité ou en partie. Outre qu'elle est parfois nécessaire pour répondre à des obligations nationales, constitutionnelles et autres, la promulgation d'une autorisation législative expresse peut contribuer dans une mesure importante à renforcer la confiance d'investisseurs potentiels du secteur privé, nationaux ou étrangers, dans une politique nationale cherchant à les attirer pour financer des infrastructures. S'il est préférable, en principe, d'éviter que la législation générale régisse les aspects particuliers des droits et obligations mutuels de la société de projet et de l'État, il peut être utile qu'elle aborde un certain nombre de questions fondamentales.

a) *Autorisation législative d'accorder des concessions*

10. Dans certains systèmes juridiques, l'État est directement responsable de la fourniture de services publics et ne peut déléguer cette fonction sans autorisation législative préalable. Pour les pays qui souhaitent attirer des investissements privés dans les infrastructures, il est donc particulièrement important que la loi énonce clairement que l'État est habilité à confier à des entités autres que des organismes publics le droit de fournir certains services publics et de les faire payer. Pour des raisons de clarté, il est souhaitable, en outre, qu'une telle législation générale

définisse les domaines d'activités dans lesquels des concessions peuvent être accordées.

11. La loi devrait également donner le pouvoir aux parties de s'entendre sur les mécanismes de calcul et d'ajustement des prix demandés, quand ils ne sont pas fixés par un organisme réglementaire. Une telle disposition générale, dans la législation habilitante, peut être particulièrement importante dans les pays où les services publics sont des monopoles d'État, ou bien lorsqu'il est prévu de faire appel à des entités privées pour fournir certains services dont le public bénéficiait jusqu'alors gratuitement. Dans certains pays, l'absence d'autorisation législative préalable a donné lieu à des conflits de droit, le pouvoir de la société de projet d'exiger le paiement d'un prix pour le service fourni étant contesté.

b) *Régime juridique des projets d'infrastructure à financement privé*

12. Dans certains pays dont le système juridique appartient à la tradition du droit romain ou est influencé par elle, la fourniture de services publics peut être régie par un ensemble de lois appelé "droit administratif", qui s'applique à de nombreuses fonctions de l'État. Il y a dans la plupart de ces pays des notions de droit administratif bien définies qui peuvent s'appliquer à certaines formes de projets d'infrastructure, telles que "concession de travaux publics", "concession de services publics" ou "délégations", "licences" ou "autorisations" pour la fourniture de certaines formes de services publics. Divers droits et obligations des parties peuvent découler de dispositions législatives, d'un précédent judiciaire ou des principes généraux du droit, selon le type de projet et la nature de l'instrument d'attribution (par exemple, accord bilatéral ou acte unilatéral).

13. Dans certains de ces systèmes juridiques, par exemple, l'État a généralement le droit, pour des motifs d'intérêt public, de révoquer des contrats administratifs ou de modifier leur portée et leurs conditions, sous réserve habituellement de l'indemnisation des entrepreneurs pour les pertes subies ou les coûts supplémentaires supportés. Il pourrait y avoir d'autres droits, comme des droits de surveillance et d'inspection étendus, ainsi que le droit d'imposer des sanctions à l'exploitant privé pour défaut d'exécution. Il y a dans certains pays des dispositions spéciales pour le règlement des différends découlant des contrats publics et il peut y avoir des limitations du droit des organismes publics de s'entendre sur des procédures non judiciaires de règlement des litiges (voir chap. XI, "Règlement des différends", ...). En même temps, certains systèmes juridiques reconnaissent certaines conditions implicites dans tous les contrats publics qui assurent un certain niveau de protection aux entrepreneurs publics, comme le droit de revoir les conditions du contrat après des changements imprévus des circonstances (voir chap. VIII, "Retards, défectuosités et autres défauts d'exécution", ...). Dans certains pays, toutefois, la capacité de l'État de révoquer ou de modifier les conditions dans lesquelles une entité privée fournit un service public pourrait être limitée aux cas où l'instrument pertinent a pris la forme d'un acte unilatéral discrétionnaire.

14. L'existence d'un régime juridique spécial applicable aux exploitants d'infrastructures et aux prestataires de services publics n'est pas limitée aux systèmes juridiques dont il vient d'être question. Dans plusieurs pays appartenant à la tradition de la *common law* ou influencés par elle, il existe des règles spéciales pour chaque type de service public (par exemple, télécommunications, chemins de fer, électricité) qui ne sont pas nécessairement toujours regroupées systématiquement dans un code plus général. Dans ces pays aussi, on a élaboré des règles particulières pour les contrats publics, en utilisant largement des formulaires et des conditions types. Ces règles spéciales donnent en général à l'État certains pouvoirs de dénonciation ou de modification, contrebalancés par l'obligation d'indemniser l'entrepreneur pour perte du fait de l'inexécution du contrat. À cet égard, une distinction importante est faite dans certaines juridictions de la *common law* entre les "franchises", qui créent des droits acquis sur l'entreprise de services publics pour qu'elle fournisse le service correspondant, et les simples "licences", qui sont des privilèges personnels pouvant généralement être révoqués par le concédant. Dans certains pays, toutefois, il est entendu que même des actes unilatéraux autorisant une entité privée à exercer une activité donnée peuvent créer des droits acquis, de sorte qu'ils ne peuvent être modifiés par l'État sans le consentement de ladite entité, à moins que la loi ou les conditions de la licence en prévoient expressément la possibilité.

15. Dans les pays où les contrats publics sont soumis à un régime spécial, il peut être souhaitable que le pouvoir législatif examine si le régime existant est approprié pour les projets d'infrastructure à financement privé et identifie les difficultés éventuelles que risque d'entraîner son application. À des fins de transparence et pour qu'il n'y ait pas de doute chez les investisseurs étrangers et nationaux potentiels, il peut être utile d'incorporer dans une législation spéciale applicable aux projets d'infrastructure à financement privé les droits et obligations qui sont implicites ou ne sont pas traités systématiquement dans le système juridique et qui sont considérés appropriés pour ces projets. L'adoption d'une législation habilitante générale peut en outre être l'occasion d'exclure l'application des règles de droit dont on considère qu'elles entravent l'exécution de tels projets.

c) *Propriété et utilisation de l'infrastructure*

16. Un certain nombre de pays ont des dispositions détaillées sur la préservation et la protection de la propriété d'État, y compris des procédures et autorisations spéciales requises pour transférer le titre de propriété correspondant à des entités privées ou accorder à des entités privées le droit d'utiliser des biens publics. Quel que soit le choix des autorités du pays hôte en ce qui concerne la propriété de l'ouvrage à construire, moderniser ou réhabiliter, il est important, pour un pays qui souhaite attirer des investissements privés dans les infrastructures, d'autoriser l'État à transférer à la société de projet ou à mettre à sa disposition, pendant une période non inférieure à la durée de l'accord de projet, tous terrains ou toute infrastructure existante nécessaires pour l'exécution du projet.

17. Le régime de propriété d'un projet particulier peut être le résultat de considérations pratiques, telles que la durée de vie opérationnelle de l'infrastructure ou l'intérêt de l'État à en conserver la propriété. En outre, dans certains projets, les parties peuvent souhaiter faire une distinction entre les biens qui doivent appartenir à l'État ou lui être restitués à la fin de la période de concession et les autres biens acquis pendant cette période par la société de projet dont elle restera propriétaire. Dans certains pays, la loi indique expressément que le titre de propriété sur tous les biens fournis au départ par les autorités du pays hôte pour la construction de l'ouvrage et sur les ouvrages et améliorations réalisés ensuite par la société de projet est confié aux autorités du pays hôte pendant toute la durée de l'accord. Dans d'autres pays, en revanche, la loi autorise le transfert du droit de propriété requis aux fins de la concession à la société de projet ou dispose que cette dernière sera propriétaire de tous les biens acquis du fait de la concession. Dans d'autres pays encore, la loi, sans autoriser le transfert du titre de propriété à la société de projet, prévoit certains autres droits réels dont elle précise la nature et la portée (par exemple, emphytéose, droit d'utilisation, usufruit, etc.).

18. Pour la société de projet, il est important, quelle que soit la forme que prennent ses droits, qu'elle ait l'assurance qu'ils reposent sur une autorité législative suffisante et seront opposables à des tiers. Les prêteurs et autres investisseurs dans le projet partageront la même préoccupation. En outre, étant donné les restrictions juridiques qui s'appliquent dans de nombreux pays à l'utilisation des biens publics par des entités privées, l'État peut avoir besoin d'une autorisation législative préalable pour permettre à la société de projet d'utiliser des biens publics supplémentaires.

19. Par conséquent, il serait peut-être souhaitable que la législation applicable précise, le cas échéant, la nature des droits de propriété qui peuvent être accordés à la société de projet, en tenant compte du type d'infrastructure concerné. En outre, il pourrait être utile que la loi autorise l'État à accorder à la société de projet le droit d'utiliser les terrains, routes et autres installations auxiliaires non liés directement au projet, qui sont nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'infrastructure, conformément aux conditions générales devant figurer dans l'accord de projet.

d) *Statut juridique des prestataires de services publics*

20. Les organismes publics ou organes d'État fournissant des services publics sont généralement investis de pouvoirs destinés à faciliter la fourniture du service et à faire en sorte que les usagers respectent et observent les règles et règlements pertinents. Il peut s'agir, par exemple, du droit de publier des règlements de sécurité ou de contrôler qu'ils sont observés, et du droit de suspendre la fourniture du service pour des motifs d'urgence ou de sécurité ou par suite de défaut ou de non-observation des règles par les usagers (voir chap. VIII, "Phase d'exploitation", ...). Ces pouvoirs découlent généralement du pouvoir général de l'État, et, dans certains systèmes juridiques, ils sont inhérents à la puissance publique.

21. Dans les pays où l'octroi de concessions pour la fourniture de services publics est une tradition bien établie, les pouvoirs nécessaires sont généralement délégués au concessionnaire par l'État. L'étendue des pouvoirs délégués est généralement définie dans l'accord de projet et une législation habilitante générale comme celle qui est examinée dans le *Guide* n'a peut-être pas besoin de la préciser. Toutefois, lorsque l'exploitation de l'infrastructure publique ou la fourniture de services publics est réservée à l'État, il est souhaitable que la loi donne à celui-ci le pouvoir d'accorder à la société de projet les droits, privilèges et moyens qui sont nécessaires pour construire et exploiter l'infrastructure et fournir les services publics correspondants, en son nom propre ou en tant qu'agent des autorités du pays hôte.

4. *Coordination administrative*

22. Selon la structure administrative du pays hôte, les projets d'infrastructure à financement privé peuvent exiger la participation de plusieurs organismes publics différents, à divers niveaux de l'État. Par exemple, les règlements régissant l'activité concernée peuvent être édictés en totalité ou en partie par un organisme public situé à un autre niveau que celui qui est chargé de fournir le service correspondant. Il se peut également que les fonctions réglementaires et opérationnelles soient regroupées dans une seule entité, mais que le pouvoir d'attribuer des marchés publics soit centralisé dans un organisme public différent. Pour les projets dans lesquels interviennent des investissements étrangers, il peut également arriver que certaines attributions particulières relèvent de la compétence de l'organisme du pays hôte qui est chargé d'approuver les propositions d'investissements étrangers.

23. Lorsqu'une législation habilitante générale est adoptée, il serait bon qu'elle indique clairement quels organismes ou niveaux de l'État sont compétents pour attribuer des projets d'infrastructure au secteur privé. Il peut être utile d'examiner l'étendue des pouvoirs dont peuvent avoir besoin des autorités autres que l'administration centrale pour exécuter des projets relevant de leur compétence. La législation générale peut prévoir elle-même les procédures à appliquer pour identifier ou hiérarchiser les projets d'infrastructure à adjuger au secteur privé, ou elle peut renvoyer aux règles qui établiront ces procédures. De la même façon, la législation peut prévoir les procédures à suivre pour la sélection du concessionnaire, ou indiquer quelles règles doivent être appliquées pour effectuer la sélection (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire").

24. Outre qu'elle permet de préciser des points relatifs au pouvoir général d'attribuer des projets dans un secteur particulier, la législation peut jouer un rôle utile en facilitant la délivrance d'autorisations et de licences qui peuvent être nécessaires dans le courant d'un projet (par exemple, autorisations dans le cadre de la réglementation des changes; licences pour l'enregistrement de la société de projet; autorisation d'employer des étrangers; droits d'enregistrement et de timbre pour l'utilisation ou la propriété de terrains; licences d'importation de matériel et de fournitures; permis de construire; permis d'installation

de câbles ou de conduites; licences pour la mise en service de l'installation; attribution de fréquences pour les communications mobiles). Les licences et autorisations nécessaires peuvent relever de la compétence de divers organes à différents niveaux de l'administration nationale et les délais nécessaires pour les obtenir peuvent être longs, en particulier lorsque les organes en question n'ont pas été associés au départ à la conception du projet ou à la négociation de ses conditions.

25. Au moment où l'accord de projet est signé, le consortium de projet aura normalement investi un temps considérable et des sommes importantes dans le projet (par exemple, pour préparer des études de faisabilité, des plans et d'autres documents techniques; préparer des dossiers d'appel d'offres et participer à la procédure d'appel d'offres; négocier l'accord de projet; conclure des accords de prêt et d'autres accords et contrats liés au projet; recruter des consultants et des conseillers). L'éventualité de ne pas obtenir les licences nécessaires pour la construction de l'installation peut dissuader des investisseurs sérieux d'entrer en lice pour l'attribution du projet. En outre, un retard dans la mise en service d'un projet d'infrastructure faute de licences risque de compromettre la viabilité financière de ce dernier ou de causer un préjudice considérable à ses promoteurs. Lorsqu'il n'est pas possible de récupérer le supplément de coût en prolongeant la période de concession, ou en relevant les tarifs ou les prix pratiqués, la société de projet peut se tourner vers les autorités du pays hôte pour réclamer un dédommagement ou une assistance. Il en résulte souvent alors une hausse du coût du projet et donc de son coût pour le public.

26. L'évaluation, à un stade précoce, des licences nécessaires pour un projet particulier peut largement contribuer à éviter des retards dans la phase de mise en œuvre. Une mesure susceptible d'améliorer la coordination dans la délivrance des licences et autorisations pourrait consister à confier à un seul organe le pouvoir de recevoir les demandes de licences, de les transmettre aux organismes compétents et de contrôler la délivrance de toutes les licences énumérées dans la sollicitation de propositions, ainsi que de toute autre licence qui pourrait être introduite par des règlements ultérieurs. La loi peut également autoriser les organismes compétents à délivrer des licences provisoires et stipuler un délai au-delà duquel elles sont réputées être accordées à moins d'avoir été refusées par écrit.

27. Dans les cas, toutefois, où les autorités du pays hôte, pour des raisons constitutionnelles ou des raisons d'organisation interne, ne sont pas en mesure d'assumer la responsabilité de la délivrance de toutes les licences ou de confier cette fonction de coordination à un organisme unique, elles pourraient alors peut-être envisager de donner quelque assurance qu'elles feront néanmoins tout leur possible pour aider la société de projet à obtenir les licences requises par le droit national, par exemple, en désignant un service ou un organisme chargé de fournir des renseignements et une aide aux consortiums de projet en ce qui concerne les licences à obtenir, ainsi que les procédures et conditions à remplir.

B. *Autres domaines pertinents de la législation*

28. En plus des questions relatives à la législation touchant directement aux projets d'infrastructure à financement privé, un cadre juridique favorable peut comporter des dispositions dans d'autres domaines législatifs. L'existence d'une législation encourageant les investissements privés dans les activités économiques attirerait de tels investissements. Les paragraphes qui suivent indiquent seulement quelques aspects d'autres domaines du droit pouvant avoir un impact sur la mise en œuvre de projets d'infrastructure[11]. L'existence de dispositions juridiques appropriées dans ces autres domaines peut faciliter un certain nombre d'opérations nécessaires pour exécuter des projets d'infrastructure et réduire le risque juridique perçu de l'investissement dans le pays.

1. *Protection des investissements*

29. Un point qui intéresse particulièrement les consortiums de projet et les prêteurs est le degré de protection accordée aux investissements dans le pays hôte. On peut renforcer la confiance des investisseurs dans le pays hôte, par exemple, en les protégeant contre une nationalisation ou une expropriation sans contrôle judiciaire ou indemnisation appropriée. Les sociétés participant à des consortiums de projet souhaiteront également savoir dans quelle mesure elles pourront, entre autres, faire venir dans le pays, sans restriction déraisonnable, le personnel qualifié nécessaire pour travailler dans le cadre du projet, importer les biens et le matériel nécessaires, avoir accès aux devises étrangères dont elles auront besoin, transférer leurs bénéfices à l'étranger ou les rapatrier.

30. Pour les pays ayant déjà une législation adéquate en matière de protection des investissements, il peut être utile d'envisager expressément d'étendre cette protection aux investissements privés dans des projets d'infrastructure.

31. Outre l'adoption d'une législation interne sur la protection des investissements, un nombre croissant de pays ont conclu des accords bilatéraux qui visent à faciliter et à protéger les flux d'investissements entre les parties contractantes. Ces accords comportent généralement des dispositions concernant l'admission et le traitement des investissements étrangers, le transfert des capitaux entre les parties contractantes (par exemple, versement de dividendes à l'étranger, rapatriement des investissements), la disponibilité de devises étrangères pour le transfert ou le rapatriement du produit des investissements, la protection contre l'expropriation et la nationalisation et le règlement des litiges relatifs aux investissements. L'existence d'un tel

[11] Pour une vue générale du cadre juridique nécessaire pour encourager l'investissement privé dans les secteurs privatisés, voir Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement, *Comparative Experiences with Privatization* (New York et Genève, 1995), p. 40 à 52. En ce qui concerne en particulier les pays en transition, voir Commission économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations Unies, *Aspects juridiques de la privatisation dans l'industrie (*New York, 1992), p. 11 à 28.

accord entre le pays hôte et le(s) pays d'origine des membres du consortium de projet peut jouer un rôle important dans la décision d'investir dans le pays hôte. Selon ses conditions, un tel accord peut réduire le besoin d'assurances ou de garanties de l'État pour des projets d'infrastructure particuliers.

32. Un accord multilatéral sur l'investissement est en cours de négociation sous les auspices de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Il traitera du règlement des litiges, de la protection des investisseurs et des investissements, de la libéralisation, de la privatisation et des monopoles, du personnel clef, des questions d'environnement et de main-d'œuvre, des obligations d'exécution, et des mesures d'incitation à l'investissement.

2. *Droit des biens*

33. Il est souhaitable que le droit des biens du pays hôte corresponde à des normes modernes acceptables et contienne des dispositions adéquates sur la propriété et l'utilisation des terrains et immeubles, ainsi que sur les biens meubles et incorporels (tels que les droits d'auteur), et permette à la société de projet d'acheter, de vendre, de transférer et d'autoriser l'utilisation des biens, selon les cas.

34. Que la société de projet soit propriétaire des terrains sur lesquels est réalisé l'ouvrage ou qu'elle ait seulement sur eux un droit d'usage, il importe que la propriété des terrains puisse être établie clairement et sans équivoque par des procédures adéquates d'enregistrement et de publicité. La société de projet et les prêteurs auront besoin d'une preuve raisonnable que la propriété des terrains ne donnera pas matière à litige. Autrement dit, ils hésiteront à engager des fonds pour le projet si les lois du pays hôte ne fournissent pas de moyens satisfaisants d'établir qui est propriétaire des terrains. Il est souhaitable également de faire en sorte que la société de projet puisse constituer une sûreté sur de tels biens, afin d'obtenir un financement pour le projet (voir chap. IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet", par. 39 à 45).

35. Il faut en outre mettre en place des mécanismes efficaces permettant de faire respecter les droits de propriété et les droits de jouissance accordés à la société de projet. Ces mécanismes devraient également s'appliquer aux servitudes dont la société de projet peut avoir besoin pour fournir les services dont il s'agit (par exemple, implantation de pylônes sur des terrains privés pour la distribution d'électricité) (voir chap. IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet, par. 13 à 16).

3. *Règles et procédures d'expropriation*

36. En général, les autorités du pays hôte se chargent de fournir les terrains nécessaires pour la réalisation du projet; elles peuvent les acheter à leurs propriétaires ou bien, s'il le faut, les acquérir par expropriation (voir chap. IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet", par. 8 à 12). De nombreux pays ont une législation régissant les procédures d'expropriation, et elle s'appliquerait à toute expropriation requise pour les projets d'infrastructure à financement privé.

37. Les procédures d'expropriation sont généralement longues et complexes. Elles peuvent aussi faire intervenir plusieurs services de différents ministères ou à différents échelons de l'État. Il peut y avoir des retards particuliers dans certains pays où l'expropriation prend la forme d'une procédure judiciaire. Les autorités du pays hôte souhaiteront donc peut-être, pour des raisons d'intérêt général, examiner les dispositions existantes en matière d'expropriation afin de déterminer si elles sont adaptées aux besoins des grands projets d'infrastructure et si elles permettent des procédures rapides et d'un bon rapport coût-efficacité, tenant dûment compte des droits des propriétaires. Il est particulièrement important de donner aux autorités du pays hôte la possibilité de prendre possession du bien le plus tôt possible, afin d'éviter des retards au démarrage et une hausse des coûts du projet (voir chap. VIII, "Retards, défectuosités et autres défauts d'exécution", ...).

4. *Droit de la propriété intellectuelle*

38. Les projets d'infrastructure à financement privé font souvent appel à des technologies nouvelles ou de pointe protégées par des brevets ou par des droits de propriété intellectuelle similaires. Ils peuvent également comporter la formulation et la soumission de solutions originales ou novatrices, qui peuvent constituer une information exclusive appartenant à celui qui les propose au titre de la protection des droits d'auteur. Les investisseurs privés, nationaux et étrangers, qui apportent une technologie nouvelle ou de pointe dans le pays ou élaborent des solutions originales, devront avoir l'assurance que leurs droits de propriété intellectuelle seront protégés et qu'ils seront en mesure de les faire valoir contre des contrefaçons.

39. L'adhésion aux accords internationaux concernant la protection et l'enregistrement des droits de propriété permet de disposer d'un cadre juridique pour la protection de la propriété intellectuelle. *[La Commission souhaitera peut-être examiner la question de savoir si une liste des principaux instruments internationaux et une brève description de leur contenu, qui pourraient être établies en consultation avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), devraient être insérées dans ce paragraphe.]*

5. *Droit des sûretés*

40. Le type et l'étendue des sûretés offertes par la société de projet ou par ses actionnaires joueront un rôle fondamental dans les arrangements contractuels relatifs au financement des projets d'infrastructure. Les dispositions relatives aux garanties peuvent être complexes et prévoir diverses formes de sûreté, par exemple, une sûreté réelle sur les avoirs matériels de la société de projet (telle que hypothèque ou nantissement), le gage d'actions de la société de projet et la cession de créances du projet. Alors que le droit applicable aux accords de prêts relève généralement de l'autonomie des parties, c'est dans la

plupart des cas la loi du pays hôte qui déterminera le type d'action en garantie pouvant être engagé contre des avoirs situés dans le pays et les recours disponibles. Les différences dans les types de garanties ou les limites des recours disponibles en vertu des lois du pays hôte peuvent être à l'origine de difficultés pratiques considérables. Il est donc important de veiller à ce que le droit interne prévoit une protection juridique suffisante aux créanciers garantis et ne fasse pas obstacle à la capacité des parties d'établir des arrangements appropriés en matière de garanties.

41. La protection juridique de base peut comporter des dispositions visant à ce qu'une sûreté réelle (par exemple, une hypothèque) puisse faire l'objet d'une inscription pour que, une fois qu'elle est inscrite sur le registre central des titres de propriété ou un autre registre public, tout acheteur du bien auquel la sûreté est attachée soit tenu de prendre ce bien compte tenu de la sûreté. En outre, la garantie devrait être opposable aux tiers, avoir le caractère d'un droit de propriété et non d'une simple obligation, et devrait habiliter la personne qui la reçoit à vendre, dans une procédure d'exécution, les avoirs pris en garantie. Les créanciers garantis devraient avoir la préférence sur les créanciers non garantis dans les procédures d'insolvabilité.

42. Un autre aspect important a trait à la souplesse donnée aux parties pour définir la ou les dettes qui sont garanties et les actifs servant de garantie. Certains systèmes juridiques laissent une grande latitude aux parties pour la définition de ces derniers. Parfois, il peut s'agir de tous les actifs d'une entreprise, ce qui permet de vendre celle-ci comme une affaire viable, et peut aider à sauver une entreprise en difficultés financières tout en augmentant les sommes pouvant être recouvrées par le créancier nanti. D'autres systèmes juridiques, en revanche, ne permettent que la constitution d'une garantie attachée à des actifs particuliers et ne reconnaissent pas les garanties portant sur la totalité des actifs du débiteur. Il peut également y avoir des limites à la capacité du débiteur de négocier des biens constitués en garantie. Étant donné ces limites et ces restrictions, il est difficile, sinon impossible, pour le débiteur de constituer des garanties sur des actifs décrits de façon générique ou sur des actifs faisant l'objet d'échanges dans le cadre de son activité habituelle.

43. Étant donné la longue durée qui caractérise les projets d'infrastructure à financement privé, les parties peuvent souhaiter être en mesure de définir à la fois la (ou les) dette(s) garantie(s) et les actifs constitués en sûreté à titre particulier ou général. Elles peuvent souhaiter également que cette garantie porte sur les actifs présents ou futurs et sur les actifs qui pourraient changer pendant la durée de la garantie. Il peut être souhaitable d'examiner les dispositions existantes sur les sûretés réelles afin d'inclure des dispositions permettant aux parties de conclure des arrangements appropriés les concernant.

44. Une autre forme fréquente de garantie, dans le cadre de certains projets d'infrastructure à financement privé, est la cession aux prêteurs du produit des contrats conclus avec les clients de la société de projet. Il peut s'agir du produit d'un contrat unique (par exemple, l'engagement d'une entité de distribution d'électricité d'acheter de l'électricité) ou bien d'un grand nombre d'opérations différentes (par exemple, le paiement mensuel de factures de gaz ou d'eau). Dans la plupart des cas, la société de projet peut difficilement indiquer dans le détail quelles créances sont cédées aux créanciers. C'est pourquoi la cession de créances dans le financement de projet prend le plus souvent la forme d'une cession globale de créances futures. La validité de la cession globale de créances et de créances futures peut toutefois, dans certains systèmes juridiques, être entachée d'une très grande incertitude.

45. Jusqu'ici, aucun régime ou modèle uniforme complet pour la formulation de lois nationales sur les garanties n'a été élaboré par des organismes intergouvernementaux internationaux. La Loi modèle sur les opérations constitutives de sûretés, préparée par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) pour aider les efforts de réforme législative dans les pays d'Europe centrale et orientale[12], pourrait remplir ce rôle. Outre des dispositions générales indiquant qui peut constituer et qui peut recevoir une sûreté réelle, et des règles générales concernant les créances assorties d'une sûreté et les biens constitués en sûreté, cette loi modèle aborde des questions telles que la constitution de sûretés réelles, les intérêts des tiers, l'exécution des garanties et les procédures d'enregistrement. Les solutions qu'elle propose visent à atteindre les objectifs examinés aux paragraphes 41 à 44 ci-dessus. *[Une description des travaux menés par la CNUDCI dans le domaine de la cession de créances pourra être insérée dans ce paragraphe, au stade approprié.]*

6. *Droit des sociétés*

46. Dans la plupart des projets comportant la mise en place d'une nouvelle infrastructure, les membres du consortium de projet établiront la société de projet en tant qu'entité juridique distincte dans le pays hôte (voir chap. IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet", ...). Il est donc important que les autorités du pays hôte aient un droit des sociétés approprié comportant des dispositions modernes sur des aspects essentiels tels que les procédures de création, l'administration des sociétés, l'émission, la vente ou le transfert d'actions, les états comptables et financiers et la protection des actionnaires minoritaires.

47. Les actionnaires de la société de projet souhaitent limiter leur responsabilité à la valeur de leur participation au capital social. S'il est prévu que la société propose des actions au public, il faudra une responsabilité limitée, car les investisseurs potentiels, en général, n'achèteront ces actions qu'à concurrence de la valeur de leur investissement et n'interviendront pas de près dans l'exploitation de la société de projet. Il est donc important que le droit du pays hôte comporte des dispositions adéquates concernant la limitation de la responsabilité des actionnaires. En outre, des dispositions appropriées régissant l'émission d'obligations, d'obligations non

[12] Banque européenne pour la reconstruction et le développement, *Loi modèle sur les opérations constitutives de sûretés* (Londres, 1994).

garanties ou d'autres titres par des sociétés commerciales permettront à la société de projet de se procurer des fonds auprès d'investisseurs sur le marché des valeurs, ce qui facilitera le financement de certains ouvrages d'infrastructure.

48. Le droit moderne des sociétés comporte souvent des dispositions spécifiques régissant la conduite des gestionnaires, de façon à prévenir les conflits d'intérêts. Les dispositions de ce type exigent que les gestionnaires agissent de bonne foi au mieux des intérêts de la société et n'utilisent pas leur position pour promouvoir leurs intérêts financiers ou ceux d'autres personnes au détriment de la société. De telles dispositions peuvent être particulièrement utiles dans le cas des projets d'infrastructure, où la société de projet peut souhaiter recruter ses propres actionnaires, à un stade ou à un autre du projet, pour l'exécution de travaux ou la fourniture de services en rapport avec le projet (voir chap. VI, "Phase de la construction", ...).

49. Il est important que la loi régisse de façon satisfaisante le processus de décision à la fois pour les réunions des actionnaires et les réunions des organes de direction de la société (par exemple, conseil d'administration ou conseil de surveillance). La protection des droits des actionnaires et en particulier la protection des actionnaires minoritaires contre les abus des actionnaires dominants ou majoritaires sont des éléments importants du droit moderne des sociétés. Il est utile de reconnaître le droit des actionnaires de régler un certain nombre d'autres questions concernant la gestion de la société de projet en concluant des accords entre eux.

7. *Pratiques comptables*

50. De nombreux pays adoptent des pratiques comptables normalisées pour pouvoir évaluer les entreprises de manière uniforme. L'application de pratiques comptables modernes et acceptables internationalement peut contribuer à assurer la négociabilité d'obligations et d'autres titres émis par la société de projet pour se procurer des fonds sur les marchés financiers internationaux. Elle peut aussi, pour la sélection du concessionnaire, faciliter l'évaluation et la comparaison des propositions et aider à déterminer celles qui sont les plus rentables sur l'ensemble de la période de concession (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 75 à 77). Des pratiques comptables normalisées sont en outre indispensables pour la vérification des bénéfices des sociétés, ce qui peut être nécessaire pour l'application de structures tarifaires et la vérification de la conformité par l'organisme réglementaire (voir chap. VII, "Phase d'exploitation", ...).

8. *Droit des contrats*

51. Il est important que le droit interne relatif aux contrats commerciaux fournisse des solutions adaptées aux besoins de la société de projet et des bailleurs de fonds, y compris la souplesse requise dans l'élaboration des contrats nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'infrastructure. Outre certains éléments essentiels d'un droit des contrats approprié, tels que la reconnaissance générale de l'autonomie des parties, la possibilité de faire exécuter par voie judiciaire les obligations contractuelles et les recours adéquats en cas de rupture du contrat, les lois du pays hôte peuvent créer un environnement favorable pour les projets d'infrastructure à financement privé en facilitant les arrangements contractuels susceptibles d'être utilisés pour ces projets.

52. Lorsqu'une nouvelle infrastructure doit être construite, la société de projet peut avoir besoin d'importer de grandes quantités de matériel et de fournitures. L'existence, dans le droit du pays hôte, de dispositions spécialement adaptées aux contrats de vente internationale réduirait l'incertitude juridique entourant ces opérations. L'adhésion à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)[a] ou à d'autres instruments internationaux traitant de contrats particuliers, tels que la Convention UNIDROIT sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988), permet de disposer d'un cadre juridique particulièrement adapté.

9. *Droit de l'insolvabilité*

53. L'insolvabilité d'un exploitant d'infrastructure ou d'un prestataire de services publics soulève un certain nombre de questions qui ont conduit certains pays à définir des règles spéciales pour faire face à cette situation, y compris des règles permettant aux autorités du pays hôte de prendre les mesures nécessaires pour assurer la continuité du projet (voir chap. IX, "Expiration, prorogation et dénonciation anticipée de l'accord de projet", ...). Les prêteurs garantis seront particulièrement intéressés par des dispositions concernant les créances privilégiées, notamment pour ce qui est de savoir si les créanciers disposant d'une sûreté peuvent exiger cette dernière malgré l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, s'ils ont la priorité pour les paiements effectués avec le produit de la sûreté et quel est le rang de leurs créances.

54. On peut penser que l'insolvabilité d'une société de projet touchera des créanciers ou des actifs situés dans plus d'un pays. Il serait donc peut-être souhaitable que le pays hôte ait des dispositions facilitant la coopération judiciaire, l'accès aux tribunaux pour les administrateurs de l'insolvabilité étrangère et la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangère. La loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale constitue un modèle approprié que peuvent utiliser les États souhaitant adopter une législation à cette fin[13].

---

[a] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.IV.3), première partie.

[13] Le texte de la Loi type a été adopté par la Commission à sa trentième session (Vienne, 12-30 mai 1997) et figure à l'annexe I du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trentième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17)).

10. *Droit fiscal*

55. Le régime fiscal général du pays hôte joue un rôle important dans les décisions d'investissement des sociétés privées. Non seulement celles-ci évaluent l'impact de la fiscalité sur les coûts du projet et la marge bénéficiaire qu'elles en attendent, mais elles examinent aussi des questions telles que la transparence générale du système fiscal, le degré de discrétion des autorités fiscales, la clarté des lignes directrices et des instructions adressées aux contribuables, l'objectivité des critères utilisés pour calculer les obligations fiscales.

56. Certains pays, en particulier des pays en développement et des pays en transition, ont eu recours à des incitations fiscales pour attirer les investissements étrangers ou pour promouvoir l'investissement dans des industries ou régions particulières. Il s'agit le plus souvent de réduction de l'impôt sur les sociétés, d'exonération d'impôt sur le revenu pour le personnel étranger nécessaire à l'exécution du projet, d'exonération de l'impôt foncier et d'un allégement fiscal sur les redevances ou droits d'importation. Il y a lieu toutefois de noter que les incitations fiscales dans le cadre d'un projet particulier, sous forme d'exonération ou de réduction de taxes particulières, de régimes spéciaux de suspension ou de déduction d'impôts, ou encore d'autres mesures *ad hoc* s'écartant du régime fiscal général, sont potentiellement discriminatoires et risquent d'être moins transparentes que des formes plus directes d'appui de l'État au projet (voir chap. V, "Appui des pouvoirs publics", par. ...). En outre, il peut être souhaitable que les gouvernements examinent les nombreuses incitations fiscales dont bénéficient les entreprises étrangères, en particulier celles qui ne sont pas limitées dans le temps et sont accordées à toutes sortes d'investissements étrangers, car leur maintien risque de désavantager de manière déloyale les investisseurs nationaux.

57. Un problème particulier, pour les projets d'infrastructure à financement privé où interviennent des investissements étrangers, est le risque d'une double imposition des sociétés étrangères participant à un consortium de projet, c'est-à-dire l'imposition des bénéfices, redevances et intérêts dans le pays d'origine et dans le pays hôte. Un certain nombre de pays ont conclu des accords bilatéraux pour éliminer ou du moins réduire les effets négatifs d'une double imposition, et l'existence de tels accords entre le pays hôte et les pays d'origine des membres du consortium joue souvent un rôle dans leurs considérations fiscales.

11. *Protection de l'environnement*

58. On peut penser que les lois sur la protection de l'environnement ont un impact direct sur la mise en œuvre des projets d'infrastructure à différents niveaux. Pour l'exercice d'un certain nombre d'activités commerciales, ces lois exigent souvent une autorisation préalable qui peut être particulièrement rigoureuse pour certains types d'infrastructures (par exemple, traitement des eaux usées, collecte des déchets). Il faut souvent des autorisations et des permis pour entreprendre des travaux de construction ou mettre en place certaines structures matérielles. Le refus d'une autorisation environnementale peut, dans certains cas, faire obstacle à l'exécution de l'ensemble du projet.

59. Il est donc souhaitable de faire preuve du maximum de clarté possible dans les dispositions concernant les tests que peuvent appliquer les responsables de la protection de l'environnement, les obligations documentaires et autres auxquelles doivent satisfaire les demandeurs, les conditions dans lesquelles les autorisations doivent être délivrées, les circonstances qui justifient le refus ou le retrait d'une autorisation et les procédures d'appel et de recours judiciaires, le cas échéant, dont disposent les demandeurs. Il peut également être indiqué de s'assurer dans la mesure du possible, avant l'attribution définitive du projet, que les conditions d'obtention de telles autorisations sont réunies (voir par. 22 à 27). Dans certains pays, des organismes publics spéciaux ou des groupes de défense peuvent avoir le droit d'engager une action en justice en vue de prévenir des atteintes à l'environnement, notamment en essayant de faire retirer une autorisation considérée comme incompatible avec les normes de protection en vigueur. Certains de ces pays ont jugé utile de faire participer des représentants du public à la procédure conduisant à la délivrance d'autorisations environnementales.

60. D'autres problèmes peuvent se poser dans le cadre du droit de l'environnement du pays hôte lorsque la société de projet reprend une infrastructure existante, en particulier si la question de la responsabilité en matière de préjudice écologique causé par une industrie du secteur public avant sa privatisation n'a pas été clarifiée. Les investisseurs privés peuvent être réticents à reprendre une infrastructure existante ou à acheter des actions dans des entreprises de services publics qui peuvent être appelées à l'avenir à verser des indemnisations ou à prendre des mesures de remise en état pour des dommages qu'elles ont causés à l'environnement avant leur privatisation. Il peut donc être souhaitable de mettre en place des mécanismes d'indemnisation des investisseurs privés pour le cas où leur responsabilité serait engagée à la suite d'atteintes à l'environnement causées pendant la période d'exploitation par l'État.

12. *Règlement des différends*

61. Un autre élément important pour la mise en œuvre de projets d'infrastructure à financement privé est le cadre juridique du pays hôte pour le règlement des différends (voir chap. XI, "Règlement des différends", ...). Les investisseurs, entrepreneurs et prêteurs peuvent être encouragés à participer à des projets dans les pays ayant un environnement juridique accueillant et internationalement acceptable pour le règlement des différends, comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)[b]. L'efficacité du système judiciaire national, la rapidité des procédures judiciaires et l'existence de formes de recours adaptées aux différends commerciaux sont des facteurs supplémentaires à prendre en considération. La

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

possibilité de reconnaître et d'exécuter des sentences arbitrales étrangères, qui sera favorisée par l'adhésion à la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)[c] est particulièrement importante.

62. L'adhésion à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 1965)[d] permet de disposer d'un cadre pour le règlement des litiges entre les autorités du pays hôte et les sociétés étrangères participant à un consortium de projet (voir chap. XI, "Règlement des différends", ...). Cette Convention, à laquelle ont adhéré jusqu'ici 139 États, a créé le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), qui fournit des services pour la conciliation et l'arbitrage des différends entre pays membres et investisseurs considérés comme nationaux d'autres pays membres. Le recours à la conciliation et à l'arbitrage du CIRDI est volontaire. Toutefois, lorsque les parties à un contrat ou à un différend ont consenti à se soumettre à un arbitrage dans le cadre de cette convention, aucune ne peut retirer unilatéralement son consentement. Aux termes de la Convention, tous les membres du CIRDI, parties ou non au différend, doivent reconnaître et appliquer les sentences arbitrales qui sont rendues. Le CIRDI est une organisation internationale autonome qui a des liens étroits avec la Banque mondiale.

C. *Législation nationale et accords internationaux*

63. Outre la législation interne du pays hôte, les accords internationaux auxquels est partie ce pays peuvent avoir un effet sur les projets d'infrastructure à financement privé. Les implications d'un certain nombre d'accords internationaux sont brièvement examinées ci-dessous.

1. Accords généraux sur la facilitation et la promotion des échanges

64. Un certain nombre d'accords multilatéraux ont été négociés pour promouvoir le libre-échange au niveau mondial, les plus notables d'entre eux sous les auspices de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), puis de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Ces accords peuvent comporter des dispositions générales sur la promotion des échanges et la facilitation des échanges de marchandises (par exemple, une clause de la nation la plus favorisée, l'interdiction de l'application de restrictions quantitatives et d'autres barrières commerciales discriminatoires) et sur la promotion de pratiques commerciales équitables (par exemple, interdiction du dumping et limites à l'utilisation de subventions). Certains accords spécifiques visent à supprimer les obstacles à la fourniture de services par des étrangers dans les États contractants ou à promouvoir la transparence et à éliminer la discrimination des fournisseurs dans les marchés publics. Ces accords peuvent être importants pour une législation nationale relative aux projets d'infrastructure à financement privé qui envisage des restrictions à la participation de sociétés étrangères aux projets d'infrastructure, ou établit des préférences pour les entités nationales ou pour l'achat de fournitures sur le marché local.

2. Accords internationaux relatifs à des industries particulières

65. Le secteur des télécommunications est régi actuellement par des engagements internationaux particuliers sur les questions de structure du marché, de concurrence et de réglementation. Dans le contexte des négociations sur les télécommunications de base conclues dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services (GATS), un certain nombre d'États membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), représentant la majorité du marché mondial des services de télécommunications, ont pris des engagements spécifiques pour faciliter les échanges de services de télécommunications. D'autres pays membres de l'OMC peuvent encore prendre des engagements spécifiques, ceux qui l'ont déjà fait peuvent proposer des améliorations à tout moment, et les nouveaux membres peuvent être priés, dans le cadre des négociations d'adhésion, d'inclure des engagements spécifiques en matière de télécommunications.

66. Il convient de noter que tous les États membres de l'OMC (même ceux qui n'ont pas pris d'engagements spécifiques en matière de télécommunications) sont liés par les règles générales du GATS sur les services, y compris les obligations spécifiques traitant du traitement de la nation la plus favorisée, de la transparence, de la réglementation, des monopoles et des pratiques commerciales. L'accord de l'OMC sur les communications ajoute des engagements propres à des secteurs et à des pays, et à l'accord global du GATS. Les engagements caractéristiques portent sur l'ouverture de divers segments du marché, parmi lesquels la téléphonie vocale, la transmission de données et les services améliorés, à la concurrence et à l'investissement étranger. Les législateurs des États membres actuels ou futurs de l'OMC assureraient ainsi que les lois du pays sur les communications sont compatibles avec le GATS et leurs engagements spécifiques en matière de télécommunications.

67. Un autre accord sectoriel important au niveau international est le Traité relatif à la Charte européenne de l'énergie conclu à Lisbonne le 17 décembre 1994 et entré en vigueur le 16 avril 1998, qui vise à promouvoir la coopération à long terme dans le domaine de l'énergie. Ce traité prévoit diverses mesures commerciales comme le développement de marchés ouverts et concurrentiels pour les matériaux et produits énergétiques, la facilitation du transit et l'accès à la technologie énergétique ainsi que son transfert. Il vise en outre à éviter les perturbations du marché et les obstacles à l'activité économique dans le secteur énergétique et encourage l'ouverture de marchés de capitaux pour stimuler les flux de capitaux afin de financer les échanges de matériaux et de produits économiques. Il

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

[d] Ibid., vol. 575, n° 8359.

contient également des règlements sur la promotion et la protection de l'investissement : conditions équitables pour les investisseurs, transferts monétaires liés aux investissements, indemnisation pour pertes dues à la guerre, aux troubles civils ou autres événements similaires, et indemnisation en cas d'expropriation.

[A/CN.9/444/Add.3]

CHAPITRE II. STRUCTURE ET RÉGLEMENTATION DES SECTEURS

Recommandations concernant la législation

Structure du marché et concurrence

1. Il est utile, au moment de concevoir un programme de promotion de l'investissement privé dans la création et l'exploitation des infrastructures, de s'interroger sur les hypothèses qui ont présidé à la création des monopoles d'État :

a) pour isoler les activités qui conservent le caractère d'un monopole naturel;

b) pour déterminer dans quelle mesure il est possible et souhaitable d'ouvrir à la concurrence d'autres secteurs ou sous-secteurs des infrastructures (voir par. 1 à 13).

Suppression des barrières légales et des obstacles juridiques

2. Ouvrir le secteur des infrastructures aux intérêts privés et à la concurrence oblige à abolir les règles qui s'opposent à l'intervention de ces intérêts ou à l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents, et à éliminer les autres obstacles juridiques qui s'opposent à la concurrence (voir par. 15 et 16).

Réaménagement du secteur des infrastructures

3. Lorsque l'on détermine la politique de la concurrence dans chaque domaine d'infrastructure, il est souhaitable d'envisager la dissociation éventuelle de la fourniture des services, d'une part, et de l'exploitation des ouvrages matériels eux-mêmes, d'autre part, et de s'interroger sur le coût de l'opération (voir par. 18 à 21).

Mesures de transition

4. Dans les cas où il n'est pas recommandé de laisser d'un seul coup libre jeu à la concurrence, la législation peut prévoir des droits exclusifs temporaires, limiter le nombre des concessionnaires ou imposer d'autres restrictions à la concurrence. La portée et la durée de ces restrictions doivent normalement être limitées au strict nécessaire. Un examen périodique peut être prévu, à l'occasion duquel on vérifie que les circonstances qui ont justifié la mise en place de ces contraintes n'ont pas disparu (voir par. 33 et 34).

5. Lorsque la réforme exige la restructuration ou la privatisation du service public en place, il est souhaitable, avant de procéder, d'abolir ou de restreindre dans leur portée ou leur durée les droits exclusifs ou le monopole du prestataire (voir par. 35).

Contrôle des monopoles résiduels

6. Quand le droit de fournir un service particulier est soumis à une restriction, il est souhaitable d'accorder les licences ou les concessions correspondantes sur concours et d'exiger qu'elles soient périodiquement remises en adjudication. Le temps qui s'écoule entre la première attribution et les adjudications suivantes doit être fonction du niveau des investissements des intéressés et des autres risques qu'ils assument (voir par. 37 et 38).

7. Il peut être utile, lorsque la chose est économiquement et techniquement faisable, de subdiviser le territoire des monopoles résiduels en régions plus petites (voir par. 40).

Conditions d'octroi des licences et d'attribution des concessions

8. Lorsque l'entrée sur le marché est libre, le rôle des autorités concédantes peut consister simplement à vérifier que les nouveaux concurrents remplissent les conditions de base fixées par la loi pour fournir les services considérés. Si le nombre des nouveaux concurrents est plafonné, il vaut mieux organiser un appel d'offres pour attribuer la licence ou les licences en jeu (voir par. 50).

Réglementation des raccordements et de l'accès aux réseaux

9. Les prestataires de services doivent avoir le droit d'utiliser l'infrastructure de l'exploitant d'un réseau à des conditions au moins aussi favorables que celles que cet exploitant accorde à ses propres services ou aux autres prestataires (par. 51 à 54).

Encadrement des prix et des marges bénéficiaires

10. En situation de monopole ou lorsque les marchés ne sont pas encore vraiment concurrentiels, il peut être souhaitable de mettre en place un encadrement des prix et des marges bénéficiaires (voir par. 55 et 56).

11. L'encadrement des prix peut se limiter aux segments non concurrentiels des marchés, les prix restant libres dans les segments concurrentiels. Il est parfois utile de ne fixer dans la législation que les grands principes de la politique des prix en laissant l'organe de tutelle compétent ou les dispositions du régime des licences et des concessions en assurer l'application effective. Il est bon de mettre en place un mécanisme de révision des barèmes de prix (par. 57).

Subventions et mission de service public

12. Lorsque les prestataires de services sont tenus d'offrir certaines prestations sans rémunération ou à perte, il peut être nécessaire de trouver d'autres modalités de rémunération directe (voir par. 62).

Normes de résultat

13. Les prestataires de services doivent être tenus de se conformer à des normes techniques et des normes de qualité qui seront exposées en détail dans les décrets d'application, les contrats de concession, les licences ou quelque autre instrument, selon le cas (voir par. 63).

Indépendance et autonomie des organismes réglementaires

14. Il est souhaitable de dissocier les fonctions réglementaires des fonctions opérationnelles en retirant au prestataire de services publics les fonctions normatives dont il pourrait encore être investi, pour les confier à un organisme juridiquement et fonctionnellement indépendant (voir par. 67 à 69).

15. Il est également souhaitable de donner à cet organisme assez d'autonomie pour qu'il puisse fonder ses décisions sur des raisons techniques plutôt que politiques (par. 70 et 71).

Compétences sectorielles des organismes réglementaires

16. Il convient de peser les avantages et les inconvénients — y compris en termes de coûts — que peut présenter la répartition des fonctions réglementaires sur une base sectorielle ou intersectorielle (voir par. 72 et 73).

Mission des organismes réglementaires

17. Il est utile que la législation mette en place un mécanisme réglementaire pour définir des objectifs généraux sur lesquels les organismes réglementaires orienteront leur action (ouverture à la concurrence, protection des intérêts des usagers, satisfaction de la demande, efficacité du secteur ou des prestataires de services publics, viabilité financière de ces prestataires, protection de l'intérêt public, obligations de service public, protection des droits des investisseurs) (voir par. 74).

Attributions des organismes réglementaires

18. La législation devrait préciser clairement si les organismes réglementaires sont habilités à prendre des décisions ou s'ils n'ont que des fonctions consultatives. Elle devrait également indiquer quelles attributions sont conférées respectivement aux autres administrations publiques et à l'organisme réglementaire considéré (voir par. 75 à 78).

Composition des organismes réglementaires

19. Lorsqu'un organisme réglementaire est constitué sous forme de commission, il peut être souhaitable que celle-ci ne comporte qu'un petit nombre de membres (voir par. 80).

20. Il n'est pas inutile de faire participer diverses institutions à la nomination des membres de la commission; il est bon que ceux-ci aient certaines qualifications professionnelles minimales et qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêts qui pourrait les disqualifier (voir par. 81).

Obligation de divulgation

21. Il peut être souhaitable que la législation explicite certaines obligations particulières qui s'imposent aux prestataires de services publics, notamment celle de fournir en temps utile à l'organisme réglementaire des informations exactes sur le fonctionnement de leur société, et qu'elle reconnaisse à cet organisme des droits précis en matière de contrôle du respect de ces obligations, par exemple, le pouvoir de procéder à des enquêtes et des audits (y compris des vérifications détaillées des résultats et des vérifications de conformité), d'imposer des sanctions aux sociétés qui refusent d'obtempérer, d'ordonner et d'enjoindre (ou au moins d'entamer une procédure d'injonction) et d'infliger des pénalités pour obliger une société en faute à fournir les renseignements requis (voir par. 84 à 86).

Procédures

22. La législation doit prévoir la publication des procédures réglementaires, qui seront objectives et claires. Elle doit également exiger que les décisions réglementaires soient motivées et mises à la disposition des parties intéressées, par voie de publication ou par quelque autre moyen (voir par. 87 et 88).

23. La fonction réglementaire peut comprendre une procédure de consultation lorsqu'elle porte sur des décisions ou des recommandations de première importance. Pour donner plus de transparence à ce processus, il peut être utile de publier ou de mettre autrement à la disposition du public les commentaires ou les recommandations émanant de ces consultations (voir par. 89).

Sanctions

24. La législation peut conférer à l'organisme réglementaire le pouvoir de faire appliquer les règlements, y compris celui de modifier une licence, une concession ou une autorisation, de la suspendre ou de l'abolir, celui de fixer les conditions contractuelles liant différents prestataires de services publics (de différer, par exemple, les accords de raccordement ou d'accès aux réseaux), celui de prendre l'initiative de fragmenter un fournisseur de services publics occupant une position dominante, celui d'émettre des injonctions à l'intention des prestataires de services publics, celui d'imposer des amendes administratives, y compris des pénalités pour retard dans l'exécution de ses décisions, ou celui d'intenter une action en justice (voir par. 94).

Appels

25. Il est souhaitable que la législation prévoie une procédure d'appel des décisions de l'organisme réglementaire. Elle peut limiter les motifs d'appel afin de prévenir les manœuvres dilatoires et les requêtes futiles (voir par. 95).

Notes sur les recommandations concernant la législation

A. *Structure du marché et concurrence*

1. Dans la plupart des pays qui se sont dotés récemment d'infrastructures nouvelles en faisant appel à l'investissement privé, les projets ainsi financés offrent non seulement une solution de remplacement au montage financier traditionnel des équipements collectifs, mais aussi un bon moyen de répondre aux besoins du pays en matière d'infrastructure. Les conditions dans lesquelles chaque projet a été réalisé ont donc été fixées dans le cadre de la politique d'ensemble que le gouvernement du pays concerné poursuivait dans le secteur dont il s'agissait. Parmi les aspects fondamentaux de cette politique nationale figurent le niveau de concurrence que l'on souhaite laisser à chaque secteur, la façon dont chacun d'eux est structuré et les mécanismes qui permettent de faire fonctionner le marché des infrastructures.

2. Les politiques nationales de promotion de l'investissement privé dans les infrastructures s'accompagnent souvent de mesures tendant à faire entrer en concurrence les prestataires de services publics ou à prévenir l'exploitation abusive des situations de monopole lorsque l'appel à la concurrence ne peut être envisagé. Il apparaît que la concurrence réduit les coûts, augmente la productivité des investissements d'infrastructure et rend le fonctionnement des services publics plus sensible aux besoins de la clientèle. Abaissant ainsi les coûts et relevant en même temps la qualité, la concurrence améliore en général le climat commercial de l'ensemble de la vie économique et, par là même, la compétitivité du pays tout entier. On a également constaté que l'intervention du secteur privé favorise le développement des techniques modernes de gestion et l'apparition de solutions innovantes. Et quand ce sont des entreprises étrangères qui interviennent, leur apport peut être d'une certaine importance en termes d'investissement étranger direct et de transfert international de compétences.

1. *Éléments de l'analyse du marché des infrastructures*

3. Le champ laissé à la concurrence varie considérablement selon les infrastructures. Si l'ouverture à la concurrence a été une réussite dans certains cas, d'autres secteurs ou sous-secteurs présentent une situation de monopole naturel, et, dans leur cas, l'ouverture est rarement une solution économiquement viable (voir par. 5 à 9). Pour analyser une situation de monopole (y compris l'existence d'une position dominante) et déterminer les perspectives qu'offre l'ouverture à la concurrence, il faut évaluer avec soin le marché dont il s'agit et tenir compte, le cas échéant, du degré d'interconnexion ou de segmentation de certains marchés. C'est ainsi que certains pays ont abordé en même temps la réforme du secteur de l'électricité et celle du secteur du gaz parce que ces deux sources d'énergie peuvent assez facilement se substituer l'une à l'autre (et donc se faire concurrence). On peut dire la même chose du secteur des transports, où plusieurs moyens de transport sont souvent en compétition : le marché du fret, par exemple, peut être celui du transport par rail, par route, par mer ou par air, selon les cas.

4. Les mesures à prendre pour ouvrir les infrastructures à la concurrence sont essentiellement déterminées par la configuration du marché déjà en place (voir par. 22 à 32). Les éléments les plus significatifs de cette configuration sont les barrières à l'entrée des concurrents (qu'elles soient économiques, juridiques, techniques ou autres), le degré d'intégration verticale ou horizontale, le nombre d'entreprises opérant sur le marché et la disponibilité de biens ou de services de substitution. Considérés ensemble, ces éléments permettent de savoir dans quelle mesure un marché est concurrentiel. Il est donc absolument indispensable de les analyser si l'on veut mettre au point une stratégie d'intervention de l'État.

2. *Politique de la concurrence et monopoles*

5. Certains gouvernements qui ont mis au point des programmes de promotion de l'investissement privé dans la création et l'exploitation d'ouvrages d'infrastructure ont trouvé utile de reprendre l'analyse des hypothèses qui avaient présidé à la création des monopoles d'État en vue, *primo*, de déterminer les activités qui conservaient le caractère d'un monopole naturel et, *secundo*, de déterminer s'il était faisable et souhaitable d'ouvrir certains secteurs à la concurrence.

6. *Stricto sensu*, un monopole est un marché à une seule offre. En fait, le monopole absolu et la concurrence parfaite sont les deux extrêmes d'un éventail de situations, et la plupart des marchés de biens et de services ont des caractéristiques qui les placent entre les deux sur l'échelle de la concurrence. D'une manière générale, les monopoles peuvent se ranger dans la catégorie des monopoles naturels, dans celle des monopoles de droit ou dans celle des monopoles de fait. Chacune de ces catégories appelle une politique différente :

a) Les monopoles naturels sont les activités économiques qui permettent à un seul fournisseur de répondre à la demande de l'ensemble du marché à un coût moindre que ne le feraient deux fournisseurs ou davantage. C'est la situation typique des activités économiques qui exigent de forts investissements et des équipements très coûteux mais dont les coûts de production par unité supplémentaire (par exemple, un mètre cube d'eau de plus pour répondre à un accroissement de la demande) vont décroissant. Un monopole naturel exige normalement de vastes mises de fonds de départ, circonstance qui rend d'autant plus difficiles à une nouvelle entreprise, qui ne peut profiter des mêmes économies d'échelle, la pénétration sur le marché et l'entrée en compétition avec le monopole en place;

b) Les monopoles de droit sont créés par la loi. Ils couvrent des secteurs d'activités qui sont ou non des monopoles naturels. Quand ils ne le sont pas, ils n'existent que parce que la concurrence est interdite. Le raisonnement qui a conduit beaucoup de pays à créer des monopoles de droit a souvent pour prémisse que les besoins du pays en matière d'infrastructures ne pourraient être convenable-

ment satisfaits, ni en termes de qualité ni en termes de quantité, si on s'en remettait entièrement au marché libre;

c) Les monopoles de fait ne sont pas nécessairement le résultat des fondamentaux économiques ou des dispositions légales. Ils n'existent que parce qu'il y a absence effective de concurrence du fait que l'entreprise dominante est intégrée et qu'elle est en mesure de maîtriser, en excluant tout autre fournisseur, les installations essentielles à sa production.

7. Du point de vue de la politique d'État, les monopoles (de quelque catégorie qu'ils relèvent) soulèvent divers problèmes. Un prestataire de services en situation de monopole est en général en mesure de fixer ses prix. Le surprofit qu'il tire de l'absence de concurrence s'appelle la "rente de monopole". Cette rente de monopole peut être considérée comme injuste puisqu'elle se traduit par un transfert de richesse du consommateur au producteur. En outre, elle peut être critiquable sur le plan de l'économie, puisque, au total, elle impose un handicap à celle-ci. Cet handicap, dit "poids mort" ou "perte sèche", s'explique par trois raisons principales :

a) La rente de monopole est tirée d'un gonflement des prix qui résulte lui-même d'une production dont la faiblesse est artificielle (inefficacité statique);

b) L'absence de concurrence réduit le rythme de l'innovation et n'encourage pas à abaisser les coûts de production (inefficacité dynamique); et

c) Il y a, surtout dans le secteur des infrastructures, des effets secondaires sur les autres marchés : ainsi, l'absence de concurrence et l'inefficacité des télécommunications ont des répercussions négatives sur l'ensemble de l'économie ou augmentent les coûts.

8. Malgré leurs inconvénients économiques, les privilèges des monopoles et autres barrières réglementaires sont parfois conservés, même quand il n'y a plus de monopole naturel. L'une des raisons invoquées dans ce cas est que le monopole peut servir les objectifs de la politique nationale, comme la mise à la disposition de certaines régions ou de certaines catégories de consommateurs de services bon marché, sinon à un coût inférieur au prix de revient. Comme exemple de services qui peuvent être fournis à perte, on peut citer l'accès aux liaisons téléphoniques de première nécessité, les services d'eau et d'électricité, les transports à tarif réduit offerts à certaines catégories de voyageurs (écoliers, personnes âgées...) et divers services destinés aux ruraux à faible revenu. Le monopole est en mesure de financer ces prestations grâce aux subventions internes que lui permettent les services bénéficiaires qu'il fournit à d'autres régions ou à d'autres catégories de consommateurs. Mais l'expérience d'un certain nombre de pays montre que ces subventions internes peuvent être coûteuses et mal ciblées. De surcroît, elles manquent en général de transparence et, échappant aux mécanismes normaux de répartition du budget, elles autorisent des dépenses que n'approuverait peut-être pas autrement l'opinion publique. Certains pays ont pu constater que d'autres politiques, par exemple, le versement direct de subventions au prestataire, assuraient plus efficacement la fourniture des services mais obligeaient à maintenir le monopole.

9. Pour expliquer le maintien des monopoles de droit qui ne sont pas des monopoles naturels, on invoque aussi la nécessité de rendre le secteur concerné plus intéressant pour l'investisseur privé. Il arrive en effet que les exploitants privés réclament l'exclusivité pour assumer la fonction dont il s'agit, ce qui leur permet de réduire le risque commercial auquel est exposé leur investissement. Mais ce souci doit être apprécié au regard des intérêts des consommateurs et de l'économie tout entière. D'autres solutions, socialement moins coûteuses, peuvent rendre la situation plus attirante pour les investisseurs : on peut, par exemple, prendre des mesures de transparence et de réduction des aléas du régime réglementaire. Dans les pays qui estiment qu'ils doivent accorder des droits exclusifs pour attirer l'investissement privé, il peut être souhaitable d'envisager de ne restreindre la concurrence que pendant un certain temps (voir chap. IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet", par. 17 à 21).

3. *La concurrence en fonction des infrastructures*

10. Jusque tout récemment, les situations de monopole dominaient dans la plupart des infrastructures, soit que celles-ci soient des monopoles naturels, soit que des obstacles réglementaires ou d'autres circonstances (par exemple, l'intégration verticale des prestataires de services publics) empêchent toute concurrence réelle. Mais l'évolution rapide des technologies a remis en question les fondamentaux économiques de beaucoup d'anciens monopoles naturels. Cette mutation a, dans bien des cas, provoqué des décalages entre la structure du marché économiquement souhaitable et la législation en vigueur. Aussi le législateur d'un certain nombre de pays a-t-il élargi la concurrence au domaine des infrastructures en abolissant les monopoles et les autres barrières à l'entrée du marché, en modifiant l'organisation des infrastructures et en mettant en place un encadrement réglementaire favorisant une compétition effective. L'étendue de ces initiatives était fonction de la nature du secteur, de la taille du marché et de plusieurs autres variables.

11. Dans le secteur, par exemple, des télécommunications, plusieurs pays ont légiféré en réponse essentiellement à une évolution rapide de la technologie. Les nouvelles techniques de la radio non seulement autorisent la téléphonie mobile, mais font de surcroît concurrence de plus en plus souvent aux réseaux câblés. D'autres innovations — les fibres optiques, la télévision par câble, la transmission de données par les lignes électriques, la couverture de la planète par les satellites, la montée en puissance des ordinateurs, la compression plus poussée des données, la convergence entre radiodiffusion et traitement des données... — ébranlent les monopoles traditionnels et bouleversent la distribution des services. Ces nouveautés et d'autres encore ont ouvert davantage les télécommunications à la concurrence et les pays sont de plus en plus nombreux à laisser le marché y jouer librement en ne limitant que l'accès aux services qui supposent l'emploi de ressources collectives rares, comme les fréquences radio.

Dans un tel contexte, il faut que les structures du marché et les règles de la concurrence soient assez souples pour pouvoir s'adapter à l'évolution des circonstances, qui imposent de plus en plus aux pouvoirs publics la neutralité technologique.

12. Dans le secteur de l'énergie, les turbines à gaz à cycle combiné et d'autres techniques permettant de produire de l'électricité à petite échelle avec un bon rendement et la fabrication de matériel de production électrique normalisé ont conduit plusieurs pays à modifier la structure monopolistique et verticalement intégrée de leur marché national. L'augmentation de la puissance des ordinateurs et l'amélioration des logiciels d'application permettent de répartir l'électricité plus facilement sur le réseau et d'organiser la mise en partage des puissances produites, ou tout autre arrangement permettant d'accéder au réseau et d'échanger de l'énergie. Comme les télécommunications, l'électricité est en voie de devenir une marchandise.

13. Dans le secteur des transports aussi, la technologie est fréquemment à l'origine de l'évolution de l'organisation interne des activités : l'apparition des conteneurs et l'adoption de techniques inédites, comme les communications par satellite qui permettent de suivre en continu les expéditions dans le monde entier, ont eu de profondes conséquences dans les transports maritimes, la gestion des ports, les transports ferroviaires et le camionnage, tout en favorisant le développement du transport multimodal. Les moyens de transport sont devenus plus rapides, meilleur marché et plus concurrentiels, les monopoles qui les dominaient souvent ont disparu.

B. *La législation et la réforme sectorielle*

14. Beaucoup de pays se sont aperçus que la pénétration des intérêts privés dans le domaine des infrastructures offrait une occasion singulièrement opportune de réexaminer la structure et l'encadrement réglementaire du marché. En général, l'action législative commence par l'abolition des règlements qui interdisent au secteur privé d'intervenir et par l'élimination dans la loi de tout ce qui fait obstacle à la concurrence. Ayant décidé d'ouvrir certaines infrastructures à la concurrence, les pays apportent ensuite des modifications à la structure du marché ou aux règles de la concurrence avant de procéder, ou tout en procédant, à l'ouverture de ces infrastructures aux entités privées[1].

1. *Suppression des barrières légales et des obstacles juridiques*

15. Les situations de monopole qui ne sont pas, ou ont cessé d'être, la résultante de conjonctures économiques et technologiques, mais sont le produit des interdictions légales, offrent au réformateur une cible de choix. L'ouverture des activités monopolistiques à la concurrence est une opération relativement simple et n'exige pas nécessairement la restructuration du monopole en place qui assure les services publics. Le principe est de faire disparaître les obstacles d'ordre juridique, opération que l'on peut accompagner en mettant en place des règles de concurrence (répression de la collusion, des cartels, des prix abusifs et d'autres pratiques commerciales déloyales) et une tutelle réglementaire (voir par. 41 à 95).

16. Pour certaines activités, cependant, on ne peut faire naître une concurrence réelle par la simple suppression des obstacles de droit. Encore faut-il légiférer pour restructurer l'activité dont il s'agit. Certains pays maintiennent les monopoles temporairement, assez longtemps pour permettre le passage progressif, ordonné et accepté sur le plan social d'une situation monopolistique à un marché concurrentiel.

2. *Réaménagement du secteur des infrastructures*

17. Même quand ni la loi ni l'économie ne font obstacle à la concurrence, une entreprise verticalement ou horizontalement intégrée qui exploite une infrastructure peut être en mesure d'empêcher toute concurrence effective. Cette entreprise peut chercher à étendre sa puissance monopoliste d'un marché ou d'un sous-marché à un autre pour tirer de ses nouvelles compétences une rente de monopole supplémentaire. Pour dissocier l'élément monopolistique (que constitue, par exemple, un réseau de distribution dans le secteur de l'électricité) des éléments concurrentiels dans un marché donné, on peut être obligé de fragmenter les activités intégrées verticalement ou horizontalement. Cette fragmentation facilite d'ailleurs la réglementation des segments monopolistiques moins complexes qui survivent. On notera qu'en cette matière l'évolution technologique offre aux responsables politiques de nouveaux procédés de fragmentation.

a) *Fragmentation verticale et horizontale*

18. La fragmentation verticale se produit lorsque les activités d'amont sont dissociées des activités d'aval : dans le secteur de l'électricité, par exemple, c'est le cas de la séparation des fonctions de production, de transport, de distribution et de fourniture de l'énergie; dans celui des chemins de fer, c'est le cas de la séparation de l'infrastructure matérielle, c'est-à-dire les voies, et des services de transport proprement dits. Le but de l'opération est normalement de mettre les ouvrages essentiels ou les installations fondamentales du réseau à part des activités commerciales soumises à la concurrence.

19. La fragmentation horizontale se produit lorsqu'une ou plusieurs des activités parallèles d'un monopole de service public se partagent entre des entreprises distinctes qui peuvent soit se concurrencer directement sur le marché (ce qui est de plus en plus fréquemment le cas pour la production d'électricité), soit conserver un monopole, mais sur un territoire plus petit (ce qui peut arriver pour la distribution d'électricité). Ce type de fragmentation peut toucher à la fois l'activité unique ou le sous-secteur, qui se trouvent démantelés (comme dans les exemples précédents),

[1] Banque mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde, 1994. Infrastructures pour le développement* (Washington, D.C., 1994); voir en particulier le chapitre III : "Soumettre les prestations d'infrastructure aux lois du marché" (p. 58 à 79).

et les entreprises de substitution, qui s'organisent séparément sur un ou plusieurs marchés (par exemple, entreprises de radiotéléphonie et de téléphonie câblée).

20. D'une manière générale, les services d'infrastructure tendent à être concurrentiels, alors que les ouvrages matériels sur lesquels ils s'appuient présentent souvent le caractère d'un monopole. En dissociant les uns des autres, beaucoup de pays se sont trouvés en position d'imposer des solutions sectorielles originales plus efficaces. La fragmentation permet d'introduire la concurrence dans des sous-secteurs qui ne sont pas des monopoles naturels. Les activités de monopole qui subsistent sont exécutées par une entreprise (par exemple, une société de chemins de fer ou une compagnie de distribution d'électricité) dont l'activité doit être réglementée parce qu'elle comprend un sous-secteur monopolistique. L'opération de fragmentation permet à l'État et à l'organe réglementaire de se doter de nouveaux outils et de nouvelles politiques à l'égard des activités concurrentielles ou des monopoles naturels.

21. Cela dit, il convient de bien analyser les coûts et les avantages de ces modifications. Pour ce qui est des coûts, il faut songer à ceux que comporte le changement lui-même (coûts de transaction et coûts de transition, y compris les pertes que la nouvelle structure fait subir aux entreprises qui voient disparaître leurs avantages ou leur position protégée) et à ceux qu'entraîne l'exploitation du nouveau système, en particulier le coût élevé de la coordination (la planification du réseau est plus compliquée, il faut imposer des normes techniques, prévoir des réglementations...). Pour ce qui est des avantages, on peut citer les apports d'investissement frais, la création de nouveaux services et l'amélioration de ceux qui existent déjà, l'élargissement des choix et la réduction des coûts économiques. Le rapport coûts-avantages dépend aussi de la manière dont le changement est conduit.

b) *Exemples récents pris dans les grands secteurs d'infrastructure*

i) Télécommunications

22. La fragmentation n'est pas si courante dans le secteur des télécommunications. Dans certains pays, les services interurbains et internationaux ont été dissociés des services locaux, la concurrence étant introduite dans les premiers et les monopoles subsistant largement dans les seconds. Dans quelques-uns, on a vu cette tendance s'inverser et les compagnies locales recevoir l'autorisation de fournir des services interurbains et les compagnies interurbaines de fournir des services locaux, le tout dans un contexte de concurrence. La règle de la liberté d'accès au réseau est couramment imposée dans le secteur des télécommunications, où, selon le schéma classique, le prestataire traditionnel du service public fonctionne en concurrence avec d'autres fournisseurs tout en conservant la maîtrise de segments essentiels du réseau.

ii) Électricité

23. Dans ce domaine, la plupart des nouvelles législations prévoient la fragmentation du secteur par dissociation des activités de production, de transport et de distribution. Parfois même, elles dissocient le service aux clients de la distribution, pour ne laisser en situation de monopole que l'activité monopolistique proprement dite, c'est-à-dire le transport par lignes électriques à l'intention du public. Dans ce cas, les compagnies qui transportent et distribuent l'électricité ne l'achètent ni ne la vendent, elles ne font que la transmettre moyennant une redevance fixée par règlement. Le commerce de l'électricité se fait entre producteurs ou revendeurs, d'une part, et usagers, d'autre part. Dans certains pays qui ont fait ce choix, la concurrence est limitée aux grands utilisateurs ou est introduite progressivement.

24. Dans les pays qui ont opté pour l'ouverture à la concurrence du secteur de l'énergie et du gaz, de nouveaux textes législatifs fixent la nouvelle organisation du marché en précisant dans quelle mesure il doit être fragmenté (en indiquant même parfois le nombre de prestataires de services publics qui doivent naître des restes du monopole démantelé), ou suppriment les barrières à l'entrée dans le secteur. Ces législations mettent aussi en place des règles de concurrence particulières régissant soit les structures (par exemple, interdiction des participations croisées entre entreprises opérant dans divers segments du même marché : production, transport et distribution, ou encore vente et distribution), soit les comportements (par exemple, accès des tiers, interdiction de la collusion ou des alliances). De nouvelles institutions ou mécanismes réglementaires ont été mis en place pour faire fonctionner ces nouveaux marchés de l'énergie : syndicats de producteurs, systèmes de répartition, organismes sectoriels de réglementation. Enfin, il a fallu amender d'autres aspects de la législation ou de la politique énergétique pour suivre cette évolution, notamment les règles concernant les marchés du pétrole, du gaz, du charbon et des autres sources d'énergie.

iii) Eau et assainissement

25. La réforme la plus couramment introduite dans les marchés de l'eau et de l'assainissement consiste en une fragmentation horizontale. Certains pays ont créé plusieurs compagnies de distribution à la place du fournisseur unique qui existait auparavant. Cette solution est particulièrement fréquente — mais on la trouve aussi ailleurs — dans les pays où existent des réseaux séparés aux interconnexions rares ou inexistantes. L'un de ses avantages est qu'elle facilite la comparaison des résultats des divers fournisseurs.

26. Ainsi, certains pays ont invité des investisseurs privés à assurer la fourniture en eau d'un service public ou à construire et à exploiter des stations d'épuration ou de dessalement. Dans cette formule de fragmentation verticale, les services privés (et les investissements par paliers qu'ils exigent) sont en général assurés sous le couvert d'un contrat conclu avec un service public et ne modifient pas fondamentalement la nature monopolistique du marché : les stations ne se font normalement pas concurrence entre elles, et, en règle générale, elles ne sont pas autorisées à éluder le service public pour desservir directement les usagers. Mais c'est une question de choix, et il y a quelques pays où ces services sont fournis dans un contexte de concurrence. Un certain nombre de pays ont ouvert à la concurrence le transport de l'eau et l'approvisionnement des distributeurs. Parfois, il existe des

marchés de l'eau actifs; ailleurs, la concurrence se limite au domaine de l'eau à valeur ajoutée — embouteillée ou transportée en camion-citerne — et à celui des puits privés.

27. Le secteur des déchets solides peut se subdiviser en divers segments, dont le ramassage, le tri, le transport, l'épandage, l'incinération (ou tout autre procédé) et le recyclage. Là encore, en dissociant des activités isolables, les autorités publiques ont pu ouvrir le secteur à la concurrence. La taille du marché est dans ce cas une considération décisive qui permet de déterminer si l'on peut introduire la concurrence et dans quelle mesure il est rationnel de procéder à la fragmentation.

iv) Transports

28. La distinction est de plus en plus nette entre infrastructures et services dans le secteur des transports. Si les premières présentent souvent un caractère de monopole naturel, les seconds sont généralement concurrentiels. Cette concurrence s'analyse non seulement dans les limites de tel ou tel moyen de transport, mais aussi du point de vue de plusieurs moyens à la fois, puisque le train, le camion, l'autocar, l'avion et le bateau sont en compétition pour charger voyageurs et marchandises.

29. Dans le domaine des chemins de fer, certains pays ont choisi de séparer la propriété et l'exploitation des infrastructures (voies, signaux, gares, etc.) des services de transport ferroviaire (voyageurs et marchandises). Dans ce système, la loi ne permet pas à celui qui exploite les voies de fournir aussi des services de transport, lesquels sont assurés par d'autres entreprises, souvent en concurrence entre elles. Dans d'autres pays, des sociétés intégrées exploitent les infrastructures et fournissent les services, mais les tiers ont accès au réseau en vertu d'une sorte de droit de circulation. Ainsi, un transporteur, société de chemins de fer ou service de transport concurrent, peut utiliser les voies sous certaines conditions, et la société qui gère les équipements ne peut lui refuser cet accès. Les obstacles qui empêchent les investisseurs et les exploitants de pénétrer dans le secteur sont également éliminés progressivement.

30. Il y a peu de temps encore, les ports étaient administrés comme des monopoles de secteur public dans beaucoup de pays. Au moment d'ouvrir le secteur, les législateurs ont eu à choisir entre diverses formules. Selon celle des ports "domaniaux", l'administration nationale des ports est responsable des infrastructures et de la coordination d'ensemble des activités portuaires. Elle ne fournit cependant pas de services aux navires ou aux chargeurs. Dans les ports principaux, c'est la même entité qui est chargée des infrastructures et des services. La concurrence entre prestataires de services (remorqueurs, débardeurs, docks) peut être plus facile à instituer et à maintenir dans le système des ports "domaniaux". Outre la concurrence qui s'établit entre fournisseurs de services qui utilisent les mêmes installations, ou entre installations en compétition dans le même port, il peut y avoir une vive concurrence entre les ports eux-mêmes. D'ailleurs, les territoires qu'ils desservent se chevauchent et les chargeurs ont souvent le choix du port d'embarquement. Dans un deuxième effort de réforme, on peut donc encourager la concurrence entre ports soit en démantelant l'administration nationale des ports, soit en renforçant les raccordements intermodaux des ports les moins importants, soit en utilisant quelque autre moyen. Beaucoup de gouvernements ont pu constater qu'ils amélioraient la qualité des services et diminuaient d'autant la nécessité d'intervenir par voie réglementaire, en favorisant la concurrence entre ports et dans les ports eux-mêmes.

31. Le régime des aéroports peut également appeler des changements, qu'il s'agisse d'autoriser les investissements privés ou d'introduire la concurrence entre aéroports ou à l'intérieur d'un même aéroport. Mais il faut alors examiner avec soin les relations qu'il y a entre l'exploitation de l'aéroport et le contrôle du trafic aérien. Pour ce qui est de la vie interne des aéroports, beaucoup de pays ont ouvert à la concurrence les services de manutention et de restauration, les services aux avions et les services aux passagers des vols commerciaux (boutiques, restaurants, parcs de stationnement, etc.). Certains pays ont confié la construction et l'exploitation d'une nouvelle aérogare dans un aéroport existant à un nouvel exploitant, provoquant ainsi la concurrence entre aérogares. Dans d'autres pays encore, les nouveaux aéroports ont été construits selon la formule CET, et ceux qui existaient déjà ont été remis entre des mains privées. Beaucoup de pays enfin ont pu constater que la libéralisation du transport aérien (et du choix des liaisons) augmentait considérablement la demande de services aéroportuaires, et donc la viabilité financière des projets de construction d'aéroports à financement privé.

3. *Mesures de transition*

32. Que leurs réformes sectorielles aient consisté à faire disparaître les barrières légales à l'entrée, à fragmenter les segments isolables d'un même marché, à prendre diverses autres mesures ou à combiner plusieurs moyens d'intervention, la plupart des gouvernements ont été très attentifs au processus lui-même. La transition d'une situation de monopole à une situation de marché doit en effet être conduite avec soin. Des considérations politiques, sociales ou autres amènent, dans certains cas, à procéder aux réformes de façon graduelle ou par paliers. Comme la technologie et d'autres forces extérieures sont en évolution constante, certains pays ont adopté en cette matière une démarche qu'ils peuvent accélérer ou modifier selon les circonstances.

a) *Élimination progressive des barrières à l'entrée*

33. Certains pays ont jugé qu'il ne fallait pas laisser d'un seul coup le champ libre à la concurrence. Leur législation a donc prévu des droits d'exclusivité temporaire, limité le nombre de prestataires de services publics ou imposé d'autres restrictions à la concurrence. L'objet et la durée de ces restrictions doivent en principe être limités au strict nécessaire (c'est-à-dire être normalement en retrait par rapport à l'objet et à la durée de la licence ou de la concession). Les restrictions quant à la durée ont pour objet de donner à l'entreprise en place assez de temps pour se préparer à la concurrence et adapter ses tarifs; les

restrictions quant à l'objet visent à donner au prestataire de services publics les incitations qui l'encourageront à investir et à élargir la gamme de ses prestations. Certaines législations disposent que la protection ou les droits exclusifs dont bénéficie le prestataire de services publics seront partiellement ou totalement abolis si l'intéressé ne se conforme pas aux prescriptions de la licence qu'il détient; ainsi, l'exclusivité de certains services expirera si le prestataire public en position dominante ne les fournit pas effectivement. D'autres pays ont prévu le réexamen périodique (par exemple, au moment de la révision des tarifs) de ces restrictions en vue de s'assurer que les conditions qui avaient présidé à leur mise en place n'ont pas cessé d'exister.

34. Les exemples fournis par le secteur des télécommunications illustrent ce type de régimes transitoires. Dans beaucoup de pays, la législation des télécommunications modernes ouvre entièrement à la concurrence la totalité ou une bonne partie des segments du marché. Le législateur a souvent préféré procéder graduellement à cette ouverture en abaissant ou en supprimant les barrières à l'entrée et les obstacles à la concurrence sur une certaine période de temps, allant en général de un à sept ans. Les pays ayant adopté cette démarche progressive ont pour la plupart commencé par libéraliser le segment des équipements terminaux (appareils téléphoniques, modems, standards téléphoniques privés) pour introduire ensuite un fournisseur concurrent, ou plusieurs, dans celui de la radiotéléphonie (téléphones cellulaires, contacteurs de poche) et libéraliser les services à valeur ajoutée (messagerie électronique, bases de données informatisées, messagerie vocale). Après quelques années, les services de téléphone interurbain et international sont à leur tour ouverts à la concurrence, mais avant les services locaux, et l'ensemble du secteur, c'est-à-dire les infrastructures et les services, est ensuite libéralisé. Cette solution a pour avantage de donner aux services publics en place le temps de s'adapter au nouveau contexte concurrentiel et, notamment, de modifier leurs tarifs pour éliminer les prestations bénéficiant de subventions internes. Les coûts de cette période de transition comprennent le temps qui s'écoule avant que les usagers puissent tirer profit de la concurrence et, éventuellement, l'affaiblissement des prestataires nationaux protégés par rapport à leurs concurrents étrangers qui opèrent dans un environnement libéralisé. De ce dernier point de vue, les premiers réformateurs ont eu plus de temps pour conduire le passage au marché concurrentiel que ceux qui se sont mis à la tâche plus tard.

b) *Restructuration et privatisation*

35. Parmi les mesures de transition, on peut citer la restructuration ou la privatisation du prestataire en place, au moins dans les pays qui disposent d'entreprises étatiques de service public. Toutes les réformes comprenant une fragmentation verticale ou horizontale exigent, par nature, la restructuration du prestataire existant. En outre, la privatisation de l'entreprise publique de service semble souvent indispensable parce qu'elle permet à cette entreprise d'entrer en concurrence de façon efficace et équitable avec les nouveaux compétiteurs privés. Si privatisation et libéralisation ne se font pas toujours dans le même ordre, d'une manière générale la libéralisation accompagne ou précède la privatisation. Certains pays ont procédé autrement et ont privatisé des entreprises en leur donnant des droits exclusifs importants, souvent en vue d'augmenter le revenu de la privatisation. Ils se sont cependant aperçus qu'il était difficile, et parfois fort coûteux, d'abolir, de restreindre ou de limiter par la suite ces droits exclusifs ou les monopoles protégeant les entreprises privées ou privatisées en place.

4. *Contrôle des monopoles résiduels*

36. Lorsque prévaut une situation de monopole naturel et qu'il n'est pas possible d'instaurer une concurrence sur le marché (c'est-à-dire entre entreprises se disputant les mêmes clients), de nombreux pays ont instauré une concurrence pour l'obtention de ce marché (voir par. 37 à 39). Une concurrence indirecte entre entreprises a également été instituée au moyen d'un système de références (voir par. 40). Parfois, les pouvoirs publics ne sont pas en mesure d'abolir les obstacles juridiques, de fragmenter des secteurs intégrés ou de prendre d'autres mesures conduisant à la création d'un secteur concurrentiel. Dans ces cas, la concurrence pour l'obtention du marché et la concurrence indirecte peuvent également permettre d'atténuer les coûts liés à la situation de monopole.

a) *Recours à des procédures de sélection par mise en concurrence*

37. Par concurrence pour le marché, on entend un processus aboutissant à la sélection, parmi plusieurs groupes mis en concurrence, d'une entreprise qui se verra accorder le droit de fournir la prestation associée à l'infrastructure (les méthodes de sélection sont évoquées au chapitre III, "Sélection du concessionnaire"). Ce mécanisme permet de réduire ou d'éliminer les rentes de monopole en invitant les entreprises sollicitées à soumettre des offres concurrentes pour obtenir ce droit. Il exige une participation du secteur privé, qui ne se fera pas nécessairement à l'exclusion de candidats du secteur public. Des collectivités locales ont, par exemple, accordé des franchises ou des concessions pour la collecte de déchets solides au service public qui en était titulaire ou à ses successeurs qui avaient remporté des appels d'offres face à des soumissionnaires privés. Dans ces cas, la menace réelle d'une irruption du secteur privé s'est traduite par une amélioration notable des résultats du secteur public.

38. Plusieurs pays ont adopté une législation imposant d'adjuger à nouveau, périodiquement, les licences et concessions exclusives (voir, ci-après, chap. IX "Expiration, prorogation et dénonciation anticipée de l'accord de projet", ...). La période séparant l'adjudication initiale des appels d'offres ultérieurs doit tenir compte du volume des investissements opérés par l'investisseur et d'autres risques encourus par ce dernier. S'agissant de licences de collecte de déchets solides n'exigeant aucun investissement lourd en capital fixe, la périodicité peut être relativement brève (de trois à cinq ans), alors que pour un contrat de distribution d'électricité ou d'eau, par exemple, il peut être souhaitable d'opter pour des périodes plus longues. Dans de nombreux pays, la remise en adjudication coïncide avec

l'échéance du contrat. Dans d'autres, une concession peut être accordée pour une longue période (quatre-vingt-dix-neuf ans) assortie de remises en adjudication périodiques (tous les dix ou quinze ans). Selon cette dernière méthode, qui a été adoptée dans quelques pays, la première remise en adjudication intervient avant que l'investisseur ait pleinement recouvré sa mise; le titulaire de la concession a donc des droits patrimoniaux qui devront être compensés s'il ne remporte pas l'appel d'offres suivant. Dans ce cas, les recettes provenant de procédures de soumission lui sont reversées en totalité ou en partie. Cette organisation périodique de nouveaux appels d'offres peut inciter fortement les prestataires de services publics à améliorer leurs résultats. Ce système, s'il peut accroître le risque à long terme encouru par les investisseurs et les bailleurs de fonds, leur offre également une précieuse possibilité de sortie.

39. Il est possible d'instaurer une concurrence pour le marché non seulement en cas de monopole naturel, mais également lorsque des contraintes de ressources (par exemple, gamme de fréquences) ou des décisions gouvernementales limitent le nombre de concessions ou de licences attribuées, créant ainsi une rente de "rareté". Si les pouvoirs publics décident de n'accorder que deux ou trois licences de réseau cellulaire, par exemple, on utilisera les mêmes mécanismes pour sélectionner le titulaire de la licence; dans ce cas, cependant, la licence n'est généralement pas génératrice d'exclusivité ou, si c'est le cas, il ne s'agit que d'une exclusivité temporaire permettant aux pouvoirs publics d'accorder d'autres licences quelques années plus tard.

b) *Division géographique des monopoles résiduels*

40. La fragmentation a permis à de nombreux gouvernements de créer les conditions d'une concurrence indirecte, dite aussi "de référence", en vertu de laquelle les concessionnaires n'entrent pas en compétition sur le même territoire, mais les organismes réglementaires sont en mesure de comparer les résultats de différentes entreprises (ayant chacune un monopole régional) et d'utiliser ces renseignements pour assurer leurs fonctions réglementaires (voir chap. VII, "Phase d'exploitation", ...). Ainsi, un organisme réglementaire responsable de plusieurs concessionnaires dans un secteur donné (dont certains peuvent être détenus et exploités par l'État) peut être mieux à même de les réglementer. Plus généralement, les organismes de réglementation peuvent utiliser les prix internationaux comme référence pour évaluer les coûts et les résultats des entreprises placées sous leur tutelle. Ces références nationales et internationales peuvent stimuler fortement, de façon indirecte, les entreprises opérant dans des secteurs monopolistiques. Il arrive même que ces prix de référence soient inclus dans des barèmes.

C. *Réglementation des services d'infrastructure*

1. *Observations générales*

41. La réglementation associe plusieurs éléments distincts, dont des règles de fond, des procédures, des instruments et des institutions. Le cadre réglementaire d'un pays et d'un secteur donnés — qui définit les droits et obligations des prestataires de services, des consommateurs, des organismes réglementaires et des pouvoirs publics — résulte de l'interaction de ces éléments. En fonction du pays et de ses traditions juridiques et politiques, ce cadre peut être établi par des traités, une Constitution, des lois, des décrets exécutifs, des règlements, des décisions d'organismes réglementaires, la jurisprudence, des licences, des concessions et d'autres contrats ou instruments.

a) *Contexte historique*

42. Dans de nombreux pays, la réglementation des infrastructures a été introduite afin de contrer les abus des prestataires monopolistiques et des cartels de prestataires de services publics qui tentaient de maximiser leurs profits en réduisant leur production et en augmentant les prix au-delà du niveau économiquement et socialement souhaitable. Les pouvoirs publics ont adopté différentes démarches pour lutter contre ces tendances monopolistes. Souvent, le prestataire monopolistique de services d'infrastructure a été constitué en entreprise d'État (ou l'est devenu suite à une nationalisation). Le fait d'être détenu par l'État ou par des municipalités était considéré en soi comme une garantie contre les abus et comme une protection des intérêts des consommateurs; la réglementation s'exerçait alors au moyen de la propriété publique. Dans d'autres pays ou secteurs, le prestataire d'infrastructure était ou restait une entreprise privée. Pour contrôler son fonctionnement et empêcher que ne s'opèrent des stratégies monopolistiques de fixation des prix et de commercialisation, les pouvoirs publics ont souvent mis en place des mécanismes réglementaires généraux (mécanismes antitrust) et sectoriels. Les premières commissions de réglementation ont été créées vers le milieu du XIXe siècle.

43. Cette évolution vers une participation plus importante du secteur privé et une concurrence accrue s'est accompagnée, ce qui l'a renforcée, d'une évolution vers une réglementation moins tatillonne des prestataires de services publics (qu'il s'agisse d'entités publiques ou privées). Conscients que les pressions politiques à court terme s'étaient souvent traduites par des obstacles à la concurrence et par d'autres interventions réglementaires qui n'allaient pas toujours dans le sens de l'intérêt général, de nombreux gouvernements ont limité (souvent sous forme contractuelle) leurs pouvoirs discrétionnaires et ont opté pour des mécanismes réglementaires autonomes et indépendants moins soumis aux pressions politiques. Ces réformes, là où elles ont été introduites avec succès, ont atténué les risques encourus par les investisseurs privés et, partant, les coûts de financement.

b) *Objectifs de la réglementation*

44. La réglementation a principalement pour objectifs de favoriser la concurrence, d'accroître la rentabilité, de pallier et de corriger, dans toute la mesure possible, les dysfonctionnements du marché et, en règle plus générale, de protéger, d'une part, les usagers contre les abus

potentiels des prestataires de services publics dominants ou monopolistiques et, d'autre part, les investisseurs contre toute éventuelle action arbitraire des pouvoirs publics. L'action réglementaire est souvent justifiée par une situation dans laquelle le marché, laissé à lui-même, ne produirait pas le résultat social souhaitable. La réglementation peut consister à contenir la puissance des monopoles (y compris des positions dominantes), mais aussi à mettre en avant des considérations liées notamment à l'environnement, à la sécurité et à la santé publique. Ces considérations ne sont généralement pas propres au secteur des infrastructures ou aux sociétés privées, mais s'inscrivent dans le cadre réglementaire global régissant l'activité économique.

45. La nature de la réglementation varie considérablement suivant les caractéristiques du secteur. Dans les monopoles naturels, elle vise essentiellement à produire le niveau socialement souhaitable de services à des prix économiques en limitant notamment les occasions, pour le prestataire de services publics, de prélever des rentes de monopole. Lorsque le secteur est globalement monopolistique, le contrôle des prix joue souvent un rôle essentiel. Lorsqu'un ou plusieurs segments de ce secteur sont monopolistiques et que les autres sont concurrentiels, il faut pouvoir veiller à ce que les concurrents puissent accéder aux segments monopolistiques.

46. Un autre facteur essentiel est la mesure dans laquelle ont été ou sont adoptées des réformes axées sur le marché. Tout changement de la structure du marché, l'introduction d'une participation du secteur privé ou d'une concurrence dans les secteurs des infrastructures exigent généralement de nouvelles règles et institutions. Dans les secteurs en transition vers une concurrence axée sur le marché, la réglementation vise essentiellement à gérer cette transition en veillant à introduire et à favoriser la concurrence. Lorsqu'un secteur ou un segment est devenu concurrentiel (comme c'est parfois le cas des services de télécommunications dans certains pays), la réglementation sectorielle peut laisser la place à un régime concurrentiel général applicable à la plupart des secteurs de l'économie. Le cadre réglementaire et institutionnel établi par le législateur tient généralement compte de ces facteurs. Une certaine souplesse est nécessaire si l'on veut pouvoir s'adapter à l'évolution de la situation.

c) *Coûts et avantages de la réglementation*

47. Réglementer des infrastructures est une tâche complexe exigeant des ressources considérables. Cette procédure est relativement nouvelle pour de nombreux pays, et des enseignements peuvent être tirés de l'expérience acquise par ceux qui ont déjà mis en œuvre des réformes analogues.

48. Il importe toutefois de bien peser les coûts et avantages d'une réglementation. Si elle peut favoriser la transition vers une économie de marché concurrentielle et protéger les consommateurs et les investisseurs, une réglementation efficace a aussi un coût. Le coût direct comprend non seulement le coût du dispositif de réglementation proprement dit, mais aussi les coûts liés à son application par les entreprises réglementées. Les coûts indirects, quant à eux, peuvent être encore plus importants. La réglementation peut créer des distorsions qui peuvent parfois être plus importantes que les dysfonctionnements du marché qu'elle est censée pallier. Cela peut s'expliquer par l'insuffisance des renseignements dont disposent les organismes de réglementation, par l'appropriation du processus de réglementation par des groupes d'intérêt, par le manque de personnel qualifié et d'expérience de l'organisme réglementaire (ce qui peut être dû, en partie, à l'insuffisance des ressources et des moyens de financement consacrés à la réglementation), par l'absence de souplesse des règles et des procédures ou par l'application de règles de fonds adoptées de façon hâtive ou obsolète. Enfin, à mesure qu'un secteur s'oriente vers une structure de marché concurrentielle la nécessité d'une réglementation spécifique disparaît.

2. *Règles de fond*

49. En matière de réglementation, les interventions peuvent être classées en deux grandes catégories : *a*) mesures prises jusqu'à l'octroi de licences ou l'attribution de concessions (réforme et législation sectorielles et gestion du processus de sélection en vue de l'attribution de licences ou de concessions); *b)* mesures réglementaires faisant suite à l'attribution desdites licences ou concessions. Les paragraphes ci-après décrivent brièvement certaines des principales questions liées à la réglementation qui se posent dans différents secteurs dans un contexte analogue, y compris la réglementation applicable à l'entrée et à la sortie des concurrents, au raccordement aux réseaux, aux prix (tarifs), aux subventions et aux services généraux, ainsi qu'à la qualité et aux résultats.

a) *Conditions d'octroi des licences et d'attribution des concessions*

50. Les règles régissant l'entrée et la sortie des concurrents forment la base de l'organisation des secteurs d'infrastructure. Ces règles peuvent permettre la libre entrée des prestataires de services dans un secteur ou un segment de ce dernier, ou peuvent limiter cette entrée à un certain nombre de prestataires déterminés par les pouvoirs publics au moyen d'un système d'attribution de licences ou de concessions. Lorsque la libre entrée est la règle, comme c'est le cas dans un nombre croissant de pays pour de nombreux services de télécommunications ou pour la production d'électricité, l'autorité qui octroie les licences peut se cantonner à vérifier que les nouveaux entrants remplissent les critères juridiques de base requis pour proposer ces services. Dans certains pays, il suffit au nouvel entrant de remplir une déclaration pour commencer à offrir ses services, à moins que l'autorité octroyant les licences n'émette une objection dans un délai donné (par exemple, un mois). Lorsque le nombre d'entrants est limité, les pouvoirs publics ont souvent l'obligation légale d'organiser un concours avant d'octroyer les licences uniques ou multiples proposées (voir également chap. III, "Sélection du concessionnaire").

b) *Réglementation des raccordements et de l'accès aux réseaux*

51. Dans les industries fonctionnant en réseau (transports ferroviaires, télécommunications, distribution d'électricité ou de gaz), le prestataire de services publics traditionnels ou dominants pourra être tenté de protéger ou de limiter l'accès de tierces parties à son réseau, qui est souvent, dans ces domaines, le segment monopoliste. Afin d'instaurer une concurrence, des règles contraignantes — éléments clefs de la réforme et de la réglementation des secteurs — régissant l'accès au réseau par les nouveaux entrants ont été introduites. Dans certains cas, ces règles ont complété les mesures de fragmentation verticale (voir par. 18 à 21). Dans d'autres, elles ont été adoptées pour stimuler la concurrence dans des secteurs qui demeuraient pleinement ou partiellement intégrés.

52. La réglementation impose généralement à l'opérateur du réseau d'y offrir l'accès à des conditions justes et non discriminatoires du point de vue tant financier que technique. Par non-discrimination, on entend que le nouvel entrant ou prestataire de services peut utiliser l'infrastructure du prestataire dominant à des conditions au moins aussi favorables que ce dernier accorde à ses propres services ou aux autres prestataires. Cependant, on constatera que de nombreux régimes d'accès aux pipelines, par exemple, n'imposent pas de conditions rigoureusement égales au transporteur et aux utilisateurs concurrents. Parfois, l'obligation d'accès peut être pondérée : elle peut, par exemple, se limiter à la capacité non utilisée ou être soumise à des conditions raisonnables (plutôt qu'égales).

53. En règle générale, les organismes réglementaires souhaiteront s'assurer que les prix d'accès sont suffisamment élevés pour inciter à investir dans l'entretien et le développement de l'infrastructure nécessaire, et suffisamment bas pour encourager la concurrence dans le secteur. L'établissement des prix d'accès se fonde généralement sur les coûts d'utilisation. Lorsque l'opérateur de réseau offre des services en concurrence avec d'autres prestataires, il peut s'avérer nécessaire de comptabiliser ses activités à part afin de déterminer le coût réel de l'utilisation, par les parties tierces, du réseau ou d'éléments de ce dernier.

54. Les conditions techniques d'accès peuvent également être déterminantes, et il peut être demandé aux prestataires de services publics dominants d'adapter leur réseau pour satisfaire aux demandes d'accès des nouveaux entrants. L'accès peut être accordé à l'ensemble du réseau ou à des éléments ou segments monopolistes de ce dernier (également appelés, parfois, installations engorgées ou essentielles). De nombreux gouvernements autorisent les prestataires de services à construire leur propre infrastructure ou à utiliser, lorsqu'elle existe, une infrastructure de substitution; dans ce cas, le prestataire de services peut n'avoir besoin d'accéder qu'à une petite partie du réseau et ne peut pas, selon de nombreuses réglementations, être contraint de payer davantage que le coût correspondant à l'utilisation de l'installation précise dont il a besoin (par exemple, circuit local de télécommunications, capacité de transmission pour la distribution d'électricité ou utilisation d'un tronçon de voie ferrée).

c) *Encadrement des prix et des marges bénéficiaires*

55. Les règles régissant les secteurs de l'infrastructure comportent, dans la plupart des pays, un encadrement des prix ou des marges bénéficiaires, ce qui se justifie, sur le plan économique, par le fait que lorsqu'une situation de monopole existe ou lorsque les marchés ne sont pas véritablement concurrentiels les prestataires de services publics dominants peuvent facturer leurs services à des prix trop élevés afin de dégager des bénéfices supplémentaires, ou (temporairement) trop faibles pour éliminer de nouveaux entrants (vente à perte). Le niveau élevé des prix et la concurrence insuffisante dans les services d'infrastructure risquent d'avoir un impact néfaste non seulement sur le secteur concerné, mais également sur l'économie nationale.

56. Les secteurs d'infrastructure se caractérisent par différentes structures de marché et offrent, en matière de fragmentation et de concurrence, différentes possibilités. De plus en plus souvent, les pays limitent la réglementation des prix aux segments non concurrentiels des marchés, tout en laissant libres les prix des segments concurrentiels. Les prix de la téléphonie cellulaire, par exemple, peuvent, dans certains pays, être laissés libres alors que les tarifs des communications locales restent, eux, réglementés. Dans les pays où les transports routiers (ou fluviaux) offrent une concurrence suffisante, le prix des transports ferroviaires peut, de même, rester libre. Lorsqu'une société offre parallèlement des services à prix réglementés et des services non réglementés, il peut être nécessaire de veiller à ce que cette société ne subventionne pas ses activités concurrentielles avec les recettes dégagées par ses activités réglementées. Pour mieux faire appliquer l'interdiction du subventionnement croisé, on recourt généralement à une comptabilité distincte ou à la création d'une ou plusieurs filiales chargées de mener les activités concurrentielles ou potentiellement concurrentielles. De surcroît, dans de nombreux pays, le plafonnement des prix ne s'applique qu'aux prestataires de services publics dominants (pour limiter leur propension à abuser de leur position dominante) et non aux nouveaux entrants.

57. De nombreux pays ont choisi de ne fixer dans leur législation que les principes généraux d'établissement des prix en laissant à l'organisme réglementaire concerné le soin de les appliquer et de définir les conditions d'octroi des licences et d'attribution des concessions. D'autres ont choisi de légiférer au moyen de barèmes. Généralement parlant, on s'efforce d'équilibrer les intérêts des usagers et ceux des investisseurs ainsi que, souvent, ceux des usagers actuels et futurs. Lorsque, par exemple, les tarifs sont maintenus trop bas, les prestataires de services publics sont lésés, les investisseurs dissuadés et les futurs usagers pénalisés, car ils auront à payer les investissements retardés. Le barème devra également être suffisamment stable et prévisible pour permettre aux prestataires de services publics et aux usagers de planifier leur activité en conséquence.

58. De nombreux projets d'infrastructure exigent d'importantes dépenses d'investissement en capital assorties de longues périodes d'amortissement. Les barèmes ne peuvent être fixés une fois pour toutes, car les techniques, les taux

de change, les salaires, la productivité et d'autres facteurs ne manqueront pas de changer de façon importante (et souvent imprévisible) au cours de ces périodes. De nombreux pays ont mis en place des mécanismes de révision des tarifs. Les révisions périodiques (tous les quatre ou cinq ans) du barème équivalent généralement à une renégociation du contrat tenant compte des intérêts des usagers et de l'économie en général, ainsi que des investisseurs et des bailleurs de fonds.

59. Les législateurs ont opté pour différents systèmes de contrôle des prix, les plus courants étant la réglementation des taux de rendement et le plafonnement des prix. De nombreux systèmes tarifaires combinent ces deux éléments. La réglementation du taux de rendement autorise les prestataires de services d'infrastructure à tirer un rendement donné de leurs investissements, généralement exprimé en pourcentage. Chaque année (ou chaque fois que l'organisme réglementaire, la société concernée ou d'autres parties intéressées estiment que les prix pratiqués génèrent trop ou trop peu de bénéfices), l'organisme réglementaire vérifie les dépenses encourues par le service public, détermine dans quelle mesure les investissements effectués par la société peuvent être inclus dans la base tarifaire et calcule les recettes qui doivent être produites pour couvrir les dépenses autorisées et atteindre le taux de rendement convenu. Les organismes réglementaires utilisent, lorsqu'ils sont disponibles, les cours du marché ajustés en fonction des risques pour déterminer le taux de rendement. Ce système nécessite d'importants volumes d'informations et de longues négociations (concernant, par exemple, les dépenses autorisées et la répartition des coûts). Il n'incite pas fortement les prestataires de services publics à améliorer leur efficacité, car les progrès qu'ils accomplissent dans ce domaine durant un exercice se traduisent par une baisse des tarifs de l'exercice suivant.

60. Dans le système de plafonnement des prix, on fixe un barème de prix pour une période donnée (quatre ou cinq ans). Les prix fixés pour chaque année peuvent fluctuer dans les limites fixées par le barème. Dans certains pays, ce barème est une moyenne pondérée de différents indices, alors que, dans d'autres, il s'agit d'un indice des prix à la consommation minorés d'un facteur de productivité. Lorsque de nouveaux investissements importants doivent être faits, le barème peut inclure un élément additionnel visant à couvrir ces dépenses supplémentaires. Le barème peut s'appliquer à tous les services offerts par la société ou à certains paniers de services seulement, et différents barèmes peuvent être utilisés pour différents paniers. Les services offerts dans un environnement concurrentiel peuvent être exclus du panier et déréglementés et la composition du panier revue de temps à autre pour tenir compte de l'évolution du marché. Cette méthode de plafonnement des prix est de plus en plus souvent adoptée depuis quelques années. Elle est plus stimulante pour les prestataires de services publics, car les gains d'efficacité réalisés peuvent être conservés jusqu'à la période d'ajustement suivante. Dans certains pays, le barème de plafonnement des prix comprend un reversement partiel des gains d'efficacité aux consommateurs. Le réajustement périodique du barème se fonde, toutefois, sur des calculs de type taux de rendement qui exigent des renseignements aussi détaillés que ceux évoqués plus haut, bien qu'à une moindre fréquence.

61. Une autre méthode de réglementation pouvant être utilisée pour fixer les prix ou, plus généralement, pour surveiller le niveau des prix est la fixation des prix par rapport à une valeur de référence, ou étalon. En comparant les prix d'un prestataire de services publics à ceux d'un autre prestataire aux normes internationales, les organismes réglementaires peuvent déterminer si les ajustements tarifaires demandés par le premier prestataire sont raisonnables ou non. Quelle que soit la méthode retenue, la complexité du mécanisme d'établissement des tarifs ne doit pas dépasser la capacité administrative des services chargés de l'appliquer, de le surveiller et de l'adapter.

d) *Subventions et mission de service public*

62. Dans de nombreux pays, la législation oblige à fournir certains services même lorsque ceux-ci doivent être offerts sans rémunération ou à perte. Comme exemples de services gratuits, on peut citer les services d'urgence (appels téléphoniques à la police, aux pompiers, aux services d'ambulance; vérification des fuites de gaz présumées ou des lignes électriques dangereuses). Les services pour lesquels le prix peut ne pas couvrir les dépenses sont notamment les services téléphoniques minimaux, les services de distribution d'eau ou d'électricité, le transport à prix réduit de certaines catégories de personnes (écoliers, retraités), ainsi que d'autres services destinés à des usagers à faible revenu ou ruraux. Les prestataires de services publics peuvent recouvrer ces dépenses ou coûts de diverses manières, y compris grâce à des subventions de l'État, par l'intermédiaire de fonds ou d'autres mécanismes officiels créés pour répartir le coût financier de ces obligations entre tous les prestataires de services publics, ou au moyen d'un subventionnement interne croisé à partir d'autres services rentables. Une distinction doit être faite entre le subventionnement croisé et la fixation de prix différenciés, en vertu de laquelle différentes catégories d'usagers paient des prix différents (en fonction, notamment, de l'élasticité de leur demande par rapport aux prix), tous les prix couvrant cependant, du moins à court terme, le coût marginal du service. En ce sens, une différenciation des prix peut être efficace et ne devrait pas être interdite. Le subventionnement direct par les pouvoirs publics ou par des fonds présente l'avantage d'être plus transparent et facile à contrôler que le subventionnement croisé.

e) *Normes de résultat*

63. Les sociétés opérant dans des secteurs réglementés doivent généralement répondre à un ensemble de normes techniques et de normes de qualité (voir chap. VIII, "Retards, défectuosités et autres défauts d'exécution", ...). Ces normes sont souvent trop détaillées pour figurer dans la législation sectorielle et peuvent être incluses dans des décrets d'application, des concessions, des licences ou d'autres instruments. Elles comprennent, par exemple, des conditions minimales de raccordement dans les secteurs fonctionnant en réseau, des normes de qualité (par exemple, pureté et pression de l'eau), des plafonds concernant

les délais de réparation ou le nombre de défauts ou de plaintes, des critères de respect des horaires pour les services de transport, de continuité de l'approvisionnement, ainsi que de respect des normes relatives à la santé, à la sûreté et à l'environnement. La législation pourra cependant imposer les principes de base qui orienteront la rédaction de normes détaillées ou exiger l'application de normes internationales.

3. *Organismes réglementaires*

64. Les dispositions législatives régissant la réglementation des secteurs d'infrastructure comprennent généralement des règles de fond et des règles institutionnelles. Elles sont établies par différents organes et sont appliquées et contrôlées par d'autres. L'expression "organismes réglementaires" renvoie aux mécanismes institutionnels nécessaires pour appliquer et contrôler les règles de fond.

65. Les organismes réglementaires sont nécessaires, car, dans le domaine de l'exploitation d'infrastructures, il est généralement souhaitable que les règles autorisent une certaine souplesse; quelqu'un doit appliquer ou mettre en œuvre les règles de fond, les interpréter, contrôler leur conformité, régler les différends découlant de leur application et imposer des sanctions. Les activités précises de réglementation et le degré de souplesse qu'elles impliquent seront déterminés par les règles en question, qui pourront varier considérablement.

a) *Éventail des mécanismes institutionnels*

66. L'éventail des mécanismes institutionnels de réglementation des secteurs d'infrastructure est très large. Tandis que de nombreux pays continuent de confier les fonctions de réglementation à des entités gouvernementales (ministères concernés ou services chargés des prix et de la concurrence), la tendance générale est à la création d'organismes réglementaires autonomes distincts des pouvoirs publics. Un même pays peut soumettre certains secteurs d'infrastructure à une réglementation autonome et indépendante en laissant d'autres secteurs sous tutelle ministérielle. Les pouvoirs réglementaires peuvent également être partagés entre un organisme réglementaire autonome et les pouvoirs publics, comme c'est souvent le cas en matière d'octroi de licences.

b) *Indépendance et autonomie des organismes réglementaires*

67. Les organismes réglementaires doivent être protégés contre toute pression inappropriée. Les décisions réglementaires doivent être prises sans aucune interférence de prestataires de services publics. C'est pourquoi, dans la plupart des pays, la législation exige l'indépendance du processus de prise de décisions réglementaires. Une indépendance et une autonomie réelles contribuent grandement à réduire les risques liés à la réglementation et, partant, à réduire le coût des services d'infrastructure.

68. L'une des conditions essentielles est de séparer les fonctions réglementaires des fonctions opérationnelles en ôtant aux prestataires de services publics toute fonction réglementaire qui pourrait encore leur échoir et en les confiant à une entité juridiquement et fonctionnellement indépendante. On peut citer comme exemple de confusion entre les fonctions réglementaires et opérationnelles le droit du prestataire de services publics en titre de certifier des équipements devant être utilisés sur son réseau ou de fixer unilatéralement des conditions de raccordement et d'accès, ou encore le droit, pour un exploitant portuaire, d'attribuer des postes d'amarrage aux navires qui arrivent.

69. Un autre critère essentiel est l'indépendance totale des organismes réglementaires vis-à-vis des entreprises dont ils assument la tutelle. Cette indépendance est souvent étayée par l'interdiction, pour le personnel de ces organismes, d'occuper des fonctions, d'accepter des cadeaux, de passer des marchés ou de nouer toute autre relation (que ce soit directement ou par l'intermédiaire de parents ou d'autres personnes) avec ces entreprises, leurs sociétés mères ou leurs filiales. Cette indépendance est une condition de la crédibilité de l'organisme réglementaire. Elle implique également que, pour éviter tout conflit d'intérêt, la réglementation doit, surtout dans les pays et les secteurs dans lesquels opèrent des entreprises publiques, s'affranchir de toute interférence des pouvoirs publics et des propriétaires des entreprises dudit secteur.

70. De cette condition en découle une autre, à savoir l'autonomie de l'organisme réglementaire vis-à-vis des pouvoirs publics. Cette autonomie peut être nécessaire si l'on veut réduire le risque que des décisions soient prises ou influencées par un organisme qui serait également propriétaire d'entreprises fonctionnant dans le secteur réglementé ou par un organisme se fondant davantage sur des critères politiques que techniques.

71. L'indépendance et l'autonomie de la fonction réglementaire ne doivent pas être considérées uniquement sur le plan institutionnel, mais également sur le plan fonctionnel, ce qui exige que les organismes réglementaires disposent des ressources financières et humaines nécessaires pour s'acquitter de leur mission avec compétence et intégrité.

c) *Compétences sectorielles des organismes réglementaires*

72. Les fonctions réglementaires peuvent être réparties sur une base sectorielle ou transsectorielle. Les pays qui ont opté pour une démarche sectorielle ont souvent décidé de lier étroitement des secteurs ou des segments de ces secteurs sous la même tutelle, comme c'est parfois le cas, par exemple, pour les télécommunications, la télévision et la radiodiffusion par câble, l'électricité et le gaz, les aéroports et les transports aériens; ou, de façon plus générale, des moyens de transport concurrents. D'autres pays ont organisé la réglementation sur une base transsectorielle avec, dans certains cas, une entité réglementaire unique pour tous les secteurs d'infrastructure, et, dans d'autres, une entité distincte pour les services publics (eau,

électricité, gaz, télécommunications) et une autre pour les transports.

73. La décision d'appliquer l'un ou l'autre modèle dépend en partie des moyens dont dispose le pays en matière de réglementation; plus ses moyens sont faibles, plus il a de raisons de réduire le nombre de structures indépendantes et de tenter de réaliser d'importantes économies. D'autres motifs peuvent justifier la création d'organismes plurisectoriels : l'identité des problèmes qui se posent dans les différents secteurs d'infrastructure et l'aptitude à tirer des enseignements de l'expérience acquise dans d'autres secteurs; la compatibilité des démarches réglementaires entre les secteurs; le champ d'application et la chronologie du programme de réforme (s'il n'est engagé que dans un secteur, l'entité sera souvent sectorielle); et la meilleure résistance exercée par des groupes d'intérêt sectoriels. L'un des inconvénients possibles des organismes transsectoriels est qu'ils risquent de ne pas favoriser le développement des connaissances spécialisées techniques (c'est-à- dire sectorielles).

d) *Mission des organismes réglementaires*

74. La loi instituant un mécanisme réglementaire énonce souvent plusieurs objectifs généraux qui devraient orienter l'action des organismes réglementaires (promotion de la concurrence, protection des intérêts des usagers, satisfaction de la demande, efficacité du secteur ou des prestataires de services publics, viabilité financière, protection de l'intérêt général ou de la mission de service public et protection des droits des investisseurs). Le fait d'avoir un ou deux objectifs principaux aide à clarifier la mission des organismes réglementaires et à fixer des priorités entre des objectifs parfois conflictuels. Doté d'une mission clairement définie, un organisme réglementaire a davantage d'autonomie et de crédibilité.

e) *Attributions des organismes réglementaires*

75. Les organismes réglementaires peuvent être habilités à prendre des décisions, jouer un rôle de conseil ou n'avoir que des fonctions purement consultatives, voire combiner ces différentes attributions en fonction de l'objet de la réglementation. Dans certains pays, le législateur a décidé de donner à l'organisme réglementaire, dans un premier temps, des attributions limitées qu'il a étendues par la suite à mesure que l'organisme réglementaire faisait la preuve de son indépendance et de son professionnalisme. La législation spécifie souvent les attributions qui échoient respectivement aux pouvoirs publics et à l'organisme réglementaire. Il importe, à cet égard, que la situation soit claire pour éviter tout conflit ou confusion inutile. Les investisseurs ainsi que les consommateurs et les autres parties intéressées doivent savoir à qui adresser leurs différentes requêtes, demandes ou plaintes.

76. L'octroi de licences à des prestataires de services publics, par exemple, est un processus qui associe, dans de nombreux pays, les pouvoirs publics et l'organisme réglementaire. Lorsque la décision d'adjuger un projet nécessite de porter un jugement global de nature plus politique que technique, ce qui est souvent le cas dans le contexte d'une privatisation d'infrastructure, la décision finale revient souvent aux pouvoirs publics. Lorsque, toutefois, les critères d'adjudication sont plus techniques, comme cela peut être le cas dans un système libéral d'octroi de licences pour des services de production d'électricité ou de télécommunications, de nombreux pays confient à un organisme réglementaire indépendant le soin de prendre la décision. Dans d'autres cas, il peut être fait obligation aux pouvoirs publics de demander l'opinion de l'organisme réglementaire avant d'octroyer la licence. Certains pays, en revanche, excluent toute participation directe des organismes réglementaires au processus d'octroi de licences au motif que cette participation pourrait influencer la manière dont ils réglementeront ultérieurement l'utilisation de ces licences.

77. La compétence des organismes réglementaires s'étend généralement à toutes les entreprises opérant dans les secteurs dont elles assurent la tutelle, sans qu'aucune distinction ne soit établie entre entreprises privées et publiques. Certaines fonctions ou certains instruments réglementaires peuvent ne s'appliquer, aux termes de la législation, qu'aux prestataires de services publics dominants du secteur; un organisme réglementaire peut, par exemple, n'avoir des attributions en matière de politique des prix que vis-à-vis du prestataire de services publics en titre ou dominant, alors que les nouveaux entrants peuvent fixer librement leurs prix.

78. Les questions sur lesquelles les organismes réglementaires doivent se prononcer sont variées : fonctions normatives (règles d'octroi de licences, conditions d'homologation des équipements), octroi de licences, attribution de concessions ou d'autorisations; modification de ces instruments; approbation de marchés proposés ou de décisions adoptés par des entités sous tutelle (calendrier ou contrat d'accès à un réseau); définition et contrôle d'une obligation de fournir certains services; surveillance des prestataires de services publics (notamment respect des conditions énoncées dans les licences, des normes et des objectifs de résultat); fixation ou ajustement des tarifs; contrôle des subventions, exemptions ou autres avantages susceptibles de fausser la concurrence dans le secteur; sanctions; et règlement des différends.

f) *Composition et effectifs des organismes réglementaires*

79. La confiance des investisseurs et du public dans le professionnalisme, la compétence, l'efficacité et l'intégrité de l'entité réglementaire dépend dans une large mesure de la nature de cette dernière. La façon dont les organismes réglementaires sont créés et leurs membres désignés, ainsi que les qualifications et l'expérience de ces derniers et les règles qu'ils appliquent sont à cet égard essentielles.

80. Lorsqu'ils ont créé un organisme réglementaire, quelques pays ont opté pour la solution de l'administrateur unique, tandis que la plupart des autres ont préféré opter pour une commission. Une commission peut offrir de meilleures garanties contre toute influence ou pression excessive et peut limiter le risque de prise irréfléchie de décisions réglementaires. Un organisme composé d'une personne peut, en revanche, prendre des décisions plus

rapidement et peut être davantage responsabilisé. Pour améliorer la gestion du processus de prise de décisions dans une commission réglementaire, le nombre de membres est souvent limité (généralement à trois ou cinq). On évite souvent les nombres pairs pour prévenir tout blocage, même si le président dispose, bien entendu, d'une voie prépondérante.

81. Pour renforcer l'autonomie de l'organisme réglementaire, il peut être utile d'associer au processus de désignation diverses institutions; dans certains pays, les organismes réglementaires sont désignés par le chef de l'État sur la base d'une liste soumise par le Parlement; dans d'autres, le pouvoir exécutif désigne l'organisme réglementaire sous réserve de confirmation par le Parlement ou sur la base de propositions soumises par le Parlement, par des associations d'usagers ou par d'autres organismes. Certaines qualifications professionnelles minimales sont souvent requises des organismes réglementaires ainsi que l'absence de conflits d'intérêt qui risqueraient de les disqualifier. Les mandats des membres des commissions réglementaires peuvent être échelonnés afin de prévenir toute rotation globale et d'empêcher que tous les membres ne soient désignés par la même administration; cet échelonnement favorise également la continuité dans la prise de décisions. Les mandats sont souvent confiés pour une durée déterminée, peuvent être non renouvelables et ne peuvent être résiliés de façon anticipée que pour certaines raisons (condamnation pénale, incapacité mentale, négligence grave ou manquement au devoir). Certaines exigences s'appliquent à l'ensemble du personnel de l'entité réglementaire. De nombreuses législations accordent à ce personnel un régime privilégié, y compris des barèmes de rémunération satisfaisants, afin d'attirer les candidats qualifiés et de limiter le risque de corruption. Les organismes réglementaires ont souvent affaire à des juristes et à des comptables expérimentés ainsi qu'à d'autres experts travaillant pour l'industrie soumise à réglementation. Ils doivent donc pouvoir acquérir le même niveau de spécialisation, de compétence et de professionnalisme soit grâce à une formation interne, soit en louant les services de conseillers extérieurs, selon le cas. Ils sont souvent autorisés à déléguer à des experts extérieurs certaines tâches réglementaires, à l'exception, toutefois, de la décision réglementaire finale.

g) *Budget de l'organisme réglementaire*

82. Des effectifs suffisants, des niveaux de rémunération satisfaisants, un budget permettant de louer des services d'experts extérieurs et de dispenser des formations, ainsi que des sources de financement stables sont autant d'éléments indispensables au bon fonctionnement de l'organisme réglementaire. Dans de nombreux pays, le budget de l'organisme réglementaire est financé par les droits et autres contributions versées par les entreprises réglementées. Les droits peuvent correspondre à un pourcentage du chiffre d'affaires de ces entreprises ou être perçus lors de l'octroi de licences, de concessions ou d'autres autorisations. Dans certains pays, le budget de cette entité est complété, s'il y a lieu, par des transferts budgétaires prévus dans la loi de finance annuelle, ce qui crée un élément d'incertitude susceptible de réduire l'autonomie de l'organisme réglementaire.

4. *Réglementation : mécanisme et procédures*

83. Tout cadre réglementaire comprend des règles de procédure régissant la façon dont les institutions chargées des diverses fonctions réglementaires doivent s'acquitter de leur mandat.

a) *Obligation de divulgation*

84. Pour permettre aux organismes réglementaires de mener à bien leur tâche, la législation impose généralement aux entreprises placées sous leur tutelle certaines obligations, dont celle de leur fournir des renseignements précis et opportuns sur leur fonctionnement. Elle confère par ailleurs aux organismes réglementaires des droits spécifiques leur permettant de faire respecter ces obligations, notamment les suivants : procéder à des enquêtes et à des audits, y compris à une vérification détaillée des résultats et à des enquêtes de conformité; imposer des sanctions aux sociétés qui refusent d'obtempérer; ordonner et enjoindre (ou au moins entamer une procédure d'injonction), et infliger des pénalités pour contraindre les sociétés fautives à fournir les renseignements requis.

85. Les entreprises sous tutelle ont généralement l'obligation de tenir à jour et de communiquer leurs comptes et états financiers et de tenir une comptabilité détaillée permettant à l'organisme réglementaire de suivre différents aspects de leur activité. Il peut aussi être nécessaire de surveiller de près les transactions financières entre les sociétés et leurs filiales, car les sociétés peuvent tenter de transférer des bénéfices vers des entreprises non réglementées ou vers des filiales étrangères. Il peut également être fait obligation aux sociétés sous tutelle de rendre compte dans le détail de leurs moyens techniques et de leurs résultats. Ces sociétés seront cependant toujours mieux au fait de la répartition de leurs coûts que les organismes réglementaires et communiqueront les renseignements qu'elles ont l'obligation de fournir de la manière la plus favorable à leurs intérêts.

86. L'une des méthodes permettant de pallier cette asymétrie fondamentale de l'information consiste à favoriser la concurrence dans le secteur d'infrastructure concerné. L'un des avantages de cette concurrence est qu'elle permet à l'organisme réglementaire de disposer d'observations et de points de référence multiples qui lui permettront de déterminer si les propositions ou positions d'une société sous tutelle sont raisonnables et vont dans le sens de l'intérêt général. Les renseignements financiers ou techniques fournis par les concurrents peuvent, par exemple, permettre à l'organisme réglementaire de rejeter des augmentations de prix fondées sur des coûts supérieurs à la norme applicable à l'industrie en question (voir chap. VIII, "Phase d'exploitation, ...").

b) *Procédures*

87. La crédibilité du processus réglementaire exige transparence et objectivité, que la fonction réglementaire soit exercée par un ministère ou par un organisme réglementaire autonome. Les règles et procédures doivent être

objectives et claires, de façon à garantir l'équité et l'impartialité des décisions. Pour plus de transparence, la législation devrait exiger leur publication. Les décisions réglementaires devraient être motivées et communiquées aux parties intéressées par voie de publication ou par quelque autre moyen que ce soit.

88. La transparence pourra être renforcée, ainsi que l'exigent certaines législations, par la publication, par l'organisme réglementaire, d'un rapport annuel concernant notamment le secteur, les décisions prises au cours de l'exercice, les différends survenus et la façon dont ils ont été réglés. Ce rapport annuel pourra également reprendre les comptes de l'organisme réglementaire ainsi qu'un audit de ces comptes par un vérificateur indépendant. La législation de nombreux pays exige en outre que ce rapport annuel soit soumis à une commission parlementaire.

89. Les décisions réglementaires peuvent avoir une incidence sur les intérêts de différents groupes, y compris sur le prestataire de services publics concerné, ses concurrents existants ou potentiels, ainsi que les usagers commerciaux ou privés. Dans de nombreux pays, la fonction réglementaire (quelle soit dévolue à un organisme ou à un ministère) peut comprendre une procédure de consultation pour les décisions ou recommandations les plus importantes. Cette consultation prend parfois la forme d'auditions publiques, parfois celle de documents de consultation sur lesquels les groupes intéressés sont invités à s'exprimer. Certains pays ont également créé des organes consultatifs composés d'usagers et d'autres parties concernées et exigent que leur avis soit sollicité lorsque sont adoptées des décisions et des recommandations importantes. Pour donner plus de transparence à ce processus, il peut être utile de publier ou de mettre autrement à la disposition du public les commentaires ou les recommandations résultant de ces consultations.

c) *Règlement des différends*

90. L'offre de services d'infrastructure peut donner lieu à un grand nombre de désaccords ou de litiges relevant, pour la plupart, de la compétence des tribunaux; ce serait le cas de différends survenant entre des prestataires de services publics et leurs fournisseurs et employés. Il en va de même des différends survenant entre des prestataires de services publics et des usagers, bien que les consommateurs (ou associations de consommateurs) puissent souvent, en outre, porter plainte auprès de l'organisme réglementaire. La plupart des principaux différends que devra régler l'organisme réglementaire surviendront probablement entre des prestataires de services d'infrastructure (par exemple, procédures relatives à l'accès ou au raccordement à des réseaux).

91. Un autre type de conflit susceptible de survenir entre les entreprises sous tutelle et l'organisme réglementaire ou les pouvoirs publics concerne la modification d'une licence ou d'un barème. Ces conflits sont souvent traités par l'organisme réglementaire et peuvent faire l'objet d'un appel.

92. Par ailleurs, la législation sectorielle, les traités de protection des investissements et les dispositions des licences ou contrats accordent souvent aux pouvoirs publics et à l'entité concernée le droit de recourir à un arbitrage commercial international lorsqu'ils estiment qu'il y a rupture de contrat (voir chap. XI , "Règlement des différends" ...).

93. Étant donné que ces différends risquent de compromettre le bon fonctionnement de l'entreprise concernée et compte tenu de la nature publique de la plupart des services d'infrastructure, de nombreuses législations (et dispositions des licences ou des contrats) prévoient des mécanismes permettant de régler rapidement les désaccords sans recourir ni aux tribunaux ni à l'organisme réglementaire ni à une instance d'arbitrage. Il pourra s'agir d'une expertise technique, d'une vérification ou d'une homologation par une tierce partie indépendante, ainsi que de groupes ou de mécanismes de conciliation.

d) *Sanctions*

94. Dans de nombreux pays, la législation confère aux organismes réglementaires le pouvoir de faire appliquer les règlements. Ils peuvent, par exemple, modifier une licence, une concession ou une autorisation, la suspendre ou l'abolir; fixer les conditions contractuelles liant les différents prestataires de services publics (par exemple, les accords de raccordement ou d'accès aux réseaux); prendre l'initiative de fragmenter un prestataire de services publics occupant une position dominante; émettre des injonctions et des ordres à l'intention des prestataires de services publics; imposer des amendes administratives, y compris des pénalités pour retard dans l'exécution de ses décisions, et intenter des poursuites pénales ou autres.

e) *Appels*

95. Les législations prévoient souvent des procédures d'appel contre les décisions d'un organisme réglementaire. Elles limitent cependant souvent les motifs d'appel afin de prévenir toute incertitude qui risquerait de découler d'appels interjetés essentiellement pour retarder l'effet de décisions réglementaires. C'est pourquoi il est souhaitable de trouver un équilibre entre la protection des droits légitimes des sociétés réglementées et la crédibilité des systèmes réglementaires. Il est souvent essentiel qu'une décision soit prise rapidement. Le refus, par exemple, d'accorder l'accès à un réseau à un concurrent risque de mener ce dernier à la faillite si le litige ne peut être réglé rapidement. Lorsque le droit d'interjeter l'appel est accordé, il doit l'être auprès d'un organisme ayant les compétences et l'expérience requises pour statuer. Certaines législations accordent aux prestataires de services publics le droit de faire appel de certaines décisions de l'organisme réglementaire auprès soit des services nationaux chargés de la concurrence, soit de tribunaux administratifs, soit encore d'organes judiciaires.

[A/CN.9/444/Add.4]

CHAPITRE III. SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE

Recommandations concernant la législation

Méthode de sélection appropriée

1. Il est souhaitable, pour procéder à la sélection du concessionnaire, de mettre au point une méthode propre à favoriser la concurrence dans le cadre de procédures officielles structurées. La formule des négociations directes n'est utilisée que dans des circonstances exceptionnelles (voir par. 15 à 18).

Présélection des consortiums de projet

2. Il est recommandé d'utiliser une procédure de présélection pour réduire le nombre de propositions que l'autorité adjudicatrice doit examiner. Les procédures qui nécessitent l'évaluation d'un nombre non limité de propositions sont généralement mal adaptées aux projets d'infrastructure à financement privé (voir par. 19 et 20).

3. Lorsque des consortiums sont constitués en vue de soumettre des propositions, leurs membres ne sont pas autorisés à participer, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de filiales, à plus d'un consortium (voir par. 38).

4. Lorsqu'il est envisagé d'accorder des préférences aux candidats nationaux ou aux candidats qui proposent d'acheter des fournitures, des services et des produits sur le marché local, elles sont appliquées sous forme d'une marge de préférence au stade de l'évaluation et sont annoncées dans l'invitation à participer à la procédure de présélection (voir par. 39 et 40).

5. Il est parfois utile de donner à l'autorité adjudicatrice la possibilité d'envisager des mesures pour indemniser les candidats présélectionnés en cas d'impossibilité de procéder à l'exécution du projet pour des raisons indépendantes de leur volonté ou pour rembourser une partie des frais qu'ils ont encourus (voir par. 41 et 42).

6. Il ne doit pas être possible d'appliquer à la présélection des consortiums de projet des critères, exigences ou procédures qui n'ont pas été énoncés dans la documentation de présélection (voir par. 44).

7. Dès la fin de la phase de présélection, l'autorité adjudicatrice dresse une liste sélective des consortiums de projet sélectionnés qui seront ensuite invités à soumettre des propositions. Tout changement apporté par la suite à la composition des consortiums sélectionnés nécessite l'approbation de l'autorité adjudicatrice (voir par. 45 et 46).

Sollicitation initiale de propositions

8. À moins que l'autorité adjudicatrice ne juge possible de formuler un descriptif des intrants ou des extrants du projet et des clauses contractuelles de façon suffisamment détaillée et précise pour permettre de formuler des propositions définitives, il est recommandé d'organiser en deux étapes la procédure d'appel de propositions émanant de candidats présélectionnés (voir par. 47 à 49).

9. L'autorité adjudicatrice est autorisée à convoquer une réunion des candidats afin de tirer au clair certains aspects de la sollicitation de propositions et de procéder à des négociations avec tout candidat sur tout aspect de la proposition qu'il a présentée (voir par. 51).

10. À l'issue de ces négociations, l'autorité adjudicatrice examine et au besoin révise le descriptif initial des intrants ou des extrants. L'autorité adjudicatrice est autorisée à supprimer ou à modifier tout élément qui figure dans la sollicitation initiale de propositions quant aux caractéristiques techniques ou qualitatives du projet et à tout critère initialement spécifié dans la documentation pour évaluer et comparer les propositions et pour sélectionner les candidats (voir par. 52).

Dernière sollicitation de propositions

11. Au cours de l'étape finale, l'autorité adjudicatrice invite les candidats à soumettre des propositions définitives avec indication de prix pour les spécifications révisées et les clauses contractuelles (voir par. 53 à 65).

Teneur et soumission des propositions définitives

12. Les propositions techniques comportent, au moins :

a) Un descriptif et un calendrier des travaux;

b) Des études de faisabilité et autres études;

c) Une description des services à fournir et des normes de qualité applicables;

d) Une description des services et des normes de maintenance (voir par. 66).

13. Les propositions financières comprennent, au moins :

a) La structure des tarifs ou des prix envisagée;

b) La durée envisagée de la concession, lorsque cela n'est pas spécifié dans la sollicitation de propositions;

c) Le niveau de participation financière exigé du gouvernement pour le projet, y compris, selon le cas, les subventions ou paiements éventuellement attendus des autorités du pays hôte;

d) L'étendue des risques pris par le concessionnaire pendant les étapes de la construction et de l'exploitation, y compris les imprévus, l'assurance, la prise de participation et autres garanties contre de tels risques (voir par. 67).

Critères d'évaluation

14. La faisabilité technique, l'efficacité en termes d'environnement, l'efficacité des méthodes de construction et d'exploitation envisagées, la viabilité des montages financiers proposés, y compris les ressources des candidats, figurent parmi les critères appliqués pour l'évaluation des aspects techniques des propositions, indépendamment des considérations de prix (voir par. 72).

15. Le coût des activités de conception et de construction, les dépenses annuelles d'exploitation, le coût de la maintenance, la valeur actuelle des dépenses d'équipement et de fonctionnement, la valeur actuelle du prix proposé sur toute la période de la concession, enfin le montant de la subvention éventuelle attendue des autorités du pays hôte figurent parmi les critères d'évaluation des propositions relatives au prix (voir par. 73).

Ouverture, comparaison et évaluation des propositions

16. Dès réception des propositions définitives, l'autorité adjudicatrice établit si elles sont conformes à première vue à la sollicitation de propositions. Les propositions incomplètes ou partielles sont éliminées à ce stade (voir par. 75 à 77).

Négociations finales

17. L'autorité adjudicatrice classe toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et invite le candidat ayant obtenu la meilleure note à participer à une négociation finale de l'accord de projet. Ces négociations ne portent pas sur les clauses contractuelles qui ont été jugées non négociables dans la dernière sollicitation de propositions (voir par. 78).

18. S'il apparaît à l'autorité adjudicatrice que les négociations avec le candidat sélectionné n'aboutiront pas à un accord de projet, elle doit informer ce candidat qu'elle va mettre fin aux négociations avant d'inviter à des négociations les autres candidats en fonction de leur classement jusqu'à ce qu'elle parvienne à un accord de projet ou rejette toutes les propositions restantes (voir par. 79).

Avis d'attribution du projet

19. L'autorité adjudicatrice fait publier un avis d'attribution du projet. Cet avis comporte :

a) Le nom du concessionnaire;

b) La liste des annexes et des documents joints qui font partie de l'accord;

c) Une description des travaux et des services que devra fournir le concessionnaire;

d) La durée de la concession;

e) La structure des tarifs;

f) Les droits et obligations du concessionnaire et les garanties qu'il prend à sa charge ou qu'il fournit;

g) Les droits de contrôle de l'autorité adjudicatrice et les sanctions en cas d'inexécution de l'accord de projet;

h) Les obligations des autorités du pays hôte, notamment en matière de paiements, de subventions ou d'indemnisation;

i) Toute autre clause essentielle de l'accord de projet, comme prévu dans la sollicitation de propositions (voir par. 80).

Circonstances autorisant le recours à des négociations directes

20. Le recours à des négociations directes n'intervient que dans des circonstances exceptionnelles (voir par. 82 à 85). Par circonstances exceptionnelles, on entend notamment :

a) Lorsqu'il existe un besoin urgent de fournir immédiatement un service et qu'il serait donc impossible d'ouvrir une procédure de sélection, à condition que les circonstances qui motivent cette urgence n'aient pas été prévisibles par l'autorité adjudicatrice et n'aient pas résulté de procédés dilatoires de sa part;

b) Lorsqu'il s'agit de projets de courte durée pour lesquels les frais de premier établissement escomptés, par ailleurs modestes, ne dépassent pas un montant spécifié (voir par. 86).

21. Il est également possible d'avoir recours à des négociations directes lorsqu'une invitation à une présélection ou une sollicitation de propositions ont été publiées sans résultat, ou lorsque toutes les propositions ont été rejetées par l'autorité adjudicatrice et lorsque, de l'avis de celle-ci, la publication d'une nouvelle sollicitation de propositions n'aboutirait sans doute pas à l'attribution d'un projet (voir par. 87).

Propositions spontanées

22. L'autorité adjudicatrice arrête des procédures transparentes pour traiter des propositions spontanées (voir par. 88 à 90).

23. Dès réception d'une proposition spontanée, l'autorité adjudicatrice établit s'il serait dans l'intérêt public de donner suite au projet proposé. L'autorité adjudicatrice étudie la proposition dans des délais raisonnables. Le choix du titre donné à toute la documentation présentée appartient au candidat pendant toute la durée de la procédure. Si la proposition est rejetée, toute la documentation présentée est retournée à l'envoyeur. Aucune proposition n'est sollicitée pendant un certain nombre d'années après le rejet d'un projet sans inviter la société à l'origine de la proposition initiale (voir par. 91 et 92).

24. Si les autorités du pays hôte acceptent la proposition, l'autorité adjudicatrice engage un processus de négociation

avec appel à la concurrence (sollicitation de propositions, par exemple), précédé par une phase de présélection. La société à l'origine de la proposition initiale est invitée à participer à ce processus et peut bénéficier, à titre de récompense pour avoir soumis la proposition, d'une marge de préférence dans l'attribution des notes finales. Lorsqu'une telle marge de préférence est attribuée, toutes les entreprises invitées à présenter des propositions en sont informées de manière appropriée (voir par. 93).

Procès-verbal de la procédure de sélection

25. La loi doit exiger que l'autorité adjudicatrice dresse un procès-verbal approprié des principaux renseignements relatifs à la procédure de sélection (voir par. 94 à 99).

Notes sur les recommandations concernant la législation

A. *Observations générales*

1. Le présent chapitre porte sur les méthodes et les procédures recommandées pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé. Sur les conseils d'organisations internationales telles que la Banque mondiale[1] et l'ONUDI[2], le *Guide* exprime une nette préférence pour l'emploi de procédures de sélection faisant appel à la concurrence plutôt que de négociations directes avec les consortiums de projet, ainsi qu'il est indiqué de façon plus détaillée aux paragraphes 15 à 17 ci-dessous.

2. Les procédures de sélection recommandées dans le présent chapitre ressemblent à certains égards à la procédure d'appel d'offres prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services[3], adaptée en certains points pour tenir compte des besoins particuliers des projets d'infrastructure à financement privé. La procédure qui y est définie est une procédure en deux étapes avec phase de présélection. Elle laisse une certaine marge aux négociations entre l'autorité adjudicatrice et les soumissionnaires dans certaines conditions clairement définies. La description des procédures recommandées pour la sélection du concessionnaire porte essentiellement sur les éléments qui sont propres aux projets d'infrastructure à financement privé ou qui s'appliquent particulièrement dans leur cas. Chaque fois que cela est nécessaire, le présent chapitre renvoie le lecteur aux dispositions de la Loi type de la CNUDCI, qui peut *mutatis mutandis* compléter la procédure de sélection exposée dans le présent document.

B. *Procédures de sélection visées par le* Guide

3. L'investissement privé dans des projets d'infrastructure peut revêtir diverses formes qui exigent toutes des méthodes spéciales pour la sélection du concessionnaire. Pour l'étude des méthodes de sélection possibles pour les projets d'infrastructure visés dans le *Guide*, une distinction peut être établie entre trois classes principales d'investissements privés dans l'infrastructure :

a) *Achat d'entreprises de services publics.* Des capitaux privés peuvent être investis dans des ouvrages d'utilité publique par le biais de l'achat d'avoirs matériels ou d'actions dans des entreprises d'utilité publique. Ces transactions se font souvent conformément aux règles applicables à l'attribution de marchés pour la cession de biens appartenant à l'État. Les méthodes de cession comportent souvent des procédures faisant appel à la concurrence telles que ventes aux enchères ou invitations à soumissionner dans lesquelles les biens sont attribués au soumissionnaire le plus offrant.

b) *Exécution de services d'utilité publique sans développement des infrastructures.* Dans d'autres types de projets, les fournisseurs de services contrôlent et gèrent tout l'équipement nécessaire et sont parfois en concurrence avec d'autres fournisseurs pour la prestation du service considéré. Certaines lois nationales prévoient des procédures spéciales en vertu desquelles l'État peut autoriser une entreprise privée à assurer des services publics au moyen de "licences" exclusives ou non exclusives. Ces licences peuvent être publiquement offertes aux parties intéressées qui répondent aux conditions prévues par la loi ou établies par l'autorité qui délivre les licences. Les procédures d'octroi de licences comportent parfois des ventes aux enchères aux parties intéressées admises à soumissionner.

c) *Construction et exploitation d'infrastructures d'utilité publique*. Dans les projets relatifs à la construction et à l'exploitation d'infrastructures d'utilité publique, une entreprise privée est invitée à fournir à la fois les travaux et les services au public. Les procédures applicables à l'attribution de ces marchés ressemblent à bien des égards à celles qui régissent la passation de marchés publics de travaux et de services. Les lois nationales prévoient diverses méthodes de passation des marchés publics qui vont de méthodes structurées faisant appel à la concurrence, comme la procédure d'appel d'offres, à des négociations moins structurées avec des fournisseurs éventuels.

4. Le présent chapitre traite essentiellement des procédures de sélection pouvant être utilisées pour les projets d'infrastructure qui comportent l'obligation, de la part de l'entreprise sélectionnée, de se charger de travaux matériels de construction, de réparation ou d'expansion dans le secteur d'infrastructure considéré en vue d'une exploitation privée par la suite (c'est-à-dire celle visée à l'alinéa 3 *c*

[1]Banque internationale pour la reconstruction et le développement, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, 1996, par. 3.13 *a*.

[2]*Guide de l'ONUDI sur les projets CET*, chap. 6.

[3]La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services (ci-après dénommée la "Loi type de la CNUDCI") et le Guide pour l'incorporation dans le droit interne qui l'accompagne ont été adoptés par la Commission à sa vingt-septième session (New York, 31 mai-17 juin 1994). Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I.

ci-dessus). Il ne porte pas précisément sur les méthodes de cession de biens de l'État à des fins de privatisation ou sur les procédures applicables à l'octroi de licences aux fournisseurs de services publics.

5. Il convient toutefois de noter que certains projets d'infrastructure peuvent comporter des éléments qui relèvent de plus d'une des catégories énumérées plus haut, fait que les pouvoirs publics souhaiteront peut-être prendre en considération lorsqu'ils choisiront la procédure de sélection. C'est ainsi que l'achat d'un service public privatisé (telle une compagnie de distribution d'eau) peut aller de pair avec l'obligation de procéder à des investissements importants dans de nouveaux ouvrages d'infrastructure (par exemple, agrandissement du réseau de canalisations). Dans ce cas, il importe que les pouvoirs publics précisent quel est l'élément prédominant du projet (s'il s'agit, par exemple, d'une privatisation ou de la construction de nouveaux ouvrages) avant de choisir la procédure de sélection appropriée qu'ils souhaiteront peut-être alors adapter pour tenir compte des principales obligations accessoires que le concessionnaire est supposé assumer. À cette fin, certaines des considérations énoncées dans le présent chapitre peuvent aussi s'appliquer, *mutatis mutandis*, à la cession de biens de l'État ou aux procédures d'octroi de licences pour l'exécution de travaux d'infrastructure.

C. *Objectifs d'ensemble des procédures de sélection*

6. Pour l'attribution de marchés relatifs à des projets d'infrastructure, les autorités du pays hôte peuvent appliquer des méthodes et des procédures déjà prévues dans la législation nationale ou définir des procédures spécialement adaptées à cette fin. Dans un cas comme dans l'autre, il importe de veiller à ce que ces procédures soient généralement de nature à permettre d'atteindre les principaux objectifs et règles applicables à l'attribution de marchés publics. Ces objectifs sont brièvement examinés ci-après.

1. *Economie et efficacité*

7. Lorsqu'il s'agit de projets d'infrastructure, le terme "économie" désigne la sélection d'un concessionnaire capable d'exécuter des travaux et d'offrir des services de la qualité voulue au prix le plus avantageux et dans les conditions contractuelles les plus intéressantes. Pour cela, il faut avoir recours à des procédures propres à créer un climat propice à la participation d'entreprises compétentes au processus de sélection en les incitant à offrir les conditions les plus avantageuses.

8. Dans la plupart des cas, les conditions optimales d'économie sont obtenues au moyen de procédures qui favorisent la concurrence entre les consortiums de projet. La concurrence les encourage à offrir les conditions les plus avantageuses et peut aussi les amener à adopter pour cela des techniques ou des méthodes de production rationnelles ou novatrices. En outre, la participation d'entreprises étrangères à la procédure de sélection peut souvent favoriser l'économie. La participation d'entreprises étrangères ne contribue pas seulement à élargir la base concurrentielle, mais peut aussi conduire l'autorité adjudicatrice et les autorités du pays hôte à acquérir des technologies qui ne sont pas disponibles sur place. La participation étrangère à la procédure de sélection est parfois indispensable en l'absence de qualifications locales du type exigé par l'autorité adjudicatrice. Un pays qui souhaite bénéficier des avantages d'une participation étrangère doit veiller à ce que les lois et les procédures applicables soient propices à une telle participation. Il convient toutefois de noter que la concurrence ne signifie pas nécessairement la participation d'un grand nombre de soumissionnaires à un processus de sélection donné. Pour les grands projets en particulier, l'autorité adjudicatrice peut avoir des raisons pour garder le nombre de participants dans des limites raisonnables (voir par. 19 et 20). À condition que les procédures appropriées existent, l'autorité adjudicatrice peut mettre à profit une concurrence effective même lorsque la base compétitive est limitée.

9. Le terme "efficacité" désigne la sélection d'un concessionnaire dans un délai raisonnable, moyennant des formalités administratives minimes et des dépenses modérées aussi bien pour l'autorité adjudicatrice que pour les entreprises ou les fournisseurs qui participent à la procédure. À côté des pertes que des procédures de sélection inefficaces peuvent entraîner directement pour l'autorité adjudicatrice (par exemple, lenteur du processus de sélection ou dépenses administratives élevées), des procédures excessivement coûteuses et contraignantes risquent d'entraîner une majoration du coût total du projet, voire de dissuader des entreprises compétentes de simplement participer à la procédure de sélection.

2. *Intégrité et fiabilité du processus de sélection*

10. Un autre objectif important des règles applicables à la sélection des concessionnaires consiste à favoriser l'intégrité et la fiabilité du processus. C'est ainsi qu'un système approprié de sélection contient généralement des dispositions destinées à garantir un traitement équitable aux consortiums de projet, à réduire et à décourager l'usage abusif du processus de sélection, de manière accidentelle ou délibérée, par les personnes qui l'appliquent ou par les entreprises qui y participent, et à garantir que la sélection se fait de façon régulière.

11. En encourageant l'intégrité du processus de sélection, on contribue à accroître la confiance qu'inspirent le processus et le secteur public en général. Les consortiums de projet hésitent souvent à consacrer beaucoup de temps et parfois à dépenser les sommes d'argent importantes qu'exige la participation à la procédure de sélection sans avoir la certitude qu'ils seront traités équitablement et que leurs propositions ou offres ont une chance raisonnable d'être acceptées. Ceux qui participent à une procédure de sélection dans laquelle ils n'ont pas confiance ont tendance à majorer le coût du projet afin de couvrir un surcroît de risques et le coût de leur participation. En veillant à ce que la procédure de sélection se déroule de façon régulière, on pourrait réduire ou éliminer cet élément et aboutir à des conditions plus favorables pour l'autorité adjudicatrice.

3. *Transparence des lois et procédures*

12. La transparence des lois et des procédures qui régissent la sélection du concessionnaire permet d'atteindre divers des objectifs d'ensemble qui ont déjà été mentionnés. Des lois transparentes sont celles dans lesquelles les règles et procédures qui seront appliquées par l'autorité adjudicatrice et les consortiums de projet sont entièrement divulguées, en particulier auxdits participants. Des procédures transparentes sont celles qui permettent aux participants de s'assurer que les procédures ont été suivies par l'autorité adjudicatrice qui les a prises comme base de décision.

13. L'un des principaux moyens d'encourager la transparence et la responsabilité redditionnelle consiste à prévoir des dispositions en vertu desquelles l'autorité adjudicatrice est tenue de dresser un procès-verbal de la procédure de sélection (voir par. 95 à 99). Un procès-verbal résumant les principaux aspects de cette procédure facilite pour les consortiums de projet qui s'estiment lésés la possibilité d'exercer leur droit de recours. Cela contribue à son tour à garantir que les règles applicables à la procédure de sélection sont, dans la mesure du possible, soumises à une discipline interne et que leur application est automatique. En outre, si la loi exige un procès-verbal approprié, cela facilite l'action des organes de l'État qui ont une fonction d'audit ou de contrôle et encourage la responsabilité redditionnelle des autorités adjudicatrices à l'égard du grand public pour ce qui est de l'attribution des projets d'infrastructure. L'article 11 de la Loi type de la CNUDCI contient une prescription générale de consignation de la procédure de passation des marchés.

14. Des lois et des procédures transparentes débouchent sur la prévisibilité, ce qui permet aux consortiums de projet de calculer les coûts et les risques de leur participation à la procédure de sélection et d'offrir ainsi les conditions les plus avantageuses. Cela permet aussi de se prémunir contre des actions ou des décisions arbitraires ou irrégulières de la part de l'autorité adjudicatrice ou de ses fonctionnaires, encourageant ainsi la confiance dans le processus. La transparence des lois et des procédures revêt une importance particulière lorsqu'une participation étrangère est recherchée, étant donné que les compagnies étrangères pourraient mal connaître les pratiques nationales pour l'attribution de projets d'infrastructure.

D. *Méthode de sélection appropriée*

15. En règle générale, les méthodes qui encouragent la concurrence parmi une gamme d'entrepreneurs et de fournisseurs conformément à des procédures officielles structurées sont les meilleurs garants des principes d'économie et d'efficacité dans l'attribution des marchés. Les procédures de sélection qui font appel à la concurrence, par exemple, l'adjudication, sont généralement régies par les lois nationales comme étant la règle dans les conditions normales pour la passation des marchés de biens ou de travaux.

16. Dans le processus de sélection avec appel à la concurrence, l'autorité adjudicatrice invite généralement toute une gamme de sociétés à présenter des propositions qui doivent être formulées sur la base des spécifications techniques et des clauses contractuelles indiquées dans la documentation qu'elle a mise à la disposition des soumissionnaires. Les propositions sont examinées, évaluées et comparées et la décision quant à la proposition à retenir est prise conformément aux critères et procédures essentiellement objectifs qui sont énoncés dans les lois sur la passation des marchés et dans le dossier d'appel d'offres. Les procédures de sélection avec appel à la concurrence sont déclarées "ouvertes" lorsque l'autorité adjudicatrice sollicite des propositions au moyen d'une invitation d'appel d'offres largement diffusée à l'intention de toutes les entreprises qui souhaitent participer à la procédure. Les procédures sont dites "restreintes" lorsque l'autorité adjudicatrice ne sollicite de propositions que de certaines sociétés qu'elle a sélectionnées.

17. Les procédures officielles ainsi que l'objectivité et la prévisibilité qui caractérisent les procédures de sélection avec appel à la concurrence créent en général les conditions optimales pour la concurrence, la transparence et l'efficacité. C'est ainsi que les règles pour la passation de marchés dans le cadre de prêts accordés par la Banque mondiale exigent que, pour les projets financés par des prêts de la Banque mondiale, le concessionnaire soit choisi conformément à des procédures avec appel à la concurrence jugées acceptables par la Banque mondiale (par exemple, "appels d'offres internationaux")[4]. L'application de procédures de sélection faisant appel à la concurrence pour des projets d'infrastructure à financement privé a également été recommandée par l'ONUDI, qui a formulé des directives pratiques détaillées sur la manière d'organiser ces procédures[5]. Aucun modèle législatif international n'a toutefois été spécifiquement mis au point jusqu'ici pour les procédures de sélection avec appel à la concurrence dans le cas de projets d'infrastructure à financement privé.

18. Les dispositions législatives nationales sur les procédures avec appel à la concurrence pour la passation de marchés publics de biens, de travaux ou de services risquent de ne pas être entièrement appropriées pour les projets d'infrastructure à financement privé. L'expérience internationale en matière d'attribution de projets d'infrastructure à financement privé fait apparaître certaines insuffisances dans les formes traditionnelles de procédures de sélection avec appel à la concurrence comme la procédure d'appel d'offres. Compte tenu des problèmes particuliers que soulèvent les projets d'infrastructure à financement privé qui sont brièvement étudiés ci-après, il conviendrait que les autorités du pays hôte envisagent d'adapter ces procédures à la sélection du concessionnaire.

---

[4]En vertu du Règlement de la Banque mondiale, un concessionnaire sélectionné conformément à des procédures jugées acceptables par la Banque mondiale est généralement libre d'adopter ses propres procédures pour l'attribution des contrats nécessaires pour l'exécution du projet. Toutefois, lorsque le concessionnaire n'a pas été sélectionné conformément à ces procédures faisant appel à la concurrence, l'attribution des sous-contrats doit se faire conformément à des procédures avec appel à la concurrence jugées acceptables par la Banque mondiale (Banque internationale pour la reconstruction et le développement, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, 1996, par. 3.13 *a*).

[5]*Guide de l'ONUDI sur les projets CET*, chap. 6

1. *Gamme des soumissionnaires à inviter*

19. Selon la procédure traditionnelle de passation des marchés publics, une place de premier plan est souvent accordée à l'objectif d'économie en permettant une concurrence aussi large que possible entre les entrepreneurs et les fournisseurs. Les invitations à soumissionner sont parfois diffusées directement, sans procédure préalable de présélection. Lorsqu'une présélection est exigée, elle se limite parfois à vérifier un certain nombre de prescriptions de forme (par exemple, qualifications professionnelles ou capacité juridique des entrepreneurs).

20. L'attribution de projets d'infrastructure à financement privé nécessite généralement à son tour des procédures complexes, longues et coûteuses. En outre, l'ampleur même de la plupart des projets d'infrastructure limite la probabilité d'obtenir des propositions d'un grand nombre de consortiums de projet convenablement qualifiés. En outre, les consortiums de projet qui ont les compétences voulues pourraient hésiter à participer à une procédure de passation des marchés pour des projets importants si la concurrence est trop vaste et s'ils courent le risque d'avoir à entrer en concurrence avec des propositions peu réalistes présentées par des candidats qui ne remplissent pas les conditions requises. En conséquence, les appels d'offres ouverts qui ne s'accompagnent pas d'une phase de présélection ne sont généralement pas à recommander pour l'attribution de projets d'infrastructure.

2. *Importance des prescriptions de résultats*

21. Dans la passation traditionnelle de marchés publics de travaux, l'État joue généralement le rôle de maître d'ouvrage ou d'employeur, tandis que l'entrepreneur choisi joue le rôle d'exécuteur des travaux. Les procédures de passation des marchés appliquées par les pouvoirs publics mettent l'accent sur les intrants que doit fournir l'entrepreneur, autrement dit l'autorité adjudicatrice définit clairement les ouvrages à construire, la manière de les construire et les méthodes à utiliser. Les invitations à présenter une offre pour des travaux de construction s'accompagnent donc souvent de spécifications très détaillées quant à la nature des travaux et des services demandés. Dans ce cas, l'État a pour tâche de veiller à ce que les spécifications correspondent au type d'ouvrage d'infrastructure à construire et à ce que cet ouvrage puisse être exploité de manière efficace. Dans certains projets d'infrastructure à financement privé, en particulier ceux qui portent sur des travaux moyennement complexes ou dans lesquels l'infrastructure appartient à l'État ou doit finalement être placée sous son contrôle, celui-ci souhaite habituellement élaborer des spécifications précises pour les travaux à exécuter ou pour les aspects techniques des services à fournir (par exemple, contribution attendue du concessionnaire).

22. Pour de nombreux projets d'infrastructure à financement privé, toutefois, les autorités du pays hôte peuvent envisager une manière différente de répartir les responsabilités entre le secteur public et le secteur privé. L'une des raisons fondamentales pour lesquelles certains États encouragent la participation du secteur privé au développement des infrastructures tient au fait qu'ils souhaitent se libérer de la responsabilité immédiate des fonctions qui peuvent être efficacement assumées par le secteur privé. Au lieu de prendre en charge la responsabilité directe de la gestion du projet, ces États pourraient préférer transférer cette responsabilité au concessionnaire. Dans ce cas, après avoir défini un besoin déterminé en matière d'infrastructure, l'État pourrait décider de laisser au secteur privé le soin de trouver le meilleur moyen de satisfaire ce besoin. La procédure de sélection utilisée par les autorités du pays hôte pourrait ainsi mettre plus largement l'accent sur les résultats attendus du projet (par exemple, services ou biens à fournir) que sur les aspects techniques des travaux à exécuter ou les moyens à utiliser pour fournir les services demandés. Bien que les autorités du pays hôte demeurent en dernière analyse comptables de la qualité des travaux et des services, c'est le secteur privé qui assume les risques que pourrait entraîner, par exemple, l'insuffisance des solutions techniques utilisées (voir par. 47 à 49).

3. *Critères d'évaluation*

23. Les pouvoirs publics financent généralement l'achat de biens, de travaux et de services au moyen de fonds dont ils disposent dans le cadre des crédits budgétaires qui ont été approuvés. Disposant de sources de financement habituellement sûres, l'entité adjudicatrice a pour principal objectif de tirer le meilleur parti possible des fonds qu'elle dépense. Par conséquent, dans ce type de marché, le facteur décisif pour choisir entre les offres conformes et techniquement acceptables est souvent le prix global proposé pour les travaux, qui est calculé en fonction du coût des travaux et d'autres coûts à la charge de l'entrepreneur majorés d'une certaine marge de bénéfice.

24. Les projets d'infrastructure à financement privé sont, à leur tour, généralement supposés être financièrement viables dans la mesure où les coûts d'expansion et d'exploitation doivent être remboursés au moyen des recettes d'exploitation du projet. Ce fait, allié à l'importance de la plupart des projets d'infrastructure, rend l'évaluation des propositions beaucoup plus complexe que ce n'est le cas dans les formes traditionnelles de passation des marchés. En conséquence, un certain nombre d'autres facteurs doivent être pris en considération à côté du coût de construction et d'exploitation et du prix à la charge des usagers. C'est ainsi que l'autorité adjudicatrice doit envisager avec soin la faisabilité financière et commerciale du projet, la validité des dispositions financières proposées par les consortiums de projet et la fiabilité des solutions techniques utilisées. Cela s'applique même en l'absence de garanties ou de paiements du gouvernement, car les projets inachevés ou les projets dans lesquels les prévisions de dépenses sont largement dépassées ou dont le coût de maintenance est plus élevé que prévu ont souvent un effet négatif sur la disponibilité générale des services nécessaires et sur l'opinion publique dans le pays hôte. En outre, compte tenu de la durée généralement longue des concessions d'infrastructure, l'autorité adjudicatrice a besoin de s'assurer de la viabilité et de l'acceptabilité des arrangements proposés pour la phase opérationnelle et doit évaluer

avec soin les composantes des services des propositions (voir par. 72 à 74).

4. *Négociations avec les soumissionnaires*

25. Les lois et les règlements qui régissent la procédure d'appel d'offres interdisent souvent toute négociation entre l'autorité adjudicatrice et les entrepreneurs au sujet d'une proposition soumise par ces derniers. Le raisonnement à la base de cette interdiction stricte, qui figure aussi à l'article 35 de la Loi type de la CNUDCI, tient au fait que les négociations pourraient aboutir à des "enchères", dans lesquelles une proposition faite par un entrepreneur servirait à faire pression sur un autre entrepreneur pour l'amener à offrir un prix inférieur ou une proposition plus avantageuse à d'autres égards. Par suite de cette interdiction absolue, les entrepreneurs choisis pour fournir des biens ou des services conformément à la procédure traditionnelle de passation des marchés sont généralement tenus de signer un contrat type qui leur est soumis au cours de la procédure de passation des marchés. Compte tenu toutefois de la complexité des projets d'infrastructure, il est peu probable que les parties puissent s'entendre sur les conditions d'un projet d'accord sans procéder à des négociations et à des ajustements pour en adapter les clauses aux besoins particuliers du projet. Il peut donc être utile de prévoir une marge de négociation entre l'autorité adjudicatrice et le consortium de projet qui a été sélectionné (voir par. 78 et 79).

E. *Préparatifs pour la procédure de sélection*

26. L'attribution de projets d'infrastructure à financement privé est dans la plupart des cas une opération complexe qui exige d'être planifiée et coordonnée avec soin par les bureaux intéressés. En s'assurant que des structures administratives et des effectifs suffisants sont disponibles pour mettre en œuvre la procédure de sélection qu'elles ont retenue, les autorités du gouvernement hôte contribuent de façon décisive à inspirer la confiance dans le processus de sélection.

1. *Désignation des membres du comité adjudicateur*

27. Une mesure préparatoire importante concerne la nomination des membres du comité qui est chargé d'évaluer les propositions et de soumettre une recommandation d'adjudication à l'autorité adjudicatrice. La nomination au comité de sélection de personnes qualifiées et impartiales n'est pas seulement indispensable pour procéder à une évaluation efficace des propositions, mais peut aussi renforcer la confiance que les consortiums de projet accordent au processus de sélection.

2. *Etude de faisabilité et autres études*

28. Ainsi qu'il a déjà été indiqué (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 94), l'une des premières mesures prises par les autorités du pays hôte, lorsqu'un projet d'infrastructure est envisagé, est d'effectuer une évaluation préliminaire de sa faisabilité, y compris d'aspects économiques et financiers tels que les avantages économiques attendus, le coût estimatif et les recettes potentielles de l'exploitation de l'infrastructure. La possibilité de développer une infrastructure au moyen d'un projet à financement privé exige que les études de faisabilité et de viabilité financière du projet aboutissent à des conclusions positives.

29. Avant d'entamer la procédure qui aboutira à la sélection du concessionnaire éventuel, il est souhaitable que l'autorité adjudicatrice examine et, le cas échéant, développe ces études initiales. Dans certains pays, il est conseillé aux autorités adjudicatrices d'élaborer des projets types à des fins de référence (ces projets types comportent généralement à la fois une estimation des investissements de capitaux, des coûts d'exploitation et des frais de maintenance) avant d'inviter le secteur privé à présenter des propositions. Ces projets types ont pour objet de démontrer la viabilité de l'exploitation commerciale de l'infrastructure dès que le projet est acceptable sur le plan du coût global d'investissement et du coût pour le public. Ils mettent aussi à la disposition de l'autorité adjudicatrice un instrument utile pour comparer et évaluer les propositions. La confiance des consortiums de projet sera renforcée s'ils ont la preuve que les hypothèses techniques, économiques et financières du projet, tout autant que le rôle envisagé pour le secteur privé, ont été examinées avec soin par les autorités du pays hôte.

3. *Préparation de la documentation*

30. La procédure de sélection pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé exige généralement la préparation, par l'autorité adjudicatrice, d'une documentation abondante, qui comprend notamment le descriptif du projet, la documentation de présélection, la sollicitation de propositions, les instructions pour la préparation des propositions et un projet d'accord. La qualité et la clarté de la documentation diffusée par l'autorité adjudicatrice contribuent de manière décisive à garantir l'efficacité et la transparence de la procédure de sélection. L'autorité adjudicatrice pourrait avoir besoin, à ce stade précoce, d'utiliser les services d'experts ou de conseillers indépendants pour l'aider à définir les critères appropriés de qualification et d'évaluation, à arrêter la définition des extrants (et, au besoin, des intrants) et à préparer la documentation destinée aux consortiums de projet.

31. Dans de nombreux pays, il est d'usage que les pouvoirs publics mettent au point des formulaires types et les conditions générales des contrats utilisés pour les marchés publics. Dans certains pays, il existe parfois des contrats types assez détaillés pour différents secteurs d'infrastructure. Lorsque des formulaires de contrats types sont mis à la disposition des consortiums de projet lors de la procédure de sélection, l'autorité adjudicatrice peut jouir d'une liberté d'action limitée pour négocier les clauses du projet d'accord avec le groupe des consortiums de projet sélectionnés. Des clauses de contrats types sont parfois utiles pour accélérer la conclusion du projet d'accord en limitant les questions sur lesquelles les parties doivent

élaborer des dispositions contractuelles. Elles peuvent aussi contribuer à garantir que les questions communes à la plupart des projets dans un secteur donné soient réglées de façon uniforme.

32. Toutefois, lorsque des clauses de contrats types sont utilisées, il est recommandé de tenir compte de la possibilité qu'un projet particulier soulève des problèmes qui n'avaient pas été envisagés lors de l'élaboration du document type ou que le projet appelle des solutions particulières qui pourraient s'écarter des clauses types. La nécessité d'arriver à un équilibre approprié entre le degré d'uniformité souhaité pour les accords de projet d'un type particulier et la souplesse que pourrait exiger la recherche de solutions adaptées au projet mérite d'être analysée avec soin.

F. *Présélection des consortiums de projet*

33. Dans la plupart des projets d'infrastructure à financement privé, les autorités du pays hôte pourraient souhaiter réduire le nombre de propositions à soumettre à l'autorité adjudicatrice. Ce résultat peut être atteint au moyen d'une procédure rigoureuse destinée à limiter le nombre des soumissionnaires qui pourraient ultérieurement être invités à soumettre des propositions. En outre, la procédure de présélection pour les projets d'infrastructure à financement privé peut comporter des éléments d'évaluation et de sélection, en particulier lorsque l'autorité adjudicatrice classe par ordre de préférence les consortiums de projet présélectionnés. La présélection des consortiums de projet diffère donc en cela des procédures de présélection traditionnelles, telles que celles qui sont utilisées pour l'achat de biens ou de services, dans lesquelles tous les candidats qui remplissent les critères de présélection sont automatiquement admis à participer à la phase d'appel d'offres.

1. *Invitation à participer à la procédure de présélection*

34. Afin d'encourager la transparence et la concurrence, il est recommandé que l'invitation à participer à la procédure de présélection soit publiée de manière à atteindre une audience suffisamment large pour garantir une concurrence effective. Dans de nombreux pays, la loi spécifie dans quelles publications, généralement le journal officiel ou toute autre publication officielle, l'invitation à la présélection doit être diffusée. Compte tenu de l'objectif de la Loi type de la CNUDCI, qui consiste à encourager la participation à la procédure de passation des marchés sans distinction de nationalité et à promouvoir la concurrence, l'article 24-2 exige que la publication des invitations à participer à la présélection se fasse dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale.

35. La documentation de présélection contient suffisamment de renseignements à l'intention des consortiums de projet pour leur permettre de déterminer si les travaux et services visés par le projet correspondent à ceux qu'ils sont en mesure de fournir et, dans l'affirmative, la manière dont ils pourraient participer à la procédure de sélection. À côté des éléments qui doivent généralement figurer dans les documents de présélection conformément aux règles générales sur la passation des marchés publics (par exemple, celles visées aux articles 7-3 i, iii, iv et v; 25-1 *a* et *d*; et 25-2 *a* à *d* de la Loi type de la CNUDCI), l'invitation à participer à la procédure de présélection doit préciser quelle est l'infrastructure à mettre en place ou à rénover et fournir des renseignements sur les autres éléments fondamentaux du projet, y compris les services que devra fournir le concessionnaire, les dispositions financières envisagées par l'autorité adjudicatrice (en indiquant, par exemple, si le projet sera entièrement financé par les redevances des usagers ou des péages, ou si des fonds publics peuvent être libérés sous forme de paiements directs, de prêts ou de garanties) et, lorsque ces éléments sont connus, un aperçu des principales clauses de l'accord de projet qui sera conclu à l'issue de la procédure de sélection.

2. *Critères de présélection*

36. En règle générale, les consortiums de projet sont tenus de fournir la preuve qu'ils possèdent les qualifications professionnelles et techniques, les ressources financières et humaines, l'équipement et autres moyens matériels, les compétences de gestion, la fiabilité et l'expérience nécessaires pour mener à bien le projet (voir l'article 6-1 *b* i de la Loi type de la CNUDCI). Les exigences en matière de qualifications doivent porter sur toutes les étapes d'un projet d'infrastructure, y compris, au besoin, sur la gestion du financement, l'ingénierie, la construction, l'exploitation et la maintenance.

37. Il est souhaitable d'éviter d'alourdir la loi avec trop de détails sur les qualifications demandées en laissant de préférence aux règlements ou à l'autorité adjudicatrice le soin de spécifier la nature des renseignements que doivent fournir les consortiums de projet, par exemple, les indicateurs de qualité des résultats qu'ils ont déjà obtenus en tant que prestataires de services publics ou exploitants d'ouvrages d'infrastructure. Il pourrait s'agir des renseignements ci-après : ampleur et nature de projets antérieurs réalisés par les consortiums de projet, degré d'expérience du personnel clé qui s'occupera du projet, capacités techniques suffisantes, et notamment matériel indispensable requis pour la construction, l'exploitation et l'entretien. Les règlements peuvent énoncer de façon assez détaillée la manière dont les consortiums de projet doivent fournir la preuve qu'ils sont en mesure d'assumer les aspects financiers ainsi que les phases de conception, de construction et d'exploitation du projet. L'autorité adjudicatrice peut à ce stade fixer une prise de participation minimale en pourcentage et exiger que les consortiums de projet fassent part des dispositions financières qu'ils envisagent de prendre.

38. Compte tenu de l'envergure de la plupart des projets d'infrastructure, les entreprises intéressées participent généralement à la procédure de sélection par le truchement de consortiums spécialement créés à cette fin. Par

conséquent, les renseignements demandés aux membres d'un consortium concernent à la fois le consortium dans son ensemble et ses différents éléments. Afin de faciliter la liaison avec l'autorité adjudicatrice, il peut être utile de spécifier dans la documentation de présélection que chaque consortium doit charger l'un de ses membres de coordonner toutes les communications avec l'autorité adjudicatrice. Il est également souhaitable que cette dernière étudie avec soin la composition des consortiums et des sociétés mères dont ils dépendent. Il se peut qu'une société s'associe, directement ou par l'intermédiaire de filiales, à plus d'un consortium pour soumettre des propositions pour un même projet. Cela ne doit pas être autorisé en raison des risques de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents, ce qui porterait atteinte à la crédibilité de la procédure de sélection. Il est donc recommandé de spécifier dans l'invitation à participer à la procédure de présélection que la même société n'est pas autorisée à faire partie de plus d'un consortium pour participer à une procédure de sélection, que ce soit directement ou par le biais de sociétés subsidiaires. Toute infraction à cette règle devrait entraîner la disqualification des consortiums qui la commettent.

3. *Préférences nationales*

39. Les lois de certains pays prévoient une forme de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux candidats qui s'engagent à utiliser des biens nationaux ou à employer de la main-d'œuvre locale. Un tel traitement préférentiel ou spécial revêt parfois la forme d'une exigence effective (par exemple, pourcentage minimal de participation nationale dans le consortium) ou de condition préalable à la participation à la procédure de sélection (nomination, par exemple, d'un partenaire local à la tête du consortium de projet).

40. Face à de telles préférences, il importe de comparer les avantages attendus à l'inconvénient d'ôter à l'autorité adjudicatrice la possibilité d'obtenir de meilleures options pour répondre aux besoins nationaux d'infrastructure. Il importe également de ne pas permettre que toute concurrence étrangère soit écartée afin de ne pas perpétuer dans les secteurs visés de l'industrie nationale de faibles niveaux d'économie, d'efficacité et de compétitivité. C'est la raison pour laquelle de nombreux pays qui souhaitent donner des encouragements aux fournisseurs nationaux, tout en mettant à profit la concurrence internationale, n'envisagent pas d'exclure systématiquement toute participation étrangère ou d'avoir recours à des règles de qualification restrictives. Des préférences nationales peuvent prendre la forme de critères spéciaux d'évaluation qui fixent des marges de préférence pour les candidats nationaux ou les candidats qui s'engagent à obtenir des fournitures, des services et des produits sur le marché local. La formule de la marge de préférence, qui est prévue à l'article 34-4 *d* de la Loi type de la CNUDCI, est plus transparente que des critères de qualification ou d'évaluation de caractère subjectif. En outre, cette marge permet à l'autorité adjudicatrice de donner la préférence à des consortiums de projet locaux qui sont en mesure d'offrir des normes et des prix comparables à ceux offerts sur le marché compétitif international, et à le faire sans simplement exclure la concurrence étrangère. Lorsque des préférences nationales sont envisagées, il est recommandé d'en faire état à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

4. *Contribution aux frais de participation à la procédure de sélection*

41. Dans certains pays, la documentation de présélection peut être d'un prix élevé, alors que, dans d'autres pays, ce prix peut ne représenter que le coût de l'impression de la documentation de présélection et de sa diffusion aux intéressés. Une documentation de présélection coûteuse peut être utilisée comme moyen supplémentaire de limiter le nombre des entreprises concurrentes. Parallèlement, toutefois, cela majore encore le coût déjà énorme de la participation à la procédure de présélection. Le coût élevé de l'élaboration de propositions pour des ouvrages d'infrastructure et le risque relativement important qu'une procédure de sélection n'aboutisse pas à l'obtention d'un marché peuvent dissuader certaines sociétés de s'associer à un consortium pour soumettre une proposition, en particulier lorsqu'elles connaissent mal les procédures de sélection appliquées dans le pays hôte.

42. Certains pays permettent donc à l'autorité adjudicatrice d'envisager des dispositions pour indemniser les candidats présélectionnés lorsqu'il n'est pas donné suite au projet pour des raisons indépendantes de leur volonté ou pour participer aux frais assumés par eux après la phase de présélection, lorsque cela est justifié en raison de la complexité du projet ou de la perspective d'améliorer sensiblement la qualité de la concurrence. Il est recommandé que cette participation ou indemnisation, lorsqu'elle est autorisée, soit annoncée sans tarder, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

5. *Procédure de présélection*

43. L'autorité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un consortium de projet dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'autorité adjudicatrice est donnée dans un délai raisonnable afin de permettre aux consortiums de projet de soumettre à temps leur demande de présélection. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres consortiums de projet est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les consortiums de projet auxquels l'autorité adjudicatrice a envoyé la documentation de présélection (voir l'article 7-4 de la Loi type de la CNUDCI).

44. Les mêmes prescriptions en matière de qualifications doivent être appliquées à tous les consortiums de projet. Une autorité adjudicatrice n'applique, concernant les qualifications des consortiums de projet, aucun critère, condition ou procédure autres que ceux prévus dans la documentation de présélection (voir l'article 6-3 de la Loi

type de la CNUDCI). Lors de l'examen des qualifications professionnelles et techniques des consortiums de projet, l'autorité adjudicatrice prend en considération les différentes spécialisations des membres du consortium et évalue si les qualifications d'ensemble des membres du consortium sont à la hauteur des besoins de toutes les phases du projet.

45. Dans certains pays, les autorités adjudicatrices sont encouragées à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible de nature à garantir une concurrence véritable (par exemple, trois ou quatre). À cette fin, ces pays appliquent un système de notation quantitative aux critères techniques, financiers et de gestion en fonction de la nature du projet. Lorsqu'un tel système de notation doit être utilisé, cela est clairement indiqué dans la documentation de présélection.

46. À l'issue de la phase de présélection, l'autorité adjudicatrice dresse généralement une liste restreinte des consortiums de projet présélectionnés qui seront par la suite invités à soumettre des propositions. Les autorités adjudicatrices se heurtent parfois à une difficulté d'ordre pratique lorsque des modifications à la composition du consortium de projet sont proposées pendant la procédure de présélection. Du point de vue de l'autorité adjudicatrice, il est en général recommandé de faire preuve de prudence lorsque le remplacement de différents membres des consortiums de projet est proposé après la clôture de la phase de présélection. Des changements dans la composition des consortiums risquent de modifier sensiblement la base sur laquelle les consortiums de projet présélectionnés ont été retenus par l'autorité adjudicatrice, et peuvent amener à se poser des questions sur l'intégrité de la procédure de sélection. En règle générale, seuls les consortiums de projet présélectionnés sont autorisés à participer à la phase de sélection, sauf si l'autorité adjudicatrice peut s'assurer qu'un nouveau membre du consortium répond pour l'essentiel aux critères de présélection, dans la même mesure que le membre du consortium dont il a pris la place.

G. *Procédures de sollicitation de propositions*

1. *Phases de la procédure*

47. Après la présélection des consortiums de projet, il est conseillé que l'autorité adjudicatrice revoie son étude de faisabilité initiale ainsi que la définition des prescriptions en matière d'extrants et de résultats afin d'envisager si une révision de ces prescriptions s'impose à la lumière des renseignements obtenus au cours de la procédure de présélection. À ce stade, l'autorité adjudicatrice a déjà établi si les consortiums de projet seront invités à formuler des propositions sur la base de spécifications d'intrants ou d'extrants et si d'autres spécifications seront envisagées. Si l'on décide qu'il serait à la fois conseillé et souhaitable que l'autorité adjudicatrice formule des spécifications suffisamment précises ou définitives (fondées sur les intrants ou les extrants attendus), les pouvoirs publics peuvent souhaiter structurer le processus de sélection sous forme de procédure de sélection à un seul niveau et procéder à la diffusion d'une sollicitation finale de propositions (voir par. 53 à 79).

48. Dans certains cas, toutefois, l'autorité adjudicatrice peut ne pas avoir la possibilité de formuler des exigences sous forme de spécifications suffisamment détaillées et précises ou de clauses contractuelles qui permettent de formuler, d'évaluer et de comparer uniformément ces propositions sur la base de ces spécifications et de ces clauses. Cela peut être le cas, par exemple, lorsque l'autorité adjudicatrice n'a pas fixé la nature des intrants techniques et matériels adaptés au projet en question (par exemple, type de matériaux de construction à utiliser pour un pont) ou la manière exacte de faire face à un besoin particulier et qu'elle recherche donc des propositions quant aux diverses solutions possibles pour obtenir le résultat escompté (par exemple, nature du paiement et système de contrôle de la circulation pour une route à péage).

49. Dans ce cas, on pourrait juger peu souhaitable, s'il s'agit d'obtenir la valeur optimale, que l'autorité adjudicatrice se fonde sur les spécifications qu'elle a fixées en l'absence de discussions ou de négociations avec les consortiums de projet quant aux possibilités exactes et aux variantes éventuelles de ce qui est offert. À cette fin, les autorités du pays hôte souhaiteront peut-être diviser la procédure de sélection en deux étapes et laisser une certaine souplesse aux discussions et aux négociations avec les consortiums de projet. La première étape de cette procédure fournit à l'autorité adjudicatrice l'occasion de solliciter diverses propositions sur la base des caractéristiques techniques, qualitatives ou autres du projet ainsi que des clauses contractuelles. À l'issue de la première étape, l'autorité adjudicatrice finalise les spécifications et, sur cette base, sollicite des consortiums de projet des propositions définitives au cours de la seconde étape.

2. *Sollicitation initiale de propositions*

50. Lorsque la procédure de sélection se divise en deux étapes, la sollicitation initiale de propositions invite généralement les consortiums de projet à soumettre des propositions en fonction des résultats d'ensemble recherchés et des autres caractéristiques du projet ainsi que des clauses contractuelles.

51. L'autorité adjudicatrice peut alors organiser une réunion des soumissionnaires afin de tirer au clair certaines questions concernant la sollicitation de propositions et la documentation qui l'accompagne. L'autorité adjudicatrice peut, au cours de la première étape, procéder à des négociations avec tout soumissionnaire au sujet d'un aspect quelconque de sa proposition. L'autorité adjudicatrice fait en sorte que la teneur des propositions ne soit pas divulguée aux consortiums concurrents. Les négociations doivent être confidentielles et toute partie à ces négociations ne doit révéler à quiconque des renseignements techniques, financiers ou autres qui ont trait aux négociations sans le consentement de l'autre partie.

52. À l'issue de ces négociations, l'autorité adjudicatrice examine et, au besoin, révise les spécifications initiales. Lorsqu'elle formule ces spécifications révisées, l'autorité adjudicatrice est autorisée à supprimer ou à modifier tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives du projet initialement énumérées dans la sollicitation de propositions ainsi que tout critère initialement énoncé dans la documentation pour évaluer et comparer les propositions. Toute suppression, modification ou adjonction ainsi décidée doit être communiquée aux consortiums de projet dans l'invitation à soumettre des propositions définitives qui leur est adressée. Les consortiums de projet qui ne souhaitent pas présenter une proposition définitive ont la possibilité de se retirer de la procédure de sélection sans renoncer à toute garantie de soumission qu'ils ont pu être invités à fournir.

3. *Sollicitation définitive de propositions*

53. Au stade final, l'autorité adjudicatrice invite les candidats à soumettre des propositions définitives sur la base des spécifications et des clauses contractuelles révisées.

a) *Teneur de la sollicitation de propositions*

54. Il peut être souhaitable que les textes législatifs ou réglementaires applicables à la procédure de sélection contiennent une liste des renseignements à faire figurer dans la sollicitation de propositions. Il est utile d'indiquer dans ces lois ou réglementations quelles sont ces prescriptions afin de garantir que la sollicitation de propositions comprend les renseignements de base nécessaires pour permettre aux consortiums de projet de soumettre des propositions qui répondent aux besoins de l'autorité adjudicatrice et que celle-ci puisse les comparer de manière objective et équitable. Les renseignements à faire figurer dans le dossier de sollicitation pour la passation de marchés de biens et de travaux et dans la sollicitation de propositions de services sont énumérés aux articles 27 et 38, respectivement, de la Loi type de la CNUDCI.

55. L'une des catégories de renseignements à faire figurer dans la sollicitation de propositions concerne les instructions pour l'établissement et la soumission de propositions (voir article 27 *a* de la Loi type de la CNUDCI). L'inclusion de ces dispositions a pour objet de limiter la possibilité que des consortiums de projet sélectionnés se trouvent désavantagés, voire rejetés, faute de savoir exactement comment élaborer leurs propositions. Les instructions pour l'établissement des propositions portent généralement, selon qu'il convient, sur des questions telles que la manière ainsi que la ou les monnaies à utiliser pour formuler et exprimer les prix dont traite la proposition (par exemple, barème envisagé pour les péages, redevances, prix unitaires et autres charges) (voir les articles 27 *i* et *j* et 38 *j* et *k* de la Loi type de la CNUDCI).

56. La sollicitation de propositions contient une description des travaux et des services à fournir, y compris, selon le cas, les spécifications techniques, plans, dessins et modèles, l'emplacement des travaux à exécuter et des services à fournir, le calendrier pour l'exécution des travaux et la prestation des services (voir articles 27 *d* et 38 *g* de la Loi type de la CNUDCI). Si des variantes sont proposées, notamment en ce qui concerne les éléments non obligatoires de la sollicitation de propositions, l'autorité adjudicatrice indique la manière dont elles seront comparées et évaluées. Les variantes sont rejetées si elles ne sont pas accompagnées d'une proposition totalement conforme.

57. Le degré de précision des spécifications, de même que l'équilibre voulu entre les intrants et les extrants seront influencés par des considérations de principe telles que la nature et le régime de propriété de l'infrastructure et la répartition des responsabilités entre le secteur public et le secteur privé. Pour la construction de nouveaux ouvrages qui deviendront la propriété permanente des pouvoirs publics et qui sont destinés à être généralement ouverts au public (par exemple, routes, tunnels, ponts), l'État peut souhaiter exercer un plus large degré de contrôle sur la conception et les spécifications techniques que lorsqu'il s'agit d'installations appartenant à des intérêts privés, généralement fermées au public et dont l'accès est limité au concessionnaire (par exemple, centrale électrique privée). Il est généralement conseillé que l'autorité adjudicatrice tienne compte des besoins à long terme du projet et formule ses spécifications d'une manière qui lui permette d'obtenir des renseignements suffisants pour choisir le consortium de projet offrant les services de la plus haute qualité aux conditions les plus économiques. Dans certains pays, les autorités adjudicatrices ont été encouragées à formuler des spécifications pour les services d'une manière qui définisse suffisamment clairement les extrants et les résultats attendus sans être trop restrictives quant à la manière d'y parvenir.

58. Dans la mesure où les clauses contractuelles sont déjà connues de l'autorité adjudicatrice, elles doivent figurer dans la sollicitation de propositions, éventuellement sous la forme d'une version préliminaire du projet d'accord. La disponibilité de ces renseignements à un stade aussi précoce que possible facilite pour les consortiums de projet la tâche qui consiste à établir la viabilité financière du projet en accord avec les prêteurs et autres bailleurs de fonds éventuels. Afin de définir clairement la portée des négociations à l'issue de l'évaluation des propositions, la sollicitation finale de propositions doit indiquer quelles sont les clauses de l'accord de projet qui ne sont pas sujettes à négociation. L'inclusion d'une prescription en vertu de laquelle les propositions définitives présentées par les consortiums de projet doivent fournir la preuve que les bailleurs de fonds privilégiés du consortium de projet sont satisfaits des conditions commerciales et de l'affectation de risques envisagée, telles que définies dans la sollicitation de propositions, pourrait contribuer utilement à résister aux demandes de renégociation des clauses commerciales au stade des négociations finales (voir par. 78). Dans certains pays, les consortiums de projet sont tenus de parapher et de renvoyer à l'autorité adjudicatrice le projet d'accord de projet en même temps que leurs propositions finales pour confirmer qu'ils acceptent toutes les clauses au sujet desquelles ils n'ont pas spécifiquement fait de propositions d'amendement.

59. À côté des questions énumérées plus haut, un certain nombre d'autres questions peuvent présenter un intérêt particulier pour les projets d'infrastructure. Pour les projets construction-exploitation-transfert, par exemple, il est conseillé d'inclure des renseignements sur l'actif et les biens qui seront transférés aux autorités du pays hôte à la fin de la concession. Lorsque les autorités du pays hôte choisissent un nouveau concessionnaire pour exploiter une infrastructure existante, la sollicitation de propositions doit aussi comporter une description de l'actif et des biens qui seront mis à la disposition du concessionnaire. Il est aussi souhaitable d'indiquer dans la sollicitation de propositions les autres sources de recettes supplémentaires ou auxiliaires possibles (par exemple, concession pour l'exploitation de l'infrastructure existante), le cas échéant, qui pourraient être mises à la disposition de l'auteur de la proposition retenue.

60. D'autres aspects importants de la sollicitation de propositions concernent en particulier la manière dont les propositions seront évaluées; leur diffusion est en effet indispensable pour garantir la transparence et l'équité de la procédure de sélection. Il est particulièrement important de connaître les critères qu'appliquera l'autorité adjudicatrice pour décider de la proposition à retenir, et notamment toute marge de préférence et tous critères autres que les critères de prix, ainsi que le poids relatif de ces critères (voir les articles 27 *b* et 38 *m* de la Loi type de la CNUDCI).

61. D'autres renseignements pertinents concernent le mode, le lieu et la date limite de soumission des propositions (voir les articles 27 *n* et 38 *c* de la Loi type de la CNUDCI), les modalités selon lesquelles les consortiums de projet peuvent demander des éclaircissements au sujet de la sollicitation de propositions et une mention indiquant si l'autorité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion des consortiums de projet (voir les articles 27 *o* et 38 *q* de la Loi type de la CNUDCI), la période de validité des propositions (voir l'article 27 *o* de la Loi type de la CNUDCI), le lieu, la date et l'heure d'ouverture des propositions, enfin les procédures à suivre pour l'ouverture et l'examen des propositions (voir l'article 27 *q* et *r* de la Loi type de la CNUDCI).

62. L'une des questions importantes que devra examiner l'autorité adjudicatrice concerne les rapports entre l'attribution d'un projet déterminé et la politique suivie par les pouvoirs publics dans le secteur correspondant (voir le chapitre II, "Structure et réglementation des secteurs"). Lorsqu'il est fait appel à la concurrence, les autorités du pays hôte peuvent avoir intérêt à veiller à ce que le marché ou le secteur en question ne soit pas sous la domination d'une entreprise (par exemple, la même société ne doit pas exploiter plus d'un nombre limité de sociétés locales de téléphone dans les limites d'un territoire donné). Les autorités d'un pays hôte peuvent ainsi souhaiter avoir la possibilité de rejeter une proposition déterminée si elles établissent que l'attribution du projet au consortium qui soumet la proposition pourrait permettre à une entreprise donnée de dominer le marché en question ou de fausser par tout autre moyen la concurrence dans ce secteur. À des fins de transparence, il est souhaitable que la loi prévoie que, lorsque l'autorité adjudicatrice se réserve le droit de rejeter une proposition pour les raisons énumérées ou pour des raisons analogues, ce fait soit indiqué de manière appropriée dans la sollicitation de propositions.

63. Lorsque l'autorité adjudicatrice se réserve en outre le droit de rejeter toutes les propositions sans pour autant engager sa responsabilité à l'égard de leurs auteurs en matière d'indemnisation des frais afférents à l'établissement et à la soumission des propositions, par exemple, cela doit être mentionné dans la sollicitation de propositions (voir les articles 27 *x* et 38 *d* de la Loi type de la CNUDCI).

b) *Éclaircissements et modifications*

64. Il convient de définir les procédures qui seront appliquées pour préciser et modifier la sollicitation de propositions d'une manière propre à favoriser une procédure de sélection efficace, équitable et qui puisse aboutir. Il importe que l'autorité adjudicatrice ait le droit de modifier la sollicitation de propositions afin de pouvoir obtenir ce dont elle a besoin. Il est aussi souhaitable de donner à l'autorité adjudicatrice la faculté de modifier la sollicitation de propositions, que ce soit de sa propre initiative ou à la suite d'une demande d'éclaircissements présentée par un consortium de projet, en publiant un additif à un moment quelconque avant l'échéance fixée pour la soumission des propositions. Toutefois, lorsque la sollicitation de propositions est profondément modifiée, l'échéance pour la soumission des propositions devra peut-être être repoussée.

65. En règle générale, les éclaircissements, de même que les questions qui les ont suscités, et les modifications doivent être communiqués sans tarder par l'autorité adjudicatrice à tous les consortiums de projet auxquels elle a adressé la sollicitation de propositions (voir l'article 28-1 de la Loi type de la CNUDCI). Si l'autorité adjudicatrice décide de convoquer une réunion des consortiums de projet, elle doit dresser un procès-verbal de la réunion dans lequel elle indique les demandes d'éclaircissements qui ont été présentées à cette occasion au sujet de la sollicitation de propositions, les réponses qu'elle a fournies, mais sans préciser l'origine des demandes d'éclaircissements, et en communiquer le texte aux consortiums de projet.

4. *Teneur et soumission des propositions finales*

66. Compte tenu de la complexité des projets d'infrastructure à financement privé et de la diversité des critères d'évaluation généralement appliqués pour l'attribution du marché, les consortiums de projet sont souvent obligés de formuler et de soumettre séparément leurs propositions techniques et financières. Les propositions techniques soumises par les consortiums de projet doivent comporter les éléments ci-après : spécifications et calendrier des travaux, études de faisabilité et autres études, description des services à fournir et des normes de qualité applicables, enfin description des services et des normes de maintenance.

67. Les propositions financières doivent comporter les éléments ci-après : structure proposée pour les tarifs ou les prix, durée envisagée de la concession, lorsque cela n'est

pas indiqué dans la sollicitation de propositions, niveau de l'appui financier de l'État que nécessite le projet, y compris, le cas échéant, le versement de subventions ou de paiements éventuels attendus de l'autorité adjudicatrice, étendue des risques pris par les consortiums de projet pendant la phase de construction et d'exploitation, y compris les imprévus, l'assurance, les prises de participation et autres garanties contre ces risques.

68. Les études de faisabilité revêtent une importance particulière pour les projets d'infrastructure à financement privé. Ces études doivent confirmer la faisabilité et la viabilité du projet, et porter, par exemple, sur les aspects ci-après :

a) *Viabilité commerciale.* Notamment lorsqu'il s'agit de projets à financement sans garantie ou à garantie limitée, il est indispensable de définir les objectifs du projet ainsi que d'évaluer et de projeter leur réalisation pendant la durée de vie opérationnelle du projet, y compris la demande escomptée (par exemple, circulation attendue sur les routes) et la tarification (par exemple, péages).

b) *Conception technique et faisabilité opérationnelle.* Les consortiums de projet doivent être invités à faire la preuve que les technologies qu'ils proposent d'utiliser, y compris le matériel et les procédés, conviennent aux conditions nationales, locales et environnementales, que le niveau de performance envisagé sera probablement atteint et que les méthodes et les calendriers de construction sont satisfaisants. Cette étude doit aussi définir l'organisation, les méthodes et les procédures envisagées pour l'exploitation et l'entretien de l'ouvrage achevé.

c) *Viabilité financière.* Les consortiums de projet doivent être invités à faire connaître les sources de financement envisagées pour les étapes de la construction et de l'exploitation, y compris en matière de capitaux empruntés et de prises de participation. Si, dans la plupart des cas, des accords de prêt et autres modalités de financement ne prennent effet qu'après la signature de l'accord de projet, les consortiums de projet doivent être dans l'obligation de fournir suffisamment de preuves de l'intention des bailleurs de fonds de mettre les moyens de financement spécifiés à la disposition de la société de projet. Cette étude doit aussi indiquer le taux interne de rendement escompté par rapport au coût d'investissement correspondant aux arrangements financiers envisagés. Ces renseignements doivent permettre à l'autorité adjudicatrice d'estimer si les redevances ou les prix envisagés par le concessionnaire sont raisonnables et acceptables et quelles sont les possibilités d'augmentation ultérieure des redevances ou des prix.

d) *Impact sur l'environnement. C*ette étude doit passer en revue les effets négatifs ou néfastes pour l'environnement que pourrait avoir le projet et indiquer les mesures correctives à prendre.

69. Dans la procédure officielle de sélection, les propositions sont soumises par écrit, sur un exemplaire signé et sous pli cacheté. Les propositions qui parviennent à l'autorité adjudicatrice après la date limite pour la soumission des propositions ne sont pas ouvertes et sont renvoyées aux consortiums de projet qui les ont présentées (voir l'article 30-6 de la Loi type de la CNUDCI).

5. *Garanties de soumission*

70. Il peut être souhaitable que les lois ou les règlements applicables au processus de sélection donnent à l'autorité adjudicatrice le pouvoir d'exiger que les consortiums de projet prévoient une garantie de soumission pour couvrir les pertes qui pourraient résulter du retrait de certaines propositions ou de l'incapacité du consortium de projet sélectionné de conclure un accord de projet.

71. Il est souhaitable que la sollicitation de propositions indique quelles sont les exigences éventuelles de l'autorité adjudicatrice en ce qui concerne l'émetteur de toute garantie de soumission que sont tenus de fournir les consortiums de projet qui soumettent des propositions et quant à la nature, la forme, le montant et autres caractéristiques principales de toute garantie de soumission (voir l'article 27-l de la Loi type de la CNUDCI). Afin de garantir un traitement équitable à tous les consortiums de projet, les prescriptions qui font directement ou indirectement allusion au comportement du consortium de projet qui soumet la proposition ne portent que sur les faits ci-après : retrait ou modification de la proposition après la date limite fixée pour la soumission des propositions, ou avant cette date limite si la sollicitation de propositions le prévoit ainsi, non-exécution des conditions financières, défaut de signature de l'accord de projet alors que l'autorité adjudicatrice l'exige, enfin défaut de présentation de la garantie de bonne exécution du contrat après l'acceptation de la proposition ou conformément à toute autre condition antérieure à la signature du contrat spécifiée dans la sollicitation de propositions (voir l'article 32-1 *f* i à iii de la Loi type de la CNUDCI). Des mesures de sauvegarde doivent être prévues afin que l'exigence d'une garantie de soumission ne puisse être appliquée que dans des conditions équitables et dans le but recherché[6].

6. *Critères d'évaluation*

72. Parmi les critères utilisés pour évaluer les aspects techniques des propositions, à l'exception des prix, doivent figurer la faisabilité technique, l'efficacité en termes d'environnement, l'efficacité des procédés de construction et d'exploitation proposés, la viabilité des montages financiers proposés, y compris les ressources des soumissionnaires. Le comité d'évaluation classe les éléments de chaque proposition autres que les prix en fonction des systèmes de notation annoncés à l'avance pour les critères d'évaluation autres que les prix et indique par écrit les raisons de la note donnée. À côté des critères applicables à la qualité de la proposition, l'étendue de la participation des

[6]L'article 32 de la Loi type de la CNUDCI prévoit des mesures de sauvegarde importantes, à savoir notamment : impossibilité pour l'autorité adjudicatrice de revendiquer le montant de la garantie de soumission et obligation de retourner, ou de faire retourner, promptement le document de garantie dès que se produit l'un des faits suivants : *a)* l'expiration de la garantie de soumission ; *b)* l'entrée en vigueur de l'accord de projet et la fourniture d'une garantie de bonne exécution du contrat si la sollicitation de propositions exige une telle garantie ; *c)* la clôture du processus de sélection sans qu'un accord de projet entre en vigueur ; ou *d)* le retrait de la proposition avant la date limite de soumission des propositions, à moins que l'interdiction d'un tel retrait ne soit spécifiée dans la sollicitation de propositions.

fournisseurs et entrepreneurs locaux, les possibilités de développement économique que comporte la proposition, la promotion de l'emploi, le transfert de technologie, ou encore le développement des compétences scientifiques ou des compétences de gestion et d'exploitation figurent parfois parmi les autres critères indépendants des prix qu'appliquent les autorités adjudicatrices. À des fins d'objectivité et de transparence, les critères de présélection ne sont pas soumis à pondération au stade de l'évaluation.

73. Les critères utilisés pour l'évaluation des propositions financières comprennent les éléments ci-après : coût des activités de conception et de construction, coût annuel d'exploitation et de maintenance, valeur actuelle des dépenses d'investissement et des coûts d'exploitation, valeur actuelle du prix proposé sur la durée de la concession, enfin montant de la subvention éventuelle attendue des autorités du gouvernement hôte. Il est souhaitable que l'autorité adjudicatrice ne se limite pas à une comparaison des prix unitaires proposés pour le résultat escompté, mais envisage plutôt tous les aspects des propositions financières afin d'évaluer leur faisabilité sur le plan financier et la probabilité de majorations ultérieures des prix proposés.

74. Il importe pour l'autorité adjudicatrice de déterminer le poids relatif à accorder à chacun de ces critères et la manière de les appliquer à l'évaluation des propositions. Dans la mesure du possible, les critères autres que les prix qu'utilise l'autorité adjudicatrice doivent être objectifs et quantifiables afin que les propositions puissent être évaluées de manière objective et comparées sur une base commune. Cela limite les risques de décisions discriminatoires ou arbitraires. Les règlements applicables au processus de sélection peuvent spécifier la manière de formuler et d'appliquer ces facteurs.

7. *Ouverture, comparaison et évaluation des propositions*

75. À des fins de transparence, les lois nationales prescrivent souvent des procédures officielles pour l'ouverture des propositions, généralement à une heure antérieurement spécifiée dans la sollicitation de propositions, et exigent que l'autorité adjudicatrice autorise les consortiums de projet qui ont soumis des propositions, ou leurs représentants, à être présents lors de l'ouverture des propositions (voir l'article 33 de la Loi type de la CNUDCI). Les autorités adjudicatrices qui sélectionnent les consortiums de projet pour des ouvrages d'infrastructure peuvent souhaiter structurer l'évaluation des propositions en deux étapes, comme c'est le cas dans la procédure d'évaluation prévue à l'article 42 de la Loi type de la CNUDCI. Dans une étape initiale, l'autorité adjudicatrice fixe généralement un seuil pour les aspects qualitatifs et techniques qui doivent figurer dans les propositions techniques conformément aux critères autres que les prix énoncés dans les propositions, et elle évalue chaque proposition technique en fonction de ces critères, de leur poids relatif et de la manière dont ils doivent être appliqués conformément à la sollicitation de propositions. L'autorité adjudicatrice compare ensuite les propositions financières dont la note est égale ou supérieure à ce seuil.

76. Lorsque les propositions techniques et financières doivent être évaluées de manière consécutive, l'autorité adjudicatrice n'ouvre généralement à ce stade que les propositions techniques et s'assure qu'elles sont à première vue conformes à la sollicitation de propositions (autrement dit qu'elles couvrent tous les points sur lesquels doivent porter les propositions techniques). Les propositions incomplètes ou partielles sont éliminées à ce stade. Si l'autorité adjudicatrice peut demander aux consortiums de projet de fournir des éclaircissements au sujet de leur proposition, aucune modification quant au fond, notamment des modifications visant à rendre conforme une proposition qui ne l'est pas, ne doit être demandée, proposée ou autorisée à ce stade (voir l'article 34-1 *a* de la Loi type de la CNUDCI).

77. La proposition la plus avantageuse est celle qui obtient la note la plus élevée en fonction des critères d'évaluation aussi bien fondés sur les prix que ceux indépendants des prix. Le prix proposé pour le produit (tarif de l'eau ou de l'électricité, niveau des péages, par exemple) peut également servir de facteur décisif pour retenir une proposition parmi celles qui ont atteint le seuil en ce qui concerne les aspects qualitatifs et techniques. Afin d'encourager la transparence du processus de sélection et d'éviter un usage abusif des critères d'évaluation autres que les prix, il est conseillé d'exiger que le comité d'attribution fournisse une justification écrite des raisons qui ont motivé le choix d'une proposition autre que l'offre du prix unitaire le plus bas pour le produit.

[La Commission souhaitera peut-être envisager l'opportunité d'élaborer plus avant les critères d'évaluation qu'il est recommandé d'appliquer à l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé, notamment en ce qui concerne la notion de "prix" et autres critères utilisés pour évaluer les propositions financières.]

8. *Négociations finales*

78. L'autorité adjudicatrice classe toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énumérés dans la sollicitation de propositions et invite le consortium de projet qui a obtenu la meilleure notation, ou, selon le cas, celui qui a offert le prix le plus bas pour le produit parmi ceux qui ont atteint le seuil fixé pour les aspects techniques, à une négociation finale de l'accord de projet. Le risque que les négociations avec le consortium de projet le plus qualifié ne donnent lieu à des pressions en vue de modifier le prix ou l'attribution des risques qui figuraient initialement dans la proposition, et cela au détriment des autorités du gouvernement hôte, est l'une des difficultés auxquelles se heurtent les autorités adjudicatrices. Il ne doit pas être possible de modifier les éléments fondamentaux de la proposition, car cela risque de fausser les hypothèses sur la base desquelles les propositions ont été soumises et notées. Par conséquent, les négociations à ce stade ne peuvent porter sur les dispositions contractuelles qui ont été déclarées non négociables dans la dernière sollicitation de propositions.

79. L'autorité adjudicatrice informe les autres consortiums de projet qu'ils pourraient être invités à négocier si les négociations avec le consortium de projet ayant obtenu la meilleure notation n'aboutissent pas à un accord de projet. S'il apparaît à l'autorité adjudicatrice que les négociations avec le consortium de projet invité n'aboutiront pas à un accord de projet, elle informe ce consortium de projet qu'elle met fin aux négociations avant d'inviter à des négociations le consortium de projet qui vient ensuite dans la notation jusqu'à ce qu'elle parvienne à un accord de projet ou qu'elle rejette toutes les propositions restantes. Pour éviter les risques d'abus et de retards superflus, l'autorité adjudicatrice ne doit pas rouvrir les négociations avec tout consortium de projet après y avoir mis fin.

9. *Avis d'attribution de projet*

80. Les accords de projet comportent fréquemment des dispositions qui intéressent directement des parties autres que l'autorité adjudicatrice et la société de projet et qui pourraient avoir un intérêt légitime à être informées de certains éléments essentiels du projet. Tel est le cas notamment pour les projets qui comportent la prestation d'un service directement au public. À des fins de transparence, il est parfois souhaitable de définir des procédures pour diffuser les dispositions de l'accord de projet susceptibles d'intéresser le grand public. L'une des procédures possibles consiste à exiger que l'autorité adjudicatrice publie un avis de l'attribution du projet contenant notamment les renseignements ci-après : *a)* le nom de la société de projet; *b)* les annexes et pièces jointes qui font partie de l'accord; *c)* un descriptif des travaux et des services dont se chargera la société de projet; *d)* la durée de la concession; *e)* la structure des tarifs; *f)* les droits et obligations de la société de projet et les garanties qu'elle devra fournir; *g)* les droits de suivi de l'autorité adjudicatrice et les sanctions qu'elle appliquera en cas de manquement à l'accord de projet; *h)* les obligations des autorités du pays hôte, y compris les paiements, subventions ou indemnisations qu'elles offriront; et *i)* toute autre disposition essentielle de l'accord de projet prévue dans la sollicitation de propositions. Lorsque ce système est utilisé, il importe de veiller à la cohérence entre l'avis d'attribution et l'accord de projet.

H. *Négociations directes*

81. Dans certains pays, les concessions de services publics sont traditionnellement considérées comme une délégation d'une fonction de l'État et, dans ce sens, l'autorité qui délègue cette fonction n'est pas tenue de se conformer aux procédures applicables à l'attribution de marchés publics. Dans ces pays, des concessions peuvent être accordées à l'issue de négociations directes entre l'autorité chargée de déléguer cette fonction et un concessionnaire de son choix. Contrairement aux procédures de sélection avec appel à la concurrence, qui peuvent parfois sembler trop rigides, la sélection par voie de négociations est caractérisée par une grande souplesse en matière de procédures et beaucoup de discrétion de la part de l'autorité adjudicatrice. La seule condition requise pour ces négociations concerne parfois la publication préalable d'un avis aux parties intéressées qui souhaitent être invitées à ces négociations.

82. Dans d'autres pays où la procédure d'appel d'offres est normalement la règle pour l'attribution de marchés publics, les autorités adjudicatrices ont été encouragées à avoir recours à des négociations directes chaque fois que possible pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé. Dans ces pays, les négociations avec les consortiums de projet sont encouragées en faisant valoir que, ce faisant, les pouvoirs publics ne sont pas tenus par des prescriptions prédéterminées ou par des spécifications rigides et disposent donc d'une plus grande marge d'action pour tirer parti de propositions de remplacement ou de propositions novatrices susceptibles d'être présentées par les participants lors de la procédure de sélection, ainsi que pour modifier et adapter leurs propres exigences au cas où des options plus attrayantes pour répondre à leurs besoins d'infrastructure seraient formulées au cours des négociations.

83. Les lois nationales qui traitent de la sélection par négociation définissent généralement un petit nombre de règles et de procédures applicables au processus par lequel les parties négocient et concluent leur contrat. Les lois de certains pays prévoient toutefois des méthodes de sélection qui réunissent certaines caractéristiques de base à la fois de la méthode d'appel d'offres et de la méthode de négociation. Dans l'une de ces méthodes structurées de négociations, qui est parfois désignée sous le nom de "processus de négociation avec appel à la concurrence", l'autorité adjudicatrice sollicite des propositions auprès d'un nombre limité de sociétés considérées comme ayant les qualifications et les compétences appropriées. Elle définit également les critères généraux auxquels doivent répondre les propositions (objectifs généraux de performance, spécification du produit, par exemple). L'autorité adjudicatrice sélectionne les propositions qui semblent répondre à ces critères et entame des discussions avec l'auteur de chacune d'entre elles afin de préciser et d'améliorer la proposition jusqu'à ce qu'elle la juge satisfaisante. Le coût de chacune de ces propositions n'entre pas dans le champ de ces discussions. Lorsque les propositions définitives ont été mises au point, l'autorité adjudicatrice invite l'auteur de chacune d'entre elles à soumettre une offre de prix ferme au titre de sa proposition. L'autorité adjudicatrice choisit la proposition de la société qui offre le prix le plus bas ou le prix évalué le plus bas.

84. Les méthodes négociées offrent généralement une grande souplesse, ce que certains pays peuvent juger avantageux pour la sélection du concessionnaire. Les méthodes négociées peuvent toutefois présenter un certain nombre d'inconvénients qui les rendent moins attrayantes comme principale méthode de sélection dans un certain nombre de pays. En raison de la grande souplesse et du haut degré de discrétion dont bénéficie l'autorité adjudicatrice, les méthodes négociées font appel à du personnel hautement qualifié et doté d'une expérience suffisante pour la négociation de projets complexes. Ces méthodes exigent aussi une équipe de négociation bien structurée, une ligne d'autorité clairement définie et un haut degré de coordination et de coopération entre tous les

bureaux intéressés. Le recours à des négociations pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé risque par conséquent de ne pas constituer une variante viable pour les pays qui n'utilisent pas traditionnellement ces méthodes pour l'attribution des grands marchés publics. Les méthodes négociées présentent par ailleurs l'inconvénient de ne pas garantir le degré de transparence et d'objectivité que des méthodes plus structurées avec appel à la concurrence permettent d'atteindre. Dans certains pays, on pourrait s'inquiéter que la plus grande discrétion que comportent les méthodes négociées pourrait aller de pair avec un plus grand risque de pratiques abusives ou de manœuvres corrompues.

1. *Circonstances autorisant le recours à des négociations directes*

85. Dans les pays où l'application de procédures de sélection avec appel à la concurrence est la règle généralement recommandée pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé, des négociations directes ne sont en général autorisées que dans des cas exceptionnels. À des fins de transparence et de discipline dans l'attribution des projets, il peut être souhaitable, en règle générale, que la loi définisse dans quelles circonstances le recours à des négociations directes est autorisé, à savoir notamment :

a) Lorsqu'il existe un besoin urgent d'offrir immédiatement un certain service et qu'il serait donc impossible d'engager une procédure de sélection avec appel à la concurrence, à condition que les circonstances qui ont créé cette urgence n'aient pas été prévisibles par l'autorité adjudicatrice et n'aient pas été le résultat d'un comportement dilatoire de sa part;

b) Lorsqu'il s'agit de projets de courte durée pour lesquels la mise de fonds initiale prévue ne dépasse pas un montant spécifié.

86. Dans certains pays, après la mise en marche d'une procédure de sélection avec appel à la concurrence, il peut arriver que l'autorité adjudicatrice décide de changer la méthode de sélection en faveur de négociations directes. Cela peut se produire en particulier lorsqu'une invitation à une présélection ou une sollicitation de propositions ont été publiées, mais sans être suivies de demandes de présélection ou de propositions, ou lorsque toutes les propositions ont été rejetées par l'autorité adjudicatrice et lorsque, de l'avis de celle-ci, la diffusion d'une nouvelle sollicitation de propositions n'aboutirait probablement pas à l'attribution d'un projet. Dans ce cas, l'autorité adjudicatrice peut décider d'entamer des négociations avec les candidats qui ont soumis des offres conformes plutôt que d'avoir à rejeter toutes les propositions et à entamer une autre procédure dont l'issue serait incertaine.

2. *Propositions spontanées*

87. Des propositions spontanées peuvent faire suite à l'identification par le secteur privé d'un besoin auquel pourrait répondre un projet d'infrastructure à financement privé. Ces propositions peuvent aussi comporter des propositions novatrices pour la gestion des infrastructures. Les autorités du pays hôte peuvent donc avoir intérêt à encourager le secteur privé à formuler des propositions novatrices pour le développement des infrastructures. Parallèlement, toutefois, l'attribution de marchés à la suite de propositions spontanées et sans faire appel à la concurrence d'autres consortiums de projet risque d'exposer les pouvoirs publics à de graves critiques, en particulier lorsqu'il s'agit de concessions exclusives. En outre, en l'absence de concurrence, les autorités du pays hôte risquent de se priver de paramètres objectifs pour comparer les prix, les éléments techniques et l'efficacité d'ensemble du projet.

88. On peut répondre à ces propositions spontanées de deux manières essentiellement : dans certains pays, les pouvoirs publics sont autorisés à négocier les propositions spontanées directement avec leurs auteurs ; dans d'autres pays, les projets résultant de propositions spontanées doivent aussi être attribués conformément aux procédures généralement applicables à l'attribution des marchés.

89. Un moyen de mettre à profit les possibilités d'innovation qui peuvent résulter de propositions spontanées peut consister à définir une procédure transparente pour l'examen de ces propositions, par exemple, la procédure exposée dans les paragraphes qui suivent.

a) *Soumission de la proposition initiale*

90. La société ou le consortium de projet qui font part aux autorités du pays hôte d'une proposition de développement des infrastructures par le secteur privé peuvent être invités à soumettre une proposition initiale qui comporterait les éléments ci-après : description de la ou des sociétés intéressées (références à des projets antérieurs, données financières), descriptif du projet (type de projet, emplacement, impact régional, investissement proposé, coût d'exploitation, évaluation financière, ressources demandées aux autorités du pays hôte ou à des tiers), lieu d'implantation (régime de propriété, nécessité de recourir à une procédure d'expropriation sur des terrains et autres biens), enfin description des services et des travaux.

b) *Réaction initiale et propositions officielles*

91. À l'issue d'un examen préliminaire, les autorités du pays hôte font savoir à la société, dans un délai suffisamment bref, si le projet semble ou non susciter un intérêt dans le grand public. Lorsque les autorités du pays hôte réagissent positivement au projet, la société est invitée à soumettre une proposition officielle qui, à côté des questions traitées dans la proposition initiale, doit contenir une étude de faisabilité technique et économique (caractéristiques, coûts et avantages notamment) et une étude d'impact sur l'environnement. La société à l'origine de la proposition spontanée garde un titre sur toute la documentation présentée pendant toute la durée de la procédure, documentation qui doit lui être retournée en cas de rejet de la proposition. Afin de ne pas décourager l'envoi de propositions spontanées, il est conseillé de

prévoir qu'aucune proposition ne peut être sollicitée pendant un certain nombre d'années pour un projet qui a été rejeté sans inviter la société qui a présenté la proposition initiale.

c) *Examen public des propositions*

92. Si les autorités du pays hôte acceptent la proposition, l'autorité adjudicatrice ouvre une procédure publique de sélection de la manière exposée ci-dessus aux paragraphes 43 à 80, la société qui a soumis la proposition initiale étant invitée à y participer. Dans cette procédure, une marge de préférence peut être accordée dans la notation finale à l'auteur de la proposition initiale pour le récompenser d'avoir soumis la proposition.

93. Au cours de la procédure qui s'ensuit, l'autorité adjudicatrice peut être amenée à utiliser les dessins, plans et autres documents initialement présentés avec la proposition spontanée. Il importe donc, à ce stade, de régler les questions que pourraient soulever les droits de propriété intellectuelle liés à ces dessins, plans et documents au cas où les droits de propriété intellectuelle n'ont pas été acquis par l'autorité adjudicatrice. *[La Commission souhaitera peut-être voir s'il convient de développer cette question.]*

I. *Procédures de recours*

94. L'octroi aux consortiums de projet d'un droit de recours contre les décisions prises par l'autorité adjudicatrice en contradiction avec les règles applicables à la procédure de sélection constitue une importante garantie du respect de ces règles. Les caractéristiques essentielles d'une procédure de recours peuvent être empruntées, *mutatis mutandis*, au chapitre VI de la Loi type de la CNUDCI.

J. *Procès-verbal de la procédure de sélection*

95. Afin de garantir la transparence et la responsabilité et pour faciliter l'exercice du droit de recours des consortiums de projet qui s'estiment lésés contre les décisions prises par l'autorité adjudicatrice, la loi doit exiger que l'autorité adjudicatrice tienne un procès-verbal approprié des éléments essentiels de la procédure de sélection.

96. Le procès-verbal tenu par l'autorité adjudicatrice doit tout d'abord contenir, *mutatis mutandis*, les renseignements de caractère général concernant la procédure de sélection qui doivent normalement être consignés pour la passation des marchés publics (par exemple, les renseignements énumérés à l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI), et notamment les renseignements ci-après :

a) Descriptif du projet pour lequel l'autorité adjudicatrice a sollicité des propositions;

b) Noms et adresses des sociétés membres des consortiums de projet qui ont soumis des propositions, ainsi que les noms et adresses des membres du consortium de projet avec lequel l'accord de projet a été conclu;

c) Renseignements sur les qualifications ou l'absence de qualifications des consortiums de projet et résumé de l'évaluation et de la comparaison des propositions, et notamment de l'application de toute marge de préférence;

d) Prix ou base utilisée pour le déterminer, ainsi qu'un résumé des autres clauses principales des propositions et de l'accord de projet;

e) Résumé des demandes d'éclaircissements concernant la documentation de présélection ou la sollicitation de propositions, réponses qu'elles ont suscitées et aperçu de tous les changements apportés à cette documentation;

f) En cas de rejet de toutes les propositions, déclaration motivée à cet effet.

97. À côté des renseignements ci-dessus, il peut être utile d'exiger que l'autorité adjudicatrice fasse état des renseignements ci-après dans le procès-verbal de la procédure de sélection :

a) Résumé des conclusions des études de faisabilité préliminaires commanditées par l'autorité adjudicatrice et résumé des conclusions des études de faisabilité présentées par les candidats sélectionnés;

b) Liste des consortiums de projet présélectionnés;

c) Si des changements dans la composition des consortiums de projet présélectionnés sont autorisés par la suite, un énoncé des raisons invoquées pour autoriser ces changements et des conclusions quant aux qualifications des nouveaux membres ou des membres admis dans les consortiums considérés;

d) Si l'autorité adjudicatrice estime plus avantageuse une proposition autre que celle qui offre le prix unitaire le plus bas pour le produit recherché, une justification des raisons qui ont amené le comité d'attribution à cette conclusion;

e) Si les négociations avec le consortium qui a présenté la proposition la plus avantageuse et les négociations ultérieures avec les autres consortiums conformes n'ont pas abouti à un accord de projet, une déclaration motivée dans ce sens.

98. Lorsque la procédure de sélection se fait par négociations directes (voir par. 81 à 86), il peut être utile de faire figurer les renseignements ci-après dans le procès-verbal de la procédure de sélection :

a) Un énoncé des raisons et des circonstances invoquées par l'autorité adjudicatrice pour justifier la procédure de négociations directes;

b) Le nom et l'adresse de la ou des sociétés invitées à ces négociations;

c) Au cas où ces négociations n'aboutiraient pas à un accord de projet, une déclaration motivée dans ce sens.

99. Pour la procédure de sélection engagée à la suite de propositions spontanées (voir par. 87 à 93), il serait peut-être utile de faire également figurer les renseignements ci-après dans le procès-verbal de la procédure de sélection :

a) Le nom et l'adresse de la ou des sociétés à l'origine de la proposition spontanée et une brève description de celle-ci;

b) Une attestation de l'autorité adjudicatrice selon laquelle la proposition spontanée a été jugée d'intérêt public.

[La Commission souhaitera peut-être étudier s'il serait utile d'aborder dans le Guide *la question des renseignements qui devraient être mis à la disposition du public et de ceux qui devraient être réservés aux autorités du pays hôte et aux auteurs des propositions].*

[A/CN.9/444/Add.5]

CHAPITRE IV. CONCLUSION ET CONDITIONS GÉNÉRALES DE L'ACCORD DE PROJET

Recommandations concernant la législation

L'accord de projet dans la législation

1. Il est recommandé de limiter au strict nécessaire les dispositions légales fixant les droits et les obligations mutuels des autorités du pays hôte et de la société de projet, et de les borner, par exemple, aux questions pour lesquelles il faut prévoir un texte portant autorisation, qui mettent en cause les intérêts de tiers ou qui touchent à des considérations fondamentales de politique générale (par. 2 à 4).

Conclusion de l'accord de projet

2. Il est recommandé de simplifier la procédure de conclusion de l'accord de projet et de désigner à l'avance l'autorité ou les autorités qui seront habilitées à l'approuver et à le signer au nom des pouvoirs publics (par. 5 et 6).

Le site du projet

3. Lorsque les terrains nécessaires au projet doivent être acquis par l'État par voie d'expropriation, il peut être souhaitable de prévoir que toutes les expropriations nécessaires se feront selon les procédures les plus expéditives que permet le droit national (par. 8 à 12).

4. Les droits de passage et servitudes que la société de projet doit éventuellement acquérir peuvent faire l'objet d'une législation propre au secteur considéré (par. 13 à 16).

Exclusivité

5. Il est bon que la législation laisse aux autorités nationales et à la société de projet le soin de s'accorder sur le point de savoir si les premières doivent s'engager à ne pas favoriser la réalisation d'un projet parallèle qui pourrait faire concurrence à la seconde (par. 17 à 21).

Statut juridique du concessionnaire

6. Les autorités du pays hôte peuvent souhaiter que le consortium de projet se constitue en personne morale indépendante ayant un siège local. Lorsque l'intérêt public y engage, la législation peut autoriser les pouvoirs publics à confier la réalisation des projets à des sociétés étrangères (par. 26 et 27).

7. Il n'est pas nécessairement souhaitable de fixer dans la loi un capital social minimal (par. 29 et 30).

8. La législation peut exiger que les activités de la société de projet se limitent à la réalisation et à l'exploitation de l'ouvrage ou des ouvrages particuliers qui lui sont expressément confiées. Elle peut également prescrire que toute modification de fond apportée aux statuts et aux règlements de la société de projet ou tout changement intervenant dans le contrôle effectif exercé sur cette société soient approuvés par les autorités du pays (par. 31 à 34).

Transfert de la concession

9. La société de projet ne doit pas être autorisée à céder la concession qui lui est attribuée sans le consentement des autorités du pays hôte. Ce consentement peut être donné avant l'expiration de la concession sous diverses conditions, notamment les suivantes :

a) Le sous-concessionnaire endosse toutes les obligations prévues dans l'accord de projet;

b) Le sous-concessionnaire atteste qu'il a les capacités techniques et financières que suppose la fourniture des services prévus (par. 35 et 36).

10. Le concessionnaire peut être autorisé à octroyer des sous-concessions avec l'approbation préalable des autorités du pays hôte (par. 37 et 38).

Sûretés

11. Lorsque les biens corporels compris dans l'ouvrage ne sont pas la propriété de la société de projet, il est souhaitable que la loi précise si celle-ci peut, et éventuellement dans quelle mesure, prétendre constituer sur ces biens une sûreté réelle (par. 40 à 42).

12. Il est utile que la loi autorise la société de projet à donner en garantie les droits qu'elle acquiert en vertu de l'accord de projet, à condition que la réalisation de cette garantie n'affecte pas les obligations qui lui incombent en vertu de cet accord (par. 43 et 44).

13. Il est également utile que la loi autorise le nantissement des parts sociales de la société de projet, sous réserve de l'approbation des autorités du pays hôte (par. 45).

Durée de la concession

14. Lorsqu'il paraît souhaitable de limiter par voie législative la durée des concessions à un certain nombre d'années, il est bon de prévoir une période suffisamment longue pour que la société de projet puisse rembourser ses dettes et obtenir un niveau raisonnable de recettes, de production ou d'utilisation (par. 46 et 47).

Notes sur les recommandations concernant la législation

A. *Considérations générales*

1. L'"accord de projet" conclu entre les autorités du pays hôte et la société de projet est au centre du dossier d'un projet d'infrastructure. Il définit la portée de l'ouvrage et les intentions que sert celui-ci ainsi que les droits et obligations des parties; il détaille les travaux que doit réaliser la société de projet, les conditions d'exploitation de l'ouvrage et les modalités de fourniture des services prévus.

1. *L'accord de projet dans la législation*

2. On trouve dans les législations nationales trois grandes conceptions de l'accord de projet du point de vue de son contenu : il y a des pays où la législation parle à peine des accords de ce type; dans d'autres, elle contient des dispositions impératives détaillées qui précisent la teneur des clauses qui doivent y figurer; la troisième solution consiste à dresser la liste des points que doit régler l'accord de projet mais sans donner le détail des clauses correspondantes.

3. Le fait de prévoir des dispositions législatives réglant certains aspects fondamentaux de l'accord de projet présente l'avantage de mettre en place, dès le début des négociations, un cadre général de répartition entre les parties de leurs droits et obligations. Ces dispositions peuvent aussi donner des orientations juridiques aux autorités publiques chargées de rédiger l'accord aux divers niveaux (national, provincial ou local) de l'État, orientations particulièrement utiles aux administrations publiques qui n'ont pas l'expérience de ce genre de négociations. Certains pays peuvent aussi estimer que l'existence de prescriptions légales concernant certains éléments de l'accord améliore leur position de négociation face à la société de projet. Enfin, il faut dans certains cas qu'un texte législatif confère aux autorités le pouvoir de souscrire à certaines conditions de l'accord.

4. L'inconvénient que présente le fait de prévoir des dispositions législatives détaillées sur les droits et les obligations des parties est que les autorités publiques et la société de projet peuvent se trouver privées de la latitude dont elles ont besoin pour négocier entre elles un accord adapté aux exigences et aux particularités du projet considéré. Il est donc souhaitable de limiter la portée des dispositions concernant l'accord de projet au strict minimum et de les borner, par exemple, aux questions pour lesquelles il faut prévoir un texte portant autorisation, qui mettent en cause les intérêts de tiers ou qui touchent à des considérations fondamentales de politique générale auxquelles il ne peut être dérogé par voie conventionnelle.

2. *Conclusion de l'accord de projet*

5. Les projets d'infrastructure à financement privé sont en général entrepris sous le couvert d'un accord écrit conclu entre les autorités du pays hôte et la société de projet. La négociation et la signature de cet acte écrit sont des prescriptions expresses de la loi. Certaines législations nationales exigent que la conclusion et l'entrée en vigueur de l'accord se fassent dans certaines formes. Il y a des pays où les conditions ainsi convenues par l'entité adjudicatrice et le consortium sélectionné doivent être approuvées par une autorité supérieure. Parfois encore, l'entrée en vigueur de l'accord doit être sanctionnée par un acte parlementaire ou même précédée de l'adoption d'un texte législatif spécial.

6. Soucieux de faire avancer rapidement les choses et d'éviter ce que les retards peuvent avoir de préjudiciable, certains pays délèguent par voie législative le pouvoir d'engager la signature de l'État à certains fonctionnaires déterminés, de sorte que l'accord de projet entre en vigueur dès sa signature, ou dès l'achèvement de certaines formalités, comme la parution du texte au journal officiel. Dans les pays où cette procédure est inapplicable ou dans lesquels une autre instance encore doit donner son approbation finale, il est recommandé de chercher les moyens d'éviter tout temps mort. Il ne faut pas oublier que l'éventualité que le projet n'aboutisse pas alors que les négociations sont terminées parce qu'il manquerait une approbation est un risque que la société de projet n'est pas disposée à assumer. Lorsque les conditions de cette approbation sont jugées arbitraires ou trop lourdes, les autorités du pays hôte doivent être priées de donner à la société de projet ou aux bailleurs de fonds des garanties suffisantes pour les mettre à l'abri de ce risque. Dans certains pays où cette approbation était nécessaire, les autorités ont consenti dans l'accord à défrayer la société de projet de toute dépense qu'elle aurait engagée si le projet n'avait pas obtenu l'approbation finale pour des raisons indépendantes de la volonté de la société elle-même.

B. *Conditions générales de l'accord de projet*

7. Les accords de projet sont d'ordinaire des documents fort longs, qui traitent en détail de questions très variées, d'ordre général ou propres au projet considéré. La présente section analyse l'importance du point de vue du législateur des dispositions de l'accord qui paraissent fondamentales en droit national.

1. *Le site du projet*

8. Lorsqu'un nouvel ouvrage doit être construit sur un terrain de propriété publique ou qu'un ouvrage existant doit être modernisé ou rénové (projets "modernisation-exploitation-transfert" et "rénovation-exploitation-transfert"), c'est normalement aux autorités de l'État, propriétaires du terrain ou de l'ouvrage, de mettre celui-ci à la disposition de la société de projet. Elles cèdent souvent à la société le titre de propriété du terrain ou de l'ouvrage, mais peuvent le conserver en donnant à la société un droit d'usage sur le terrain ou l'ouvrage et le droit d'y procéder à des travaux.

9. Que l'ouvrage doive faire retour à l'État ou qu'il doive rester définitivement la propriété de la société de projet, il est souhaitable que les parties procèdent à un état des lieux au moment où il est transféré à la société de projet. Cette opération permet de réduire les litiges au moment où l'infrastructure est restituée à l'État. L'accord de projet doit donc prévoir que les terrains et les ouvrages seront inspectés, métrés et délimités avant d'être remis à la société de projet. Parmi les autres questions que règle normalement l'accord figurent celle des procédures de transfert des terrains ou des installations et celle de la production des pièces documentaires nécessaires.

10. La situation peut être plus complexe quand les terrains n'appartiennent pas à l'État et qu'il faut donc les acheter à leurs propriétaires. Dans le cas des projets qui ont pour origine une offre non sollicitée présentée par le secteur privé (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 87 à 93) ou encore dans celui des ouvrages présentant un potentiel commercial relativement élevé mais ne relevant pas d'une priorité nationale, les autorités du pays hôte peuvent ne pas voir la nécessité de s'engager à acquérir les terrains et à les fournir à la société de projet. Le plus souvent, toutefois, ce n'est pas celle-ci qui est la mieux placée pour prendre la responsabilité de ces acquisitions. Elle peut craindre les retards et les frais que comportent les négociations à engager avec des propriétaires qui peuvent être très nombreux, et redouter dans certaines régions de devoir faire des recherches complexes sur les titres fonciers et examiner la succession des mutations pour avérer la légitimité de chaque propriétaire. Il est donc courant que les autorités du pays hôte se chargent de fournir les terrains nécessaires à la réalisation du projet, afin d'éviter tout retard inutile ou tout alourdissement du coût du projet que peut entraîner leur acquisition. Elles peuvent acheter ces terrains à leurs propriétaires ou procéder au besoin par voie d'expropriation.

11. Lorsqu'il faut procéder par voie d'expropriation, diverses mesures préparatoires doivent être prises pour s'assurer que la mise en chantier ne sera pas retardée. Dans les pays où la législation prévoit plusieurs modalités d'expropriation, il est souhaitable de conduire les évictions liées à un projet d'infrastructure à financement privé par les voies les plus expéditives, par exemple la procédure spéciale de déclaration d'utilité publique que connaissent certains pays (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", par. 36 et 37).

12. Le droit d'expropriation est en général dévolu à la puissance publique, mais la législation de certains pays autorise aussi des établissements publics (société nationale de chemins de fer, compagnie d'électricité ou de téléphone...) à prendre certaines mesures d'expropriation des biens privés nécessaires à la fourniture au public ou au développement des services dont ils sont responsables. Dans les pays où l'indemnisation des propriétaires expropriés est réglée par les tribunaux, il s'est révélé particulièrement utile de déléguer à la société concessionnaire le pouvoir d'entreprendre certaines démarches d'expropriation, les autorités publiques restant responsables de l'exécution des actes dont la loi fait une condition préalable à l'ouverture de la procédure d'expropriation. Au moment de l'expropriation, le titre foncier revient souvent aux autorités publiques, encore que dans certains cas la loi autorise ces autorités et la société de projet à prendre des arrangements différents tenant compte du partage entre elles du coût de l'opération.

2. *Droit de passage et autres servitudes*

13. Dans certains cas, il faut non seulement acquérir les terrains sur lesquels seront réalisées les infrastructures, mais encore s'assurer qu'ils sont accessibles à la société de projet lorsque l'ouvrage est ainsi situé que, pour s'y rendre, il faut traverser la propriété de tiers. La conception même du projet peut obliger la société qui le réalise à pénétrer sur des terrains appartenant à des tiers, par exemple, pour installer des panneaux de signalisation sur les parcelles adjacentes, ériger des pylônes de transport électrique, mettre en place, puis entretenir des postes de transformation ou de commutation, tailler les arbres qui gênent les lignes téléphoniques sur des terrains voisins, etc. Ce droit d'utiliser le bien de tiers à des fins précises ou pour y procéder à des travaux sera dans le présent *Guide* qualifié du terme général de "servitude".

14. Une servitude exige en général le consentement du propriétaire du terrain qu'elle grève, à moins qu'elle ne soit prévue par la loi. Sauf dans le cas où elle ne touche qu'un petit nombre de propriétés contiguës au site du projet, il n'est en général ni rapide ni économique de laisser la société de projet l'acquérir directement auprès des propriétaires. Le plus souvent, ce sont les autorités publiques qui procèdent à l'opération par voie d'expropriation en même temps qu'elles procèdent à l'expropriation du site lui-même.

15. On peut songer à une autre solution, quelque peu différente : la loi elle-même prévoit le type de servitudes accordées à la société de projet, sans nécessairement exiger l'expropriation des terrains concernés. Cette solution peut s'appliquer dans le cadre de législations sectorielles, lorsque les pouvoirs publics pensent être en mesure de déterminer à l'avance le minimum de servitudes qui seront nécessaires à la société de projet. Par exemple, la loi organisant le secteur de la production d'électricité peut fixer les conditions dans lesquelles la société concessionnaire a le droit d'installer des lignes sur les terrains de tiers pour mettre en place et faire fonctionner ses installations de base et son réseau de distribution, ou d'entretenir, réparer ou enlever ces équipements, établir une zone de

sécurité le long du parcours des lignes enterrées et aériennes, ou encore faire disparaître les obstacles situés le long des lignes ou empiétant sur la zone de sécurité.

16. Dans certains systèmes juridiques, cependant, la société de projet peut être tenue de dédommager le propriétaire, comme s'il y avait eu expropriation, lorsque la nature de la servitude est telle qu'elle entraîne pour lui une perte de jouissance appréciable.

3. *Exclusivité*

17. L'un des points fondamentaux que règle l'accord de projet est celui de savoir si le droit d'exploiter l'ouvrage ou de fournir le service dont il s'agit est un droit exclusif ou si d'autres ouvrages concurrents pourront aussi fonctionner. Ce droit d'exclusivité peut prendre la forme d'une exclusivité territoriale (c'est le cas, par exemple, d'une compagnie de distribution de l'eau) ou nationale (c'est le cas d'une compagnie de chemins de fer). Il peut couvrir le droit de fournir un certain type de biens ou de services à un tiers particulier (c'est le cas du producteur d'électricité qui est le fournisseur exclusif du distributeur dans sa région) ou à un groupe restreint de clients (c'est le cas de l'entreprise nationale de téléphone interurbain qui offre des raccordements aux compagnies locales de téléphone).

18. Les pays qui souhaitent mettre en place un régime général des projets d'infrastructure à financement privé peuvent adopter à l'égard de la question de l'exclusivité une attitude souple consistant à prévoir dans la législation que les pouvoirs publics sont habilités à octroyer des concessions exclusives quand ils jugent que cela sert l'intérêt public, par exemple quand des raisons techniques ou économiques le justifient. L'autorité concédante peut être tenue dans chaque cas de motiver sa décision de rendre la concession exclusive. Ces textes législatifs d'ordre général peuvent être complétés par des lois sectorielles réglant la question de l'exclusivité en fonction des particularités de chaque secteur (voir chap. II, "Structure et réglementation des secteurs", ...).

19. Certains projets soulèvent de surcroît la question de savoir s'il faut garantir à la société concessionnaire qu'aucun ouvrage concurrent ne sera mis en exploitation. Dans certaines législations, des dispositions prévoient que les pouvoirs publics ne favoriseront pas la réalisation de projets parallèles qui pourraient se poser en concurrents de la société concessionnaire. Parfois, les pouvoirs publics s'engagent à ne pas modifier les conditions de l'exclusivité au détriment de la société de projet sans le consentement de celle-ci. Parfois aussi, un engagement en ce sens peut être implicitement inscrit dans le régime des concessions ou dans les principes généraux du droit administratif, notamment lorsque l'activité dont il s'agit est, ou était, un monopole d'État.

20. L'intention de ces dispositions est de donner confiance aux actionnaires et aux bailleurs de fonds de la société de projet, qui sont assurés qu'une réalisation concurrente ne sera pas entreprise en parallèle, ou que les principes fondamentaux qui ont présidé à l'adjudication seront respectés. Mais elles peuvent avoir pour effet de limiter les possibilités qu'ont les autorités publiques de faire face à l'évolution des circonstances comme l'intérêt public l'exigerait. Par exemple, le barème des prix qui permettrait d'exploiter avec profit une route à péage peut être trop élevé pour les citoyens à faible revenu, et les autorités du pays hôte ont alors intérêt à laisser l'ancienne route gratuite à la disposition du public qui peut l'emprunter au lieu de la nouvelle autoroute à péage. Les arrangements de ce genre ne sont pas rares dans le domaine des infrastructures routières.

21. Peut-être est-il donc souhaitable que la loi permette aux autorités publiques et à la société de projet de trouver une solution convenable dans l'accord de projet lui-même, au lieu d'imposer une réglementation uniforme à tous les projets. La faculté que les pouvoirs publics du pays hôte doivent conserver de modifier par la suite la politique qu'ils appliquent au secteur considéré, par exemple, de décider d'ouvrir ce secteur à la concurrence ou de construire une autre infrastructure, peut aussi faire l'objet d'une convention entre les parties dans le contexte des dispositions concernant les changements de circonstances (voir chap. VIII, "Retards, défectuosités et autres défauts d'exécution", ...).

4. *Statut juridique du concessionnaire*

22. En général, l'accord de projet contient des dispositions fixant le statut juridique du concessionnaire et réglant la question de savoir s'il doit être constitué en personne morale indépendante ou si le marché doit être adjugé à titre collectif à un consortium. Ces dispositions figurent fréquemment dans le régime national des projets d'infrastructure à financement privé.

23. Dans la pratique des affaires, un consortium est un dispositif contractuel dans le cadre duquel un groupe d'entreprises s'engagent à collaborer à la réalisation d'un projet, mais sans se fondre en une personne morale indépendante. Les consortiums se forment très couramment dans l'industrie du BTP pour les grands travaux mobilisant des capitaux importants et exigeant des compétences techniques dans plusieurs métiers. Ils sont en général considérés comme une formation purement contractuelle, qui n'a pas de personnalité juridique propre. Ils peuvent relever de catégories différentes du droit des contrats, et leur statut juridique, ainsi que les droits et les obligations des sociétés qui les composent varient d'un ordre juridique à l'autre.

24. La constitution d'un consortium de projet présente des avantages en ce qu'elle donne, par exemple, à ses membres plus de latitude qu'une société de projet distincte pour traiter entre eux ou négocier avec leurs partenaires commerciaux. Le souci d'éviter la double imposition peut également dissuader de créer une personne juridique indépendante dans le pays hôte quand il n'existe pas de convention fiscale en la matière entre ce pays et celui ou ceux où les investisseurs étrangers ont leur résidence fiscale. Dans certains cas, les autorités du pays hôte veulent aussi conserver la faculté d'engager un consortium pour se

doter d'une infrastructure en considération de l'ampleur et de la nature de celle-ci ou afin que tous les membres du consortium soient tenus solidairement responsables de la totalité de la réalisation.

25. Pour les pays qui souhaitent donc se réserver cette faculté, la loi peut donner à l'entité adjudicatrice la possibilité d'attribuer le marché à un consortium ou exiger la constitution d'une personne morale indépendante par le consortium sélectionné, en fonction des exigences du projet. Quoi qu'il en soit, certaines questions devront être réglées dans l'accord de projet, et des négociations approfondies et des dispositions détaillées seront sans doute nécessaires pour assurer la coordination entre membres du consortium et les échanges avec les pouvoirs publics, et préciser l'étendue des responsabilités et des obligations de chacun des membres du consortium à l'égard du projet[7].

26. Dans la plupart des cas, cependant, la loi exige que le concessionnaire soit une personne morale indépendante. Du point de vue du pays hôte, cela facilite la coordination des travaux relatifs au projet et offre un mécanisme de protection des intérêts de celui-ci, qui ne coïncident pas forcément avec les intérêts particuliers de chacun des membres du consortium. Cette considération est d'autant plus déterminante que les services ou les biens que ces membres doivent fournir sont plus importants. Comme en général une bonne part des éléments du passif et des obligations de la société de projet (notamment ses engagements à long terme : accord de projet, accords de prêts, garanties, marché de travaux de construction) se décide assez tôt, il est bon pour cette société d'avoir une personnalité indépendante dès le moment où ces instruments sont négociés.

27. Les autorités du pays hôte peuvent également exiger que la société de projet soit constituée selon le droit du pays. Elles peuvent estimer que leur fonction de tutelle à l'égard des services fournis par la société sera compromise si celle-ci est de droit étranger. De plus, comme les activités qu'elle mène éveillent l'intérêt du public, les autorités peuvent souhaiter que la société se conforme aux règlements nationaux en matière de tenue de comptes et de divulgation (qu'elle publie, par exemple, ses états financiers ou fasse connaître certaines décisions prises par son conseil d'administration). Cela rend d'autant plus nécessaire l'existence dans le pays hôte d'un droit des sociétés suffisamment développé (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", par. 46 à 49). Si la société de projet peut se constituer facilement, sous réserve évidemment des exigences de l'intérêt public bien compris, cela peut éviter d'inutiles reports de mise en chantier.

28. La date à laquelle la société de projet doit être constituée est une question qui s'examine à la lumière des divers intérêts mis en jeu dans le projet. Impatientes de passer à la phase d'exécution, les autorités de certains pays peuvent être tentées d'exiger que la société de projet soit constituée aussi tôt que possible. Or, il faut rappeler qu'avant l'adjudication finale de la concession l'engagement ferme et définitif des prêteurs et autres bailleurs de fonds n'est pas nécessairement acquis, notamment quand la mobilisation des fonds doit être faite par une personne morale distincte, comme c'est le cas dans un financement de projet (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 68 à 71). D'une manière générale, donc, il est souhaitable de constituer la société de projet peu après, et l'attribution du marché, mais non avant.

29. Une autre question importante se pose à propos de la création de la société de projet, celle des investissements en fonds propres nécessaires pour sa constitution. Les autorités du pays hôte souhaitent légitimement que ces fonds propres assurent la solidité financière de la société et garantissent son aptitude à honorer ses obligations. Elles peuvent dans ce dessein exiger que la société de projet démarre avec un capital social minimal. Dans certains pays, la question est réglée par la loi elle-même, qui fixe ce minimum à un certain montant ou à un certain pourcentage du coût total du projet. Dans d'autres, la loi est silencieuse, et la question est laissée à l'appréciation de l'entité adjudicatrice, parfois après négociations avec le consortium sélectionné.

30. L'investissement total requis, ainsi que le rapport dette-capital social idéal, varie d'un projet à l'autre, de sorte qu'il est en général difficile de citer un montant ou un pourcentage qui conviendrait dans tous les cas. Aussi une disposition législative imposant un capital social minimal d'un montant déterminé à toutes les sociétés réalisant des projets d'infrastructure est-elle peut-être à déconseiller. Une solution plus souple consiste à faire varier ces prescriptions selon les projets, en fonction des circonstances particulières dans lesquelles ils s'inscrivent ou de la nature de l'infrastructure dont il s'agit. Lorsque le coût total du projet ne peut être estimé à l'avance par l'entité adjudicatrice, le capital social minimal de départ de la société de projet peut être indiqué dans l'appel d'offres ou dans la demande de propositions. Si, de surcroît, les autorités du pays hôte préfèrent négocier ce minimum, ou le ratio des capitaux propres offert par le consortium sélectionné, l'entité adjudicatrice peut souhaiter disposer d'une marge de manœuvre pour déterminer le montant approprié pendant l'opération de sélection. Dans les pays où le marché est attribué par acte de l'exécutif, par exemple, par décret ou par avis d'attribution, le capital social minimal peut être indiqué dans le texte officiel.

31. Outre cette question du capital social minimal, la législation nationale peut régir les formes dans lesquelles la

[7]Les questions liées à l'attribution du marché de travaux à un groupe d'entreprises non intégrées sont traitées brièvement dans le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles* (chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 9 à 16). Certaines des remarques figurant dans cet ouvrage s'appliquent *mutatis mutandis* aux négociations concernant les projets d'infrastructure à financement privé, notamment quant aux questions suivantes : comment surmonter les difficultés qu'il y aurait, en cas de litige, à intenter une action contre des membres du consortium provenant de pays différents ? Comment formuler les clauses de règlement des différends pour que tout litige entre les autorités du pays hôte et une partie ou la totalité des membres du consortium puisse se régler dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire unique ? Quelles doivent être les modalités des garanties de bonne fin données par des tiers et des garanties de qualité que doivent donner les membres du consortium ? Quels accords secondaires doivent éventuellement conclure les autorités du pays hôte ? Y a-t-il des dispositions légales impératives qui régissent les accords conclus avec des groupes d'entrepreneurs ?

société de projet doit être constituée. Certaines législations exigent expressément une forme particulière, d'autres restent silencieuses. Dans les cas où il semble important de préciser cette forme, il est bon de garder à l'esprit que les membres du consortium ont intérêt à limiter leur responsabilité au montant de leur mise de fonds. Pour éviter l'apparition d'une responsabilité subsidiaire à l'égard des dettes de la société de projet, les parties au capital de celle-ci préfèrent lui donner une structure dans laquelle leur responsabilité se limite à la valeur de leur part, celle d'une société anonyme par exemple. Elles n'acceptent pas d'entreprendre un projet qui leur impose une responsabilité illimitée à l'égard des dettes de la société de projet.

32. Certaines législations régissent la portée des activités de la société de projet, exigeant, par exemple, qu'elle se limite à la réalisation et à l'exploitation d'un ouvrage particulier. Ces restrictions peuvent avoir pour objet d'assurer la transparence des comptes du projet et de préserver l'intégrité de ses actifs, en les séparant, ainsi que ses produits et les éléments de son passif, de ceux des autres projets ou d'autres activités sans rapport avec lui. Elles peuvent aussi faciliter l'évaluation des résultats de chaque projet, puisque les déficits ou les bénéfices d'une infrastructure ne peuvent venir en compensation des dettes ou des recettes des autres projets ou des autres activités. Mais les autorités du pays hôte peuvent en même temps vouloir se réserver la possibilité d'intégrer plusieurs projets sous une gestion commune, dans le cas où c'est la même société qui se voit adjuger un marché complémentaire à l'issue d'une nouvelle opération de sélection.

33. Les autorités du pays hôte peuvent aussi souhaiter retrouver dans les statuts et les règlements de la société de projet le reflet des obligations que celle-ci assume dans l'accord de projet, et vouloir veiller à ce qu'aucune décision ne soit prise qui pourrait compromettre la réalisation de l'entreprise. C'est pourquoi la loi dispose parfois que toute modification des statuts et règlements de la société de projet doit être autorisée au préalable par les autorités publiques. Dans certains pays, cette volonté de contrôle s'exerce sous la forme de l'entrée statutaire de l'État, en tant qu'actionnaire privilégié, dans le capital de la société de projet, assortie de la condition que certaines décisions du conseil d'administration ou de l'assemblée des actionnaires seront approuvées par les autorités publiques. Lorsque celles-ci doivent ainsi approuver les amendements apportés aux statuts et aux règlements de la société de projet ou certaines autres décisions, il est souhaitable de considérer l'importance de l'intérêt public, représenté ici par l'État, au regard de la nécessité de laisser à la société de projet la marge de manœuvre dont elle a besoin pour conduire ses affaires. La gestion courante aurait à souffrir si même les minuties internes de l'entreprise devaient toujours avoir l'assentiment des autorités publiques. On peut donc soit limiter le droit qu'ont les autorités de s'opposer à un amendement aux cas où la modification touche des dispositions statutaires ou réglementaires jugées fondamentales (par exemple, le montant du capital social, les classes d'actions et les privilèges qui leur sont attachés, les procédures de liquidation) et qui peuvent être précisément désignées dans l'accord de projet.

34. Les autorités du pays hôte souhaitent légitimement que les membres d'origine du consortium de projet restent engagés dans la réalisation de celui-ci jusqu'à son achèvement et qu'ils ne soient pas remplacés par des entités qui leur seraient inconnues. Aussi la loi peut-elle contenir, outre les dispositions que l'on vient de mentionner, une règle voulant que le contrôle effectif de la société de projet ne puisse passer dans d'autres mains sans l'assentiment préalable du pays hôte.

5. *Transfert de concession*

35. Les concessions sont attribuées au regard des qualifications et de la réputation du concessionnaire; elles ne sont pas librement cessibles dans la plupart des ordres juridiques. Les législations nationales interdisent donc de transférer la concession sans le consentement des autorités publiques, consentement qui peut être également nécessaire pour transférer le contrôle de la société de projet elle-même. Des dispositions législatives générales de ce genre rassurent l'opinion publique quant à la surveillance à laquelle l'État soumet ceux qui exploitent des équipements publics ou fournissent des services collectifs.

36. Il s'est révélé utile, dans certains pays, de mentionner dans la législation les conditions auxquelles le transfert d'une concession peut être approuvé avant l'échéance du contrat, par exemple l'endossement par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations prévues dans l'accord de projet ou l'attestation que le nouveau concessionnaire dispose des capacités techniques et financières que réclame le service dont il s'agit. Des dispositions de ce genre, qui sont d'ordre général, peuvent être complétées par des dispositions plus précises inscrites dans l'accord de projet qui délimitent la portée des restrictions et indiquent les conditions dans lesquelles les autorités publiques peuvent consentir à une cession.

37. À la différence de la cession proprement dite, la sous-concession consiste à transférer à un tiers la responsabilité de l'une des activités couvertes par le contrat de concession. Lorsque la société de projet a le droit de fournir des services accessoires, ou lorsque la concession couvre des activités multiples qui peuvent être effectuées séparément, le concessionnaire peut souhaiter confier à une autre entité le soin de certaines de ces activités par le mécanisme de la sous-concession. Lorsque la concession elle-même n'est pas cessible, cette dévolution peut être difficile s'il n'y a pas de texte de loi qui l'autorise. En situation normale, cependant, les autorités du pays hôte n'ont pas de raison impérieuse d'exclure totalement l'hypothèse de la sous-concession, dans la mesure où elles peuvent s'assurer de la solvabilité et des compétences du sous-concessionnaire. Il peut donc être souhaitable de préciser dans la législation que le concessionnaire est autorisé à accorder des sous-concessions sous réserve de l'approbation préalable des autorités publiques.

38. Se poser, dans ce contexte, la question de la sélection du sous-concessionnaire. Dans certains pays, il existe une réglementation expresse qui régit l'attribution des marchés par les entités qui fournissent des services collectifs; parfois, la législation exige explicitement que l'on procède

par appel d'offres pour les sous-concessions. Ce type de mécanisme était souvent mis en place lorsque la quasi-totalité des infrastructures appartenaient à l'État et étaient exploitées par lui, le secteur privé n'ayant dans l'investissement qu'un rôle mineur ou marginal : il visait à garantir l'emploi mesuré, efficient, transparent et honnête des deniers publics. Mais, lorsque les ouvrages d'infrastructure sont réalisés par des entités privées, il n'est peut-être plus aussi impératif ou utile du point de vue de l'intérêt général d'imposer au concessionnaire une procédure déterminée pour l'attribution de sous-concessions.

6. *Sûretés*

39. Le dossier de financement des projets d'infrastructure à financement privé contient en général un appareil de garanties détaillé. Même lorsque la valeur commerciale potentielle de l'ouvrage est inférieure au coût des investissements, les garanties prenant la forme de sûretés réelles peuvent couvrir au moins une partie des montants empruntés par la société de projet. Le nantissement de valeurs négociables, de créances ou de droits intangibles peut être également un bon moyen de réduire l'exposition des prêteurs aux risques que comporte le projet et d'améliorer les conditions auxquelles les prêts sont octroyés. Aussi la société de projet a-t-elle normalement intérêt à se mettre en mesure d'offrir en gage à ses prêteurs une partie ou la totalité des actifs, des titres et des droits auxquels la concession donne prise.

a) *Sûretés réelles*

40. Des obstacles juridiques peuvent s'opposer à la constitution de sûretés sur les biens corporels de l'infrastructure lorsque ces biens restent la propriété de l'État pendant toute la durée du projet. Si la société de projet ne détient pas le titre de propriété correspondant, beaucoup de systèmes juridiques lui interdisent de gager ces biens ou restreignent les conditions dans lesquelles elle peut le faire.

41. Dans certains pays, cependant, la constitution d'une sûreté particulière est possible, notamment lorsque la société de projet est titulaire d'un bail ou d'un droit d'usage sur le bien dont il s'agit. Cette sûreté ne porte pas sur le bien lui-même, mais sur les droits et les intérêts qui sont dévolus à la société de projet dans l'accord de projet. En outre, une sûreté peut être également constituée lorsque la concession couvre des propriétés publiques de nature diverse, par exemple lorsque le titre foncier des terrains tenants ou aboutissants (et pas simplement le droit d'usage) est accordé à une société de chemins de fer en sus du droit d'exploitation de l'infrastructure.

42. Il est souhaitable que la législation précise bien dans quelle mesure la société de projet peut constituer des sûretés sur les biens corporels compris dans l'ouvrage, en indiquant, par exemple, quel type de bien peut ainsi être offert en garantie, ou quel type de sûreté peut ainsi être prise. Cela dit, les autorités du pays hôte ont intérêt à ce que les sûretés constituées par la société de projet ne compromettent pas la réalisation de celui-ci. Elles peuvent prévoir dans la législation qu'elles devront donner leur approbation — disposition dont on trouve normalement l'écho dans l'accord de projet — si la société de projet veut offrir de telles sûretés.

b) *Garanties prises sur des avoirs incorporels*

43. Dans la plupart des cas, le droit d'exploitation de l'ouvrage ne peut être transféré sans le consentement des autorités du pays hôte, circonstance qui empêche normalement la constitution de garanties sur la concession ou sur la licence d'exploitation. Mais, même si la concession elle-même ne peut donner prise à une garantie, la législation de certains pays autorise la société de projet à offrir en caution les droits qui découlent de la concession ou de la licence ou les recettes qui en découleront. Ces recettes sont en général les redevances prélevées auprès des usagers de l'ouvrage ou le prix que les clients paient pour les biens ou les services fournis par le concessionnaire. Elles peuvent également comprendre le revenu des concessions accessoires. Les garanties de ce genre figurent normalement dans le dossier de financement négocié avec les prêteurs.

44. Les garanties qui prennent la forme de cessions ou de nantissement des recettes de la concession n'affectent pas le titre qu'a l'État sur les biens tangibles relatifs à la concession et ne soulèvent en général pas les mêmes questions de politique générale que les hypothèques ou autres charges du même genre. Mais, comme leur réalisation peut amener une situation dans laquelle les créanciers se substituent au concessionnaire dans l'exercice de certains droits découlant du contrat de concession, les garanties de cette nature peuvent affecter l'État, le public ou les clients, ou les partenaires techniques de la société de projet. Il est donc utile que la loi prévoie que la société de projet peut, avec l'accord des autorités et aux fins de financer la réalisation de l'ouvrage et son exploitation, constituer toutes garanties nécessaires sur les droits découlant de l'accord de projet, sous réserve que la réalisation de ces garanties ne modifiera pas les obligations relatives à la construction et à l'exploitation de l'ouvrage que l'accord impose à la société.

c) *Nantissement des actions de la société de projet*

45. La constitution d'une sûreté assise sur les actions de la société de projet soulève en principe les mêmes questions que le transfert de concession. Lorsque la concession ne peut être cédée ni dévolue à un tiers sans le consentement des autorités du pays hôte, la législation interdit parfois le nantissement ou toute autre mise en gage des actions de la société de projet. Mais on notera que le nantissement des actions est une forme de sûreté que les bailleurs de fonds exigent couramment dans le financement de projet et qu'une interdiction frappant d'une manière générale ce procédé limite inutilement les capacités qu'a la société de projet de mobiliser des capitaux. Il peut donc être souhaitable, comme pour les autres formes de garantie, que la législation autorise la société de projet à constituer ce type de sûreté, sous réserve de l'approbation préalable des autorités du pays hôte.

7. *Durée de la concession*

46. La durée qu'il est souhaitable de donner à l'accord de projet dépend de diverses considérations, par exemple la durée de vie opérationnelle de l'ouvrage ou le temps que la société de projet mettra à rembourser ses dettes et à amortir ses investissements de départ. Il n'est donc pas toujours possible pour le législateur de fixer une période qui conviendrait pour tous les types de projets. Cela dit, plusieurs pays ont trouvé utile d'adopter des dispositions législatives limitant la durée des concessions à un nombre déterminé d'années. Certaines autres prévoient un régime mixte, dans lequel l'accord de projet fixe l'échéance de la concession à une date postérieure au remboursement intégral des dettes de la société de projet et à l'enregistrement d'un certain niveau de revenus, d'un certain niveau de production ou d'un certain niveau de fréquentation, mais sous réserve d'une limite maximale exprimée en années. Lorsqu'il paraît souhaitable d'adopter une disposition limitative de la durée de la concession, la limite doit être ainsi calculée qu'elle laisse à la société de projet le temps de rembourser intégralement ses dettes et de dégager un profit raisonnable.

47. Quant à la définition de la durée de la période de concession, les législations nationales offrent divers cas de figure. Certaines y incluent expressément la phase des travaux et toute prorogation de délai accordée en cas de force majeure. D'autres en excluent au contraire explicitement le temps de la construction. D'autres encore obtiennent le même résultat en disposant que la concession court à partir de l'achèvement des travaux. L'intégration de la phase de construction dans la durée totale de la concession se justifie par le fait qu'elle encourage la société de projet à terminer le chantier avant les délais pour profiter d'une période d'exploitation d'autant plus longue. Dans le cas contraire, cet aspect incitatif disparaît.

C. ***Dispositions particulières***

48. Outre les dispositions fondamentales que l'on vient d'examiner, l'accord de projet traite bien d'autres questions, qui feront l'objet des chapitres suivants du *Guide :* interventions des pouvoirs publics en faveur du projet : chapitre V, "Appui des pouvoirs publics"; ordonnancement des travaux : chapitre VI, "Phase de construction"; conditions d'exploitation de l'ouvrage, niveau et qualité des services, barème des redevances et système d'ajustement des prix : chapitre VII, "Phase d'exploitation"; procédures et recours en cas de défaillance ou de rupture de l'accord de projet, dispositions relatives aux changements de circonstances et aux imprévus, garanties de bonne fin et obligations de la société de projet en matière d'assurance : chapitre VIII, "Retards, défectuosités et autres défauts d'exécution"; transfert de l'ouvrage en fin de période, éventualité d'une prorogation et motifs de dénonciation anticipée de l'accord de projet : chapitre IX, "Expiration, prorogation et dénonciation anticipée de l'accord de projet"; dispositions relatives au droit applicable et au règlement des différends : chapitres X, "Droit applicable", et XI, "Règlement des différends".

IV. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI

1. Le secrétariat de la CNUDCI continue de publier des décisions de tribunaux et des sentences arbitrales en rapport avec l'interprétation ou l'application d'un texte résultant des travaux de la CNUDCI. Pour une description du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, voir le Guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1) publié en 1993.

2. Jusqu'à présent, 18 compilations de sommaires de jurisprudence ont été publiées (A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1 à 18). Elles peuvent être obtenues auprès du secrétariat de la CNUDCI à l'adresse suivante :

Secrétariat de la CNUDCI
B.P. 500
Centre international de Vienne
A-1400 Vienne
Autriche
Téléphone : (43-1) 26060-4060 ou 4061
Télex : 135612 uno a
Télécopie : (43-1) 26060-5813
Courrier électronique : uncitral@unov.un.or.at

3. Ces compilations sont également disponibles sur l'adresse Internet (http://www.un.or.at/uncitral) de la CNUDCI.

4. Le texte intégral des décisions des tribunaux et des sentences arbitrales mentionnées dans le Recueil de jurisprudence peut être obtenu dans la langue originale auprès du secrétariat de la CNUDCI contre paiement d'une somme destinée à couvrir les frais de photocopie et d'expédition.

V. ÉTAT DES CONVENTIONS

État des conventions et des lois types : note du Secrétariat

(A/CN.9/449) [Original : anglais]

[Non reproduit. L'état à jour peut être obtenu auprès du secrétariat de la CNUDCI ou sur le site Internet à l'adresse suivante : http://www.un.or.at/uncitral.]

VI. FORMATION ET ASSISTANCE

Formation et assistance technique : note du Secrétariat

(A/CN.9/448) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
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	5-8
III.	SÉMINAIRES ET MISSIONS D'INFORMATION DE LA CNUDCI	9-12
IV.	AUTRES SÉMINAIRES, CONFÉRENCES, COURS ET ATELIERS	13-14
V.	PROGRAMME DE STAGES	15-16
VI.	ACTIVITÉS FUTURES	17-18
VII.	MISE EN ŒUVRE DU PROGRAMME DE FINANCEMENT	19-24

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 CNUDCI[1]. 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 États 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 trentième session de la Commission (12-30 mai 1997) et examine les activités futures possibles en matière de formation et d'assistance technique, compte tenu des tendances de la demande de ces services.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), par. 335.

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 :

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, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (convention des Nations Unies adoptée avant la création de la Commission, mais énergiquement promue par cette dernière), le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le

Règlement de conciliation de la CNUDCI, la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures d'arbitrage;

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, des paiements et de l'insolvabilité, 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, la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité transnationale;

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;

f) Dans le domaine du commerce électronique et des échanges de données, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

4. La vague de mesures de réforme du droit commercial est pour la CNUDCI une occasion cruciale de promouvoir vigoureusement l'objectif tendant à coordonner, et à 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. 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, 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 établis par la Commission et dont l'Assemblée générale recommande l'adoption soient effectivement pris en considération et utilisés. Le secrétariat poursuit ses efforts dans ce sens.

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. Le secrétariat aide 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 à conduire avec succès des opérations commerciales.

8. Les États qui, actuellement, révisent ou réforment leur législation commerciale voudront peut-être se mettre en rapport avec le secrétariat de la CNUDCI pour obtenir une assistance technique et des conseils.

III. SÉMINAIRES ET MISSIONS D'INFORMATION DE LA CNUDCI

9. 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 international 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).

10. 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 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.

11. Depuis la dernière session, le secrétariat a organisé des séminaires dans un certain nombre d'États. 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) *Stellenbosch, Afrique du Sud (11 mars 1997)*, séminaire organisé en coopération avec la Faculté de droit de l'Université de Stellenbosch; a réuni 90 participants environ;

b) *Cartagena, Colombie (14 et 15 avril 1997)*, séminaire organisé en coopération avec le Ministère de la justice et la Chambre de commerce; a réuni 70 participants environ;

c) *Bogota, Colombie (17 et 18 avril 1997)*, réunion d'information pour 20 fonctionnaires des Ministères de la justice et du commerce;

d) *Quito, Équateur (21 et 22 avril 1997)*, séminaire organisé en coopération avec Crespo Abogados; a réuni 40 participants environ;

e) *Lima, Pérou (24-26 avril 1997)*, séminaire organisé en coopération avec l'Institut ibéro-américain de droit économique international et l'Association du barreau de Lima; a réuni 100 participants environ;

f) *Nicosie, Chypre (9 et 10 octobre 1997)*, séminaire organisé en coopération avec le Ministère de la justice de Chypre; a réuni 100 participants environ.

12. 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) *Thessalonique, Grèce (12 et 13 septembre 1997)*, séminaire organisé en coopération avec la Faculté de droit de l'Université Aristote de Thessalonique, l'Association du barreau de Thessalonique et la Chambre de commerce de Grèce; a réuni 100 participants environ;

b) *Doubaï, Émirats arabes unis (10 décembre 1997)*, séminaire organisé en coopération avec la Chambre de commerce de Doubaï; a réuni 200 participants environ;

c) *La Valette, Malte (24 et 25 février 1998)*, séminaire organisé en coopération avec la Chambre de commerce extérieur de Malte; a réuni 30 participants environ.

IV. AUTRES SÉMINAIRES, CONFÉRENCES, COURS ET ATELIERS

13. 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 :

Colloque sur le droit international des faillites : Approches comparatives et transnationales, parrainé par le Texas International Law Journal/University of Texas School of Law et la Texas International Law Society (Austin, Texas [États-Unis d'Amérique], 20 et 21 mars 1997);

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], 14 avril 1997);

Conférence internationale sur le nouveau droit allemand de l'arbitrage, parrainée par l'Institut allemand d'arbitrage (Berlin [Allemagne], 23 avril 1997);

Réunion du Groupe de travail américain sur les pratiques en matière de "stand-by", parrainée par l'Institute of International Banking Law and Practice (Chicago, Illinois [États-Unis d'Amérique], 7-9 juin 1997);

Colloque scientifique international — Questions de droit de l'insolvabilité, parrainé par l'Institut de droit commercial de Maribor (Maribor [Slovénie], 24 juin 1997);

Réunion de la Commission mixte de l'Agence algérienne pour la promotion des investissements étrangers, de la Banque mondiale et de l'ONUDI, parrainée par le Gouvernement algérien (Alger [Algérie], 21 et 22 juillet 1997);

Atelier FOBAPROA : "Questions clefs d'un programme réussi de résolution de l'insolvabilité pour le Mexique", parrainé par FOBAPROA et Valuación y Venta de Activos (Mexico [Mexique], 5 et 6 septembre 1997);

Conférence internationale de jubilée : "Règlement des différends commerciaux internationaux", parrainée par la Cour d'arbitrage près la Chambre de commerce et d'industrie (Moscou [Russie], 25 septembre 1997);

Deuxième Conférence internationale sur les projets construction-exploitation-transfert (CET), parrainée par le Centre régional pour l'arbitrage commercial international du Caire et l'Institut de droit international (Le Caire [Égypte], 7-9 octobre 1997);

Atelier sur le droit de l'arbitrage, parrainé par l'Académie coréenne d'arbitrage (Séoul [République de Corée], 24 et 25 octobre 1997);

Cinquante-troisième Convention annuelle : "L'industrie des services financiers reposant sur les actifs", parrainée par la Commercial Finance Association (Philadelphie, Pennsylvanie [États-Unis d'Amérique], 5-7 novembre 1997);

Stage postuniversitaire organisé à la Faculté de droit de l'Université de Maribor (Maribor [Slovénie], 7 et 8 novembre 1997);

Stage d'arbitrage organisé par le Chartered Institute of Arbitrators (New Delhi [Inde], 8-11 novembre 1997);

Stage international d'initiation à l'arbitrage et stage spécial pour boursiers, parrainés par le Chartered Institute of Arbitrators et le Centre régional pour l'arbitrage commercial international du Caire (Le Caire [Égypte], 12-17 décembre 1997);

Conférence internationale de l'Internet Law and Policy Forum (ILPF) : Le commerce par Internet — contenu et commerce électronique (Seattle, Washington [États-Unis d'Amérique], 7 et 8 janvier 1998);

Colloque ABA SONREEL/AIPN sur l'arbitrage des différends internationaux en matière d'énergie, parrainé par l'Association du barreau américain et SONREEL/AIPN (Houston, Texas [États-Unis d'Amérique], 21 et 22 janvier 1998);

Atelier de l'Association suisse pour l'arbitrage (Ebnat-Kappel [Suisse], 22-25 janvier 1998);

Réunion sur les pratiques internationales en matière de "stand-by", parrainée par l'Institute of International Banking Law and Practice (New York [États-Unis d'Amérique], 26-29 janvier 1998);

Conférence régionale de l'Institut de droit international/CNUDCI : "Le cadre juridique des projets construction-propriété-exploitation et construction-exploitation-transfert" (Saint-Domingue [République dominicaine], 16 février 1998);

Séminaire sur la propriété intellectuelle, l'octroi de licences et le règlement des différends, parrainé par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et le Centre régional pour l'arbitrage commercial international du Caire (Le Caire [Égypte], 9 et 10 mars 1998).

14. La participation, à titre d'orateur, de membres du secrétariat de la CNUDCI aux conférences ci-après a été financée grâce aux ressources du budget ordinaire de l'ONU allouées au voyage :

Deuxième Colloque judiciaire multinational CNUDCI/INSOL et cinquième Congrès mondial de l'INSOL, parrainé par l'INSOL (La Nouvelle-Orléans, Louisiane [États-Unis d'Amérique], 22-26 mars 1997);

XIIIe séminaire international de la Pan American Surety Association (PASA), parrainé par la PASA (Buenos Aires [Argentine], 7-9 mai 1997);

Symposium organisé par *The International Lawyer* (Austin, Texas [États-Unis d'Amérique], 16-18 juin 1997);

Huitième atelier annuel : "L'arbitrage des projets transnationaux", parrainé par l'Institute for Transnational Arbitration (Austin, Texas [États-Unis d'Amérique], 19 et 20 juin 1997);

Soixante et unième Congrès de l'Union internationale des avocats (UIA) (Philadelphie, Pennsylvanie [États-Unis d'Amérique], 4-7 septembre 1997);

Journée ONU/CNUDCI/Union internationale des avocats (UIA) célébrée au Siège de l'Organisation des Nations Unies (New York [États-Unis d'Amérique], 8 septembre 1997);

Conférence sur l'arbitrage organisée par l'Indian Council of Arbitration (New Delhi [Inde], 30 et 31 octobre 1997);

Colloque des arbitres de la London Court of International Arbitration (Agra [Inde], 1er et 2 novembre 1997);

Conférence de 1997 de la Section du droit commercial de l'Association internationale du barreau (New Delhi [Inde], 3-7 novembre 1997);

Week-end de droit international 1997, parrainé par la Section américaine de l'Association de droit international (New York [États-Unis d'Amérique], 8 novembre 1997);

Réunion d'automne 1997 de la Section de droit international de l'Association du barreau américain et réunion du Conseil de l'Association interaméricaine du barreau (Miami, Floride [États-Unis d'Amérique], 13-16 novembre 1997);

"Supprimer les obstacles au commerce électronique international", Conférence parrainée par l'Organisation de coopération et de développement économiques (Turku [Finlande], 19-21 novembre 1997);

Colloque sur les nouvelles règles d'arbitrage, parrainé par l'Institut allemand d'arbitrage (Cologne [Allemagne], 26 novembre 1997);

Deuxième Colloque de 1997 du Conseil européen de la London Court of International Arbitration et réunion du Conseil international pour l'arbitrage commercial (Paris [France], 28 et 29 novembre 1997);

Commission de la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) sur l'entreprise, la facilitation des échanges et le développement (Genève [Suisse], 1er-5 décembre 1997);

Cinquième Conférence internationale sur l'arbitrage, parrainée par la Chambre de commerce croate (Zagreb [Croatie], 4 et 5 décembre 1997); et

Séminaire de droit commercial de l'Association européenne des étudiants en droit, organisé à l'Institut international de droit maritime (La Valette [Malte], 16 et 17 février 1998).

V. PROGRAMME DE STAGES

15. 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 huit stagiaires originaires des pays suivants : Allemagne, Canada, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. 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 est apparue 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 public, ou bien doivent prendre leurs frais à leur charge. À 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.

16. 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

17. Pour le second semestre 1998, des séminaires et des missions d'information en matière d'assistance juridique sont prévus en Afrique, en Amérique latine, en Asie et en Europe orientale. Étant 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 oeuvre ces projets que s'il reçoit des crédits suffisants sous forme de contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI.

18. 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, la moitié environ 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

19. 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, conformément 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.

20. Étant donné l'importance du financement extrabudgétaire pour la mise en œuvre de l'élément, 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 nouveaux États indépendants. On peut prendre contact avec le secrétariat pour obtenir des renseignements sur les modalités de versement des contributions.

21. Au cours de la période considérée, la Suisse a 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.

22. À cet égard, la Commission voudra peut-être rappeler que, conformément à la résolution 48/32 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1993, le Secrétaire général a été prié de créer un fond d'affectation spéciale pour permettre à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission. Le Fonds d'affectation spéciale ainsi créé est ouvert aux contributions volontaires des États, des organisations intergouvernementales, des organisations d'intégration économique régionale, des institutions nationales et des organisations non gouvernementales, ainsi que des personnes physiques et morales.

23. À sa trentième session, la Commission a noté avec satisfaction que l'Assemblée générale, au paragraphe 10 de sa résolution 51/161, avait appelé les gouvernements, les organes, les organismes et les institutions compétents des Nations Unies ainsi que les individus à accorder, afin d'assurer la pleine participation de tous les États Membres aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, des contributions volontaires au 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, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général.

24. Il est également rappelé qu'au paragraphe 11 du dispositif de la résolution 51/161 du 16 décembre 1996 l'Assemblée générale a décidé 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 contribution aux activités de développement.

Troisième partie

ANNEXES

I. AJOUT À LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE : DISPOSITION RELATIVE À L'INCORPORATION PAR RÉFÉRENCE ET AJOUT AU GUIDE POUR L'INCORPORATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Additif

Article 5 *bis*. *Incorporation par référence*

(*tel qu'adopté par la Commission à sa trente et unième session, en juin 1998*)

L'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle n'est pas incorporée dans le message de données supposé produire ces effets juridiques, mais qu'il y est uniquement fait référence.

AJOUT AU GUIDE POUR L'INCORPORATION

Article 5 *bis*. *Incorporation par référence*

46-1. L'article 5 *bis* a été adopté par la Commission à sa trente et unième session, en juin 1998. Il a pour objet de donner des indications sur la façon dont la législation visant à faciliter le recours au commerce électronique pourrait traiter les cas où il pourrait être nécessaire de conférer à certaines conditions, qui ne sont pas énoncées en totalité mais auxquelles il est simplement fait référence dans un message de données, les mêmes effets juridiques que si elles avaient été énoncées entièrement dans le texte dudit message. Une telle démarche est acceptée dans les lois de nombreux États pour les communications traditionnelles sur papier, certaines règles de droit offrant généralement des garanties, comme les règles sur la protection des consommateurs. L'expression "incorporation par référence" est souvent employée pour décrire succinctement les cas où un document renvoie à des dispositions énoncées en détail ailleurs, plutôt que de les reproduire dans leur totalité.

46-2. Dans un environnement électronique, l'incorporation par référence est souvent jugée essentielle pour favoriser un large recours à l'échange de données informatisées (EDI), au courrier électronique, aux certificats numériques et à d'autres formes de commerce électronique. Ainsi, les communications électroniques sont généralement structurées de manière à permettre l'échange de nombreux messages qui contiennent chacun des informations brèves et renvoyant beaucoup plus souvent que les documents papier à des informations accessibles ailleurs. Dans ce type de communications, il ne faudrait pas imposer aux praticiens l'obligation de surcharger de textes leurs messages de données lorsqu'ils peuvent tirer partie de sources d'information extérieures, telles que des bases de données, des listes de codes ou des glossaires, en utilisant des abréviations, des codes ou d'autres références à ces informations.

46-3. L'établissement de normes pour l'incorporation de messages de données par référence dans d'autres messages de données peut aussi être essentiel pour l'utilisation de certificats à clef publique, ces certificats étant généralement des documents courts au contenu strictement prescrit et à la taille restreinte. Toutefois, le tiers de confiance qui émet le certificat voudra probablement qu'y soient insérées des clauses contractuelles limitant sa responsabilité. La portée, l'objet et l'effet d'un certificat dans la pratique commerciale seraient donc ambigus et incertains si l'on n'y incorporait pas par référence des clauses extérieures. Cela est particulièrement vrai pour les communications internationales faisant intervenir diverses parties qui suivent des pratiques et des usages commerciaux différents.

46-4. L'établissement de normes pour l'incorporation de messages de données par référence dans d'autres messages de données est fondamental pour le développement d'une infrastructure commerciale informatisée. Sans la certitude juridique que ces normes favorisent, les contrôles traditionnels visant à déterminer la force exécutoire des clauses que l'on cherche à incorporer par référence risquent beaucoup d'être inefficaces lorsque appliqués aux clauses correspondantes dans le commerce électronique en raison des différences entre les mécanismes du commerce électronique et ceux du commerce traditionnel.

46-5. Si le commerce électronique se fonde essentiellement sur la méthode de l'incorporation par référence, le recours aux communications électroniques peut grandement faciliter l'accessibilité de l'intégralité du texte auquel il est fait référence. Ainsi, un message peut contenir des localisateurs de ressources uniformes (URL), qui indiquent au lecteur où trouver le document auquel on le renvoie. Ces URL peuvent comporter des "liens hypertextes" lui permettant de diriger simplement un outil de pointage (tel qu'une souris) sur un mot clef associé à l'URL. Le texte auquel il est fait référence s'affiche alors à l'écran. Pour déterminer l'accessibilité de ce texte, les facteurs à prendre en considération peuvent être notamment les suivants : disponibilité (horaire de fonctionnement de registre et facilité d'accès); coût de l'accès; intégrité (vérification du contenu, authentification de l'expéditeur et mécanisme de correction des erreurs de communication); et possibilités de modification ultérieure de la condition (avis de mises à jour, notification de la politique en matière de modification).

46-6. L'un des objectifs de l'article 5 *bis* est de faciliter l'incorporation par référence dans un contexte électronique en dissipant

l'incertitude qui existe dans certaines juridictions quant à la question de savoir si les dispositions portant sur l'incorporation par référence traditionnelle sont applicables à l'incorporation par référence dans un environnement électronique. Toutefois, lors de l'application de l'article 5 *bis*, il faut s'attacher à éviter d'appliquer au second type d'incorporation des conditions plus restrictives qu'au premier.

46-7. Un autre objectif de l'article 5 *bis* est de reconnaître qu'il ne doit pas être porté atteinte aux lois sur la protection du consommateur ni à d'autres lois nationales ou internationales impératives (par exemple, les règles protégeant les parties plus faibles dans les contrats d'adhésion). À cet effet, on peut aussi valider l'incorporation par référence dans un environnement électronique "dans la mesure permise par la loi", ou en énumérant les règles de droit sur lesquelles l'article 5 *bis* n'a pas d'incidences. L'article 5 *bis* ne doit pas être interprété comme créant un régime juridique spécial pour l'incorporation par référence dans un environnement électronique. Au contraire, en posant le principe de la non-discrimination, il doit s'interpréter comme rendant les règles du droit interne applicables à l'incorporation par référence dans un environnement papier également applicables à l'incorporation par référence aux fins du commerce électronique. Par exemple, dans un certain nombre de juridictions, les règles de droit impératives existantes ne valident l'incorporation par référence que si trois conditions sont remplies, à savoir : *a)* la clause de référence doit être insérée dans le message de données; *b)* le document auquel il est fait référence, par exemple, des conditions générales, doit être effectivement connu de la partie contre laquelle il peut être invoqué; et *c)* cette partie doit non seulement connaître le document mais également l'accepter.

Références

A/53/17, par.212 à 221
A/CN.9/450
A/CN.9/446, par. 14 à 24
A/CN.9/WG.IV/WP.74
A/52/17, par. 248 à 250
A/CN.9/437, par. 151 à 155
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 77 à 93
A/51/17, par. 222 et 223
A/CN.9/421, par. 109 et 114
A/CN.9/WG.IV/WP.69, par. 30, 53, 59, 60 et 91
A/CN.9/407, par. 100 à 105 et 117
A/CN.9/WG.IV/WP.66
A/CN.9/WG.IV/WP.65
A/CN.9/406, par. 90, 178 et 179
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 109 à 113
A/CN.9/360, par. 90 à 95
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 77 et 78
A/CN.9/350, par. 95 et 96
A/CN.9/333, par. 66 à 68

II. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI[1] : NOTE DU SECRÉTARIAT (A/CN.9/463) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
I.	QUESTIONS GÉNÉRALES	281
II.	VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES	282
III.	ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION	286
IV.	TRANSPORTS INTERNATIONAUX	288
V.	PAIEMENTS INTERNATIONAUX	289
VI.	COMMERCE ÉLECTRONIQUE	289
VII.	GARANTIES INDÉPENDANTES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY	290
VIII.	PASSATION DES MARCHÉS	291
IX.	INSOLVABILITÉ INTERNATIONALE	291
X.	FINANCEMENT PAR CESSION DE CRÉANCES	291
XI.	CONTRATS INTERNATIONAUX DE CONSTRUCTION	292
XII.	PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ	292
Annexe.	Textes juridiques de la CNUDCI	292

I. Questions générales

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI.

[Vienne : ONU], 1993-. (A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1-)
Dernier recueil paru : A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/20 du 22 février 1999.
Les documents de cette série sont publiés dans les six langues officielles de l'ONU : anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe.
Chaque recueil contient des sommaires de décisions judiciaires et de sentences arbitrales établis par des correspondants nationaux, y compris des références bibliographiques aux sources principales et des commentaires de spécialistes sur les affaires.
À l'heure actuelle, la jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI couvre les textes suivants : Convention sur la prescription (1974/1980), Convention des Nations Unies sur les ventes (1980), Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985) et Règles de Hambourg (1978).
Des exemplaires des décisions judiciaires et des sentences arbitrales sont accessibles au public dans leur langue originale. Le secrétariat de la CNUDCI peut en envoyer à toute personne qui en fait la demande contre paiement d'une somme couvrant les frais de photocopie et d'envoi.
Publications dans la sous-série "Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI" : 1. Guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1) du 19 mai 1993. — 2. Thésaurus de la CNUDCI pour la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980) (A/CN.9/SER.C/INDEX/1) du 19 septembre 1995. — 3. Index pour la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) (A/CN.9/SER.C/INDEX/2/Rev.1) du 3 juin 1997.

Dion, N. Travaux des organisations internationales : droit du commerce international. *Revue de droit des affaires internationales* : Forum européen de la communication (Paris) 8:971-974, 1998.

Suite de la série de rapports sur les activités des organisations internationales (en l'occurrence, la CNUDCI) dans le domaine de l'unification du droit commercial international; pour les autres rapports, voir bibliographies précédentes des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI (A/CN.9/...).
Titre parallèle de la revue : *International business law journal.*

Estudios de derecho mercantil : homenaje al Profesor Justino F. Duque. Valladolid : Universidad de Valladolid, 1998. 2 v.

Parties du volume 2 consacrées aux travaux de la CNUDCI : Las disposiciones comunes a vendedor y comprador en la

[1] Les recueils de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI et les références bibliographiques s'y rapportant sont publiés sous la cote A/CN.9/SER.C/... .

Convención de Viena de 1980 / A.-L. Calvo Caravaca, p. 1175-1205. — Proyecto de convención internacional sobre cesión de créditos / I. Lojendio Osborne, p. 1251-1263. — El Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional / R. Illescas Ortiz, p. 1453-1461. — Mercancías en la fase portuaria : problemas y soluciones / D. Morán Bovio, p. 1473-1496. — Ley y disposiciones legales modelo como instrumentos de armonización y unificación internacional del derecho de la insolvencia / M. Olivencia Ruiz, p. 1655-1663.

Ferrari, F. Das Verhältnis zwischen den UNIDROIT-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen : zugleich ein Beitrag zur Lückenfüllung durch staatliche Gerichte. *Juristen-Zeitung* (Tübingen) 53:1:9-17, 9. Januar 1998.

Happ, R. The future of the New York Convention : New York Convention Day, June 10th, 1998, United Nations Headquarters, N.Y. *Croatian arbitration yearbook*: Croatian Chamber of Commerce, Permanent Arbitration Court (Zagreb) 5:231-234, 1998.

Kopal, V. Na rozlou_enou s Ludvíkem Kopácem. Právník : teoreticky _asopis pro otázky státu a práva (Praha) 137:5:425, 1998.
En tchèque.
Traduction du titre d'après la table des matières : À la mémoire de Ludvík Kopác.
Notice nécrologique de Ludvík Kopác, fonctionnaire du secrétariat de 1981 à 1987, qui a largement contribué à l'élaboration du Guide de la CNUDCI pour les contrats de construction (1987).
Titre parallèle de la revue : *Lawyer: scientific review for problems of state and law*.

New York Convention Day at the United Nations. *World arbitration & mediation report: covering dispute resolution in the United States and around the world* (Yonkers, N.Y.) 9:5:125-126, May 1998.
Titre repris de la table des matières : UNCITRAL sponsors New York Convention Day at United Nations headquarters in New York on June 10 and 11, 1998.

Olivencia Ruiz, M. Joaquín Garrigues y su labor en la UNCITRAL. *Revista de derecho mercantil* (Madrid) 164:269-280, 1982.
Nécrologie du premier représentant de l'Espagne auprès de la CNUDCI et compte rendu de sa contribution aux travaux de la Commission.

Parra-Aranguren, G. Estudios de derecho mercantil internacional. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998. 727 p.
Chapitres relatifs aux travaux de la CNUDCI : 1, Legislación uniforme sobre la compra-venta internacional de mercaderías, p. 5-87. — 2, La Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (1988), p. 89-313. — 4, El Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1976), p. 329-98. — 5, El Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 1980), p. 399-421. — 6, La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 1985) sobre Arbitraje Comercial Internacional, p. 423-584. — 7, La nulidad, el reconocimiento y la ejecución de los laudos en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 1985), p. 585-725.
Édition en fac-similé d'articles déjà parus dans les revues : *Revista de la Facultad de Derecho* : Universidad Católica "Andrés Bello" (Caracas) et *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* : Universidad Central de Venezuela (Caracas) entre 1986 et 1995.

Uniform law studies in memory of Malcolm Evans = Études de droit uniforme à la mémoire de Malcolm Evans. *Uniform law review* : UNIDROIT (Roma) 3:2/3, 1998. (New series)
Titre de couverture.
Comprend diverses notices nécrologiques et biographiques sur l'ancien secrétaire général d'UNIDROIT, p. 243-257.
Contributions ayant trait aux travaux de la CNUDCI : The protection of interests in movables in transnational commercial law / R. Goode, 453-465. — The UNCITRAL arbitration law : a good model of a model law / G. Herrmann, p. 483-499. — The OTT convention viewed in the light of decisions on the Hamburg Rules / D. Morán Bovio, p. 601-614.
Titre parallèle de la revue : *Revue de droit uniforme* : Institut international pour l'unification du droit privé.

II. Vente internationale de marchandises

Adame Godard, J. La cláusula de reserva de dominio en la compraventa internacional. *Revista de derecho privado* : Instituto de Investigaciones Jurídicas (México, D.F.) 9:26:97-100, mayo-agosto 1998.

Berman, G. A. *and* S. C. Symeonides, eds. American law at the end of the 20th century: United States national reports to the XVth International Congress of Comparative Law. *American journal of comparative law*: American Association for the Comparative Study of Law (Berkeley, Cal.) 46, suppl. 1998.

Titre repris de la couverture.

Parties relatives aux travaux de la CNUDCI dans ce domaine : The United Nations Sales Convention (1980) and the UNIDROIT Principles (1994) : part 1, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: a new approach to international commercial contracts / A. I. Rosett, p. 347-360. — part 2, Some thoughts on the receptiveness of contract rules in the CISG and UNIDROIT Principles as reflected in one state's (Florida) experience of (1) law school faculty, (2) members of the Bar with an international practice, and (3) judges / M. W. Gordon, p. 361-378.

Blaurock, U. *and* Ph. Lamprecht. Europäisches Privatrecht im Internet. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (München) 1:190-193, 1998.

Bonell, M. J. *and* A. Mari, eds. Rassegna giurisprudenziale in terma di vendita internazionale / *collab*. D. Brachini ... [et al.]. *Diritto del commercio internazionale : pratica internazionale e diritto interno* (Milano) 12:4:1077-1110, ottobre-dicembre 1998. (Giurisprudenza commerciale)

Suite des rapports précédents sur les décisions judiciaires se rapportant à la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980). *Voir* les bibliographies antérieures des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI (A/CN.9/...).

Calvo Caravaca, A.-L. Consideraciones en torno al artículo 1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. *In* Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo : estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco. Madrid: Tecnos, 1993. p. 1329-1348.

_____ Las disposiciones comunes a vendedor y comprador en la Convención de Viena de 1980. *In* Estudios de derecho mercantil : homenaje al Profesor Justino F. Duque. Valladolid : Universidad de Valladolid, 1998. vol. 2. p. 1175-1205.

Campuzano Díaz, B. El Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 como núcleo en la regulación de la compraventa internacional de mercaderías : comentario a propósito de la sentencia arbitral de la CCI nº 8611/HV/JC de 23 de enero de 1997. *Derecho de los negocios* (Madrid) 9:99:15-28, diciembre 1998.

_____ La regulación de la compraventa internacional de mercaderías. *Cuadernos de derecho y comercio* : Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio (Madrid) 17:143-186, 1995.
Comprend une bibliographie, p. 177-186.

Colombie. Ministerio de Justicia y del Derecho. Acuerdos internacionales de facilitación del comercio internacional. Santafé de Bogotá, D.C. : el Ministerio, 1997. 179 p.
Esta obra la publicó el Ministerio, en desarrollo del Plan de Armonización de Derecho Internacional Privado (PADIP).

Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Pace international law review* : Pace University School of Law (White Plains, N.Y.) 9:1:185-255, summer 1997.
Sommaire : Introduction to CISG articles / D. M. Sobel, p. 185-186. — CISG: Pace University School of Law Internet World Wide Web Site excerpts from http://www.cisg.law.pace.edu / A. Kritzer, p. 187-222. — Measuring damages under the CISG: article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods / by E. C. Schneider, p. 223-237. — Missing specifications in international sales : article 65 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods / by R. Amissah, p. 239-255.
Titres tirés de la table des matières.

Díez-Picazo Ponce de León, L. La formación del contrato. *Anuario de derecho civil* : Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (Madrid) 48:1:5-31, 1995.

DiMatteo, L. A. Resolving international contract disputes : the CISG (Contracts for the International Sale of Goods) covers many international trade conflicts. *Dispute resolution journal* (New York, N.Y.) 53:4:75-79, November 1998.

Droit uniforme de la vente internationale de marchandises / par une équipe de recherche des Universités de la Sarre et de Strasbourg sous la direction de C. Witz. *Recueil Dalloz Sirey : sommaires commentés* (Paris) 34:307-314, 1er octobre 1998.
Premier volume.
Membres de l'équipe : J. Niessen, M.-F. Papandréou-Deterville, W. Rosch, N. Spiegel, C. Witz.
Comprend une bibliographie des écrits spécialisés et des adresses de sites Internet où figurent des décisions judiciaires.

Durany Pich, S. Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta : el espejo roto. *Anuario de derecho civil* : Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (Madrid) 45:3:1011-1096, 1992.
L'appendice comprend une liste récapitulative d'affaires.

Enderlein, F. Vienna Convention and Eastern European lawyers. *International sales quarterly* : International Bar Association, Section on Business Law (London) 21:12-15, June 1997.

Fallon, M. La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. *Journal des tribunaux* (Bruxelles) 117:17-37, 10 janvier 1998.
Comprend une bibliographie et l'état de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

Ferrari, F. CISG case law: a new challenge for interpreters? = La jurisprudence sur la CVIM : un nouveau défi pour les interprètes? *Revue de droit des affaires internationales :* Forum européen de la communication (Paris) 4/5:495-508, 1998.
Anglais et français en regard.
Titre parallèle de la revue: *International business law journal.*

_____ CISG case law on the rate of interest on sums in arrears = Le taux d'intérêt applicable au montant des arriérés dans la jurisprudence concernant la CVIM. *Revue de droit des affaires internationales :* Forum européen de la communication (Paris) 1:86-93, 1999.
Autre information concernant le titre : Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) = Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM).
Série de chroniques sur la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).
Anglais et français en regard.
Titre parallèle de la revue : *International business law journal.*

_____ Der Begriff des "internationalen Privatrechts" nach Art.1 Abs.1 lit.b) des UN-Kaufrechts. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (München) 1:162-172, 1998.
Commentaire sur les décisions de justice suivantes: Oberlandesgericht Düsseldorf du 8 janvier 1993 (*IPRAX* 1993:412 etc.; *RIW* 1993:325 etc.; *NJW-RR* 1993:999 etc.) — Tribunale di Monza du 29 mars 1993 (*Contratti* I:1993:580-etc.; *Foro italiano* 1994:I:916 etc.; *Giurisprudenza italiana* 1994:I:146 etc.) — Bezirksgericht für Handelssachen Wien du 20 février 1992 (*RdW* 1992:239) — Landesgericht Aachen du 3 avril 1990 (*RIW* 1990:491 etc.).

_____ Implementations of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) = Applications de la Convention sur la vente internationale de marchandises (CVIM). *Revue de droit des affaires internationales :* Forum européen de la communication (Paris) 7:835-839, 1998.
Anglais et français en regard.
Titre parallèle de la revue : *International business law journal.*

Fonseca, P. G. da. O Brasil perante uma nova perspectiva de direito mercantil internacional. *Revista forense : publicação nacional de doutrina, jurisprudencia e legislação* (Rio de Janeiro) 341:193-211, 1998.

Gabriel, H. D. A primer on the United Nations Convention on the International Sale of Goods : from the perspective of the Uniform Commercial Code. I*ndiana international and comparative law review* : Indiana University School of Law (Indianapolis, Ind.) 7:279-310, 1997.

Garrigues, J. Observaciones sobre el convenio de compraventa internacional de mercaderías. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* (Madrid) 2:16-18, 1980.

Giannuzzi, K. B. The Convention on Contracts for the International Sale of Goods: temporarily out of "service"? *Law and policy in international business* : Georgetown University Law Center in affiliation with the International Law Institute (Washington, D.C.) 28:4:991-1035, summer 1997.

Gondra Romero, J. M. Condiciones generales de la contratación y protección de la parte "más débil" en el marco del derecho

uniforme de la compraventa internacional. *In* Estudios de derecho mercantil : en homenaje a Rodrigo Uría. Madrid : Editorial Civitas, 1978. p. 231-247.

Goode, R. The protection of interests in movables in transnational commercial law. *In* Uniform law studies in memory of Malcolm Evans = Études de droit uniforme à la mémoire de Malcolm Evans. *Uniform law review* : UNIDROIT (Roma) 3:2/3:453-465, 1998. (New series)

Titre parallèle de la revue : *Revue de droit uniforme :* Institut international pour l'unification du droit privé.

Gstoehl, M. Das Verhältnis von Gewährleistung nach UN-Kaufrecht und Irrtumsanfechtung nach nationalem Recht. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht* (Wien) 39:1:1-10, 1998.

Hellner, J. Gammal och ny köprätt. *Juridisk tidskrift* : vid Stockholms Universitet (Stockholm) 2:353-365, 1997-98.

En suédois.
Traduction du titre : Ancien et nouveau droit des ventes.
Reproduit également dans : Julskrift 1998 / från Jan Hellner (Stockholm) 71-83, 1998.

Hernández-Bretón, E. Usos no pactados : del Código de Comercio alemán (Handelsgesetzbuch) a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* : Universidad Central de Venezuela (Caracas) 38:90:81-116, 1993.

Honsell, H., ed. Kommentar zum UN-Kaufrecht : Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) / *authors* : M. Karollus, U. Magnus, W. Melis ... [*et al.*]. Berlin: Springer, 1997. lxvii, 1121 p. (Springer Kommentare)

Commentaire, article par article, de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).
Comprend une bibliographie et un index par sujet.

Houtte, H. van, J. Erauw *and* P. Wantelet, *eds*. Het Weens koopverdrag. Antwerpen-Groningen: Intersentia rechtswetenschappen, c1997. 377 p.

En néerlandais avec des passages en anglais.
Comprend une bibliographie, des textes de conventions internationales sur les ventes, une liste récapitulative d'affaires, ainsi qu'un index par sujet.

Huber, Ch. *and* M. Sundström. Kodifioitua kansainvälistä kauppaoikeutta ("wienin konventio") oikeuskäytännön valossa : wienin konventio muotoutuu kansainvälisen oikeuskäytännön myötä. *Defensor legis* : Organ för Finlands advokatförbund (Helsinki) 78:5:747-759, septembre-octobre 1997.

En finnois, avec titre parallèle en allemand : Kodifiziertes internationales Kaufrecht ("UN-Kaufrecht") im Spiegel der Rechtsprechung : das "UN-Kaufrecht" erhält Konturen durch die internationale Rechtsprechung.

Internationales Handelsrecht : Mitteilungen für die wirtschaftliche Praxis / R. Herber, ed.; collab.: J. Basedow ... [et al.]. Hamburg : Luchterhand, 1999-. v. (Beilage zur Zeitschrift *Transportrecht*; 1-99)

Supplément de la revue : *Transportrecht: Zeitschrift für das gesamte Recht der Güterbeförderung, der Spedition, der Versicherungen des Transports, der Personenbeförderung, der Reiseveranstaltung* (Hamburg).
Titre distinctif : *TranspR-IHR*.
Reproduit le texte anglais des recueils de jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).
Comprend également des commentaires sur des questions concrètes.
Article de fond du premier numéro : Herber, R. Internationales Handelsrecht : ein für die Praxis wichtiges, doch für sie bisher zu wenig erschlossenes Rechtsgebiet, p. 1-6.
Voir également l'annonce dans : *Transportrecht* : ... (Hamburg) 22:1:39-40, Januar 1999.

Kanda, A. Umluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zbo_í jako sou_ást naseho právního rádu. *Právník: teoreticky _asopis pro otázky státu a práva* (Praha) 136:1:1-22, 1997.

En tchèque.
Traduction du titre d'après la table des matières : la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises dans notre système juridique.
Titre parallèle de la revue : *Lawyer: scientific review for problems of state and law*.

Kindler, P. Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht : Plädoyer für einen kreditmarktorientierten Fälligkeitszins. Tübingen : Mohr, c1996. xxix, 395 p. (Jus privatum; 16)

Le chapitre 4 traite de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) : Fälligkeitszinsen im UN-Kaufrecht und in Bestrebungen zur Rechtsvereinheitlichung, p. 94-118.
Thèse de doctorat — Université de Constance (Allemagne), 1995.
Comporte une bibliographie et un index par sujet.
Annexes : A. Rechtsquellen. — B. Berechnung der durchschnittlichen Marge zwischen dem Bundesbankdiskontsatz und den durchschnittlichen Zinsen für Kontokorrentkredite unter 1 Mio. DM (Source : *Monatsberichte der Deutschen Bundesbank*, Statistischer Teil; *see also NJW* 1995, 1074 f.).

López y López, A. M. La interpretación del contrato en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. *Revista de derecho mercantil* (Madrid) 225:1207-1233, 1997.

Pantaleón, F. Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. *Anuario de derecho civil* : Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (Madrid) 46:4:1719-1745, 1993.

Park, S. K. On compatibility of article on contract formation under the "UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts" in international transactions (compared with CISG). *Arbitration journal* : Korean Commercial Arbitration Board (Seoul) 289:86-93, autumn 1998.

En coréen.
Titre tel qu'il figure dans la table des matières en anglais.

Parra-Aranguren, G. Estudios de derecho mercantil internacional. Caracas : Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998. 727 p.

Chapitre 1, Legislación uniforme sobre la compra-venta internacional de mercaderías, p. 5-87.

Perales Viscasillas, Mª del P. Tratamiento jurídico de las cartas de confirmación en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. *Revista Jurídica del Perú* (Lima) 47:13:241-262, octubre-diciembre 1997.

Piltz, B. Compraventa internacional : Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998. xxiii, 194 p.

Adaptación al derecho de los países hispanoamericanos de la obra alemana : UN-Kaufrecht: Gestaltung von Export- und Importverträgen : Wegweiser für die Praxis. 2. Aufl. Bonn : Economica Verlag, 1996. (Internationale Wirtschaftspraxis, Bd. 2)

_____ Exportbedingungen und UN-Kaufrecht. *AW-Praxis : Aussenwirtschaftliche Praxis : Zeitschrift für Aussenwirtschaft in Recht und Praxis* (Köln) 214-217, Juni 1998.

Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht / Bericht des national correspondent für die Schweiz (Bundesamt für Justiz). *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* : Schweizerische Vereinigung für internationales Recht (Zürich) 1:75-90, 1998.
Un volume d'une série de rapports sur la jurisprudence relative à la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980). Titres parallèles de la revue : Revue suisse de droit international et de droit européen = Swiss review of international and European law = Rivista svizzera di diritto internazionale e di diritto europeo.

Roth, M. *and* R. Happ. Interpretation of uniform law instruments according to principles of international law. *Uniform law review*: UNIDROIT (Roma) 2:4:700-711, 1997.
Titre en anglais figurant dans la table des matières.
Titre parallèle de la revue : Revue de droit uniforme : Institut international pour l'unification du droit privé.

Schlechtriem, P., *ed*. Commentary on the United Nations Convention on the International Sale of Goods (CISG) / *translated by* G. Thomas. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1998. xlviii, 803 p.
Authors: K. Bacher, H. H. Eberstein, G. Hager ... [et al.].
Commentaire article par article traduit de : Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht : das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf: CISG-Kommentar / von Caemmerer/Schlechtriem; von H. H. Eberstein ... [et al.]; ed. P. Schlechtriem. 2. völlig neuberarbeitete Aufl. München: Beck, 1995. [1xxx, 924].
Comporte une bibliographie, le texte de la Convention, ainsi qu'un index par sujet.

Schön, E. Der Kaufvertrag im österreichischen Recht und im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika : unter besonderer Berücksichtigung von Vertragsschlußphase und Willensmängeln, sowie mit einem Exkurs zum UN-Kaufrecht. Salzburg: (s.n.), 1998. Paginations diverses; illustrations.
Contenu (extraits) : Exkurs : UN-Kaufrecht (Teil IV), p. 191-210.
Mémoire de maîtrise — Université de Salzbourg, état en mai 1998.

Sierralta Ríos, A. La compraventa internacional y el derecho peruano / prefacio de G. Herrmann; prólogo de H. Medrano Cornejo. Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1997. xx, 244 p.
Comprend une bibliographie.
L'annexe reproduit le texte espagnol de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).
Le chapitre VI (p. 169-192) présente trois cas fictifs basés sur le droit péruvien.

Symposium : Ten years of the United Nations Sales Convention. *Journal of law and commerce* : University of Pittsburgh School of Law (Pittsburgh, Pa.) 17:2:181-461, spring 1998.
Sommaire: Introduction / H. M. Fletcher, [non paginée]. — The sales convention : from idea to practice / J. O. Honnold, p. 181-186. — The several texts of the CISG in a decentralized system: observations on translations, reservations and other challenges to the uniformity principle in Article 7(1) / H. M. Fletcher, p. 187-217. — The United Nations Sales Convention in the Americas : recent developments / A. M. Garro, p. 219-244. — CISG case law : a new challenge for interpreters? / F. Ferrari, p. 245-261. — The sales convention in Europe: from problems in drafting to problems in practice / V. Behr, p. 263-299. — Professional responsibility in a transnational transactions practice / R. A. Brand, p. 301-342. — CISG: from the perspective of the practitioner / V. S. Cook, p. 343-353. — Building on the CISG : international commercial law developments and trends for the 2000's / H. S. Burman, p. 355-364. — The neglect of CISG: a workable solution / J. E. Murray, Jr., p. 365-379. — Force majeure clauses: drafting advice for the CISG practitioner / J. M. Bund, p. 381-413. — Blazing a trail in the "new frontier" of the CISG: ... (Helen Kaminski Pty. Ltd. v. Marketing Australian Products, Inc., WL 414137, S.D.N.Y. July 23, 1997) / V. M. Genys, p. 415-426. — CISG Project : dictamen emitido por la Comisión para la Protección del Comercio Exterior a Petición de Conservas la Costeña, S.A. de C.V. with commentary / A. Osuna González, p. 427-443. — Bibliography of CISG materials previously published in the JLC, p. 445-448. — CISG contracting states and declarations table, p. 449-461.

Teaching sales law in a global context : the reciprocal influence of domestic sales law (Article 2) on private international law (CISG & UNIDROIT) and private international law on revised Article 2. *Tulane law review* : Tulane Law School (New Orleans, La.) 72:6:1925-2111, June 1998.
Recueil de communications présentées lors d'un colloque.
Sommaire : Foreword / S. H. Jenkins, p. 1925-1929. — Electronic commerce and the symbiotic relationship between international and domestic law reform / A. H. Boss, p. 1931-1984. — The American provenance of the UNIDROIT Principles / E. A. Farnsworth, p. 1985-1994. — The inapplicability of the United Nations Convention on the International Sale of Goods as a model for the revision of Article Two of the Uniform Commercial Code / H. D. Gabriel, p. 1995- 2014. — Exemption for non-performance : UCC, CISG, UNIDROIT Principles - a comparative assessment / S. H. Jenkins, p. 2015-2030. — Non-["UN-"?] American law and the core curriculum / P. Linzer, p. 2031-2042. — The relevance of evolving domestic and international law on contracts in the classroom : assumptions about assent / L. J. Rusch, p. 2043-2087 — Freeing the tortious soul of express warranty law / J. J. White, p. 2089-2111.

Vahle, O. Der Erfüllungsanspruch des Käufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich mit dem deutschen Kaufrecht. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft : Archiv für internationales Wirtschaftsrecht* (Heidelberg) 98:1:54-73, Februar 1999.

Van den hole, L. L'exonération de responsabilité dans l'article 79 CISG en comparaison avec le droit allemand, français, belge et la common law. *Revue de droit commercial belge = Tijdschrift voor belgisch Handelsrecht* (Antwerpen) 356-375, 1998.

Vázques Lepinette, T. Análisis crítico de las disposiciones generales de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. *Revista de derecho mercantil* (Madrid) 217:1049-1111, julio-septiembre 1995.

Viguri, A. Algunas consideraciones en torno al Convenio de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías : la uniformidad del derecho: análisis del Derecho norteamericano. *Actualidad y derecho : revista semanal de actualidad jurídica* (Madrid) 4:1, 3-11, semana 23 al 29 de enero de 1995.

Witz, C. Le contentieux des ventes de marchandises intra-communautaires et le jeu combiné des Conventions de Bruxelles et de Vienne : note sous Cassation 1re. civil, 16 juillet 1998. Recueil Dalloz Sirey : jurisprudence, notes (Paris) 8:117-120, 25 février 1999.

Titre tiré de la table des matières.
Note sur une décision de la Cour de cassation française.

Witz, C. *and* G. Wolter. Die neuere Rechtsprechung französischer Gerichte zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. *Recht der internationalen Wirtschaft: Betriebs-Berater International* (Heidelberg) 44:4:278-285, April 1998.

Wolf, E. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Kaufrecht. VIII, UN-Kaufrecht. *Wertpapier Mitteilungen (Teil 4) : Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* (Frankfurt, M.) Sonderbeilage 2:41-44 zu Nr. 47, 21. November 1998.

III. Arbitrage commercial international et conciliation

Asouzu, A. A. The adoption of the UNCITRAL Model Law in Nigeria : implications on the recognition and enforcement of arbitral awards. *Journal of business law* (London) 185-204, March 1999.

_____ The new arbitration and conciliation law of India: a comparative study of old and new law. ICSID review : *Foreign investment law journal* (Washington, D.C.) 13:1:401-410, spring 1998.
Analyse de: Kwatra, G. K. The new arbitration and conciliation law of India : a comparative study of old and new law. New Delhi : Indian Council of Arbitration, 1996. 1998 printing. 238 p.
Voir ci-dessous à Kwatra.

Berger, K. P. Germany adopts the UNCITRAL Model Law. *International arbitration law review* (London) 1:3:121-126, April 1998.
Version abrégée d'un article déjà paru dans : *International arbitration report* (Wayne, Pa.) 13:1:38-54 and A1-7, January 1998. — Footnote.*

_____ The implementation of the UNCITRAL Model Law in Germany. *Tijschrift voor arbitrage* ('s-Gravenhage) 2:41-46, 1998.
Version abrégée et révisée d'un article paru précédemment dans : *International arbitration report* (Wayne, Pa.) 13:1:38-54, A1-7, January 1998. *Voir* Bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI (A/CN.9/452), 27 mars 1998, p. 12.

Bibliographie. *Yearbook commercial arbitration* (Deventer) 23:1211-1267, 1998.
Excellente bibliographie actualisée sur l'arbitrage commercial, à l'échelon national et international, avec mention des travaux de la CNUDCI dans ce domaine.

Biukovic, L. Impact of the adoption of the Model Law in Canada : creating a new environment for international arbitration. *Canadian business law journal* (Aurora, Ont.) 30:3:376-414, September 1998.
Titre parallèle de la revue : Revue canadienne du droit de commerce.

Christie, R. H. The UNCITRAL Model Law in Southern Africa. *Arbitration* : journal of the Chartered Institute of Arbitrators (London) 64:4:272-274, November 1998.

Court decisions applying the UNCITRAL Model Arbitration Law (1985). Case law on UNCITRAL texts (CLOUT) / United Nations Commission on International Trade Law. *Yearbook commercial arbitration* (Deventer) 23:219-237, 1998.
Cinquième volume d'extraits des recueils de jurisprudence de la CNUDCI. Reproduit des extraits regroupés par pays et présentés par ordre numérique des documents A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/12 du 26 mai 1997, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/13 du 23 octobre 1997, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/14 du 30 janvier 1998, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/15 du 23 février 1998, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/16 du 19 mars 1998, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/17 du 11 mai 1998. — p. 222, note 3. Comprend également un index des articles de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985) mentionnés dans les recueils de jurisprudence de la CNUDCI, tels qu'ils sont reproduits dans les volumes XIX (1994) à XXIII (1998), p. 233-237.

DiMatteo, L. A. Resolving international contract disputes : the CISG (Contracts for the International Sale of Goods) covers many international trade conflicts. *Dispute resolution journal* (New York, N.Y.) 53:4:75-79, November 1998.

Fouchard, Ph. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) : aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales : liste des questions qui pourraient être examinées dans le cadre de l'organisation de la procédure arbitrale. *Revue de l'arbitrage :* Bulletin du Comité français de l'arbitrage (Paris) 1:273-277, janvier-mars 1998.

Freyer, D. H., B. H. Garfinkel and H. G. Gharavi. Arbitration under bilateral investment treaties : an often overlooked tool. *International arbitration report* (King of Prussia, Pa.) 13:5:44-52, May 1998.

Gharavi, H. G. The 1997 Iranian international commercial arbitration law: the UNCITRAL Model Law à l'iranienne. *Arbitration international* : London Court of International Arbitration (London) 15:1:85-96, 1999.

Habscheid, W. J. Il nuovo diritto dell'arbitrato in Germania. *Rivista dell'arbitrato* : Associazione italiana per l'arbitrato (Milano) 8:2:175-189, 1998.
Le texte allemand et sa traduction en anglais sont reproduits dans l'annexe de l'article, p. 365-397. Comprend en outre un résumé en anglais, p. 189.

Herrmann, G. The UNCITRAL arbitration law : a good model of a model law. *In* Uniform law studies in memory of Malcolm Evans = Études de droit uniforme à la mémoire de Malcolm Evans. *Uniform law review* : UNIDROIT (Roma) 3:2/3:483-499, 1998. (New series)
Titre parallèle de la revue : *Revue de droit uniforme :* Institut international pour l'unification du droit privé.

Holtzmann, H. M. Recent work on dispute resolution by the United Nations Commission on International Trade Law. In International Law Weekend '98 / co-sponsored *by* : International Law Association, American Society of International Law, Association of the Bar of the City of New York ... [et al.].
Communication non publiée, faite lors du "Panel on Recent Work of United Nations Commission on International Trade Law", 14 novembre 1998, New York.

Holtzmann, H. M. *and* D. F. Donovan. United States. *In* International handbook on commercial arbitration / *gen. eds.*: P. Sanders, A. J. van den Berg, with the assistance of International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, The Hague. The Hague : Kluwer Law International, 1990-. Suppl. 28, 76 p. + Annex I-V, January 1999)
Les annexes reproduisent : I, United States Arbitration Act (Federal Arbitration Act) (9 U.S.C. Sect. 1 et seq.), 8 p. — II, Excerpts from the Patent Act (35 U.S.C. Sects. 135(d), 294), 2 p. — III, Excerpts from the Foreign Sovereign

Immunities Act (28 U.S.C. Sects. 1605, 1607, 1610, 1611), 6 p. — IV, Uniform Arbitration Act, 6 p. — V, Arbitration Statutes of the United States, the District of Columbia and Puerto Rico, 2 p.

Inde: Arbitration and Conciliation Act 1996. *Commonwealth law bulletin* : Commonwealth Secretariat (London) 24:1/2:1-8, January and April 1998.
Réimpression d'après : *Digest of Central Acts* (New Dehli); 33:3:25-etc., 1996.

International arbitration : a guide for foreign corporations. 31 p. *International commercial litigation* (London) 2-18, April 1998. (Special supplement)
Titre tiré de la page de couverture.
Bermuda is the ideal venue for companies to hold arbitrations / J. Woloniecki, p. 2-4. — Canada: arbitration set to become the first choice for dispute resolution / C. L. Campbell *and* J. A. Keefe, p. 5-7. — New Finnish code takes into account the Model Law / C. Wallgren *and* P. Taivalkoski, p. 8-11. — Germany's new Act follows Model Law, but also takes up features of neighbours' laws / F. von Schlabrendorff and A. Sessler, p. 12-15. — Commercial arbitration Indian-style / M. Prabhakaran, p. 16-18.

Jafarian, M. *and* M. Rezaeian. The new law on international commercial arbitration in Iran. *Journal of international arbitration* (Geneva) 15:3:31-41, 1998.

Jayagovind, A. International commmercial arbitration under the Arbitration and Conciliation Act, 1996. *Indian journal of international law* : Indian Society of International Law (New Delhi) 37:4:658-672, October-December 1997.

Kierstead, S. Referral to Arbitration under article 8 of the UNCITRAL Model Law : the Canadian approach. *Canadian business law journal* (Agincourt, Ont.) 31:1:98:117, November 1998.
Titre parallèle de la revue : *Revue canadienne du droit de commerce*.

Kim, H.-K. Characteristics of the amended German Arbitration Act. *Arbitration journal* : Korean Commercial Arbitration Board (Seoul) 291:51-60, 1999.
En coréen.
Titre tiré de la table des matières en anglais.

Koch, Ch. The new Irish Arbitration Act of 1998. *Bulletin ASA* : Association suisse de l'arbitrage (Bâle) 17:1:51-57, 1999.

Kronke, H. Internationale Schiedsverfahren nach der Reform. *Recht der internationalen Wirtschaft : Betriebs-Berater International* (Heidelberg) 44:4:257-265, April 1998.

Kwatra, G. K. The new arbitration and conciliation law of India : a comparative study of old and new law. Revised edition, October 1996. New Delhi : Indian Council of Arbitration, 1996, 1998 printing. 238 p.

Kwok, W. C. The meaning of "commercial" and "international" in the UNCITRAL Model Law : the status in Ontario. *Arbitration and dispute resolution law journal* (London) 3:224-240, September 1998.

Lee Suet Lin, J. Much ado about errors : the Singapore perspective. *Journal of international arbitration* (Geneva) 15:1:95-112, March 1998.

Lim, P. G. International arbitrations under the rules of the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration: section 34 of the Malaysian Arbitration Act 1952. *Arbitration and dispute resolution law journal* (London) 4:318-326, December 1998.

Lörcher, G. The new German arbitration act. *Journal of international arbitration* (Geneva) 15:2:85-93, June 1998.

Morgan, R.J.M. The Arbitration Ordinance of Hong Kong : a commentary. Hong Kong : Butterworths Asia, 1997. cv, 891 p.+ Suppl.
Commentaire donnant des explications sur les dispositions de cette ordonnance à la lumière de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985) telle qu'elle a été adoptée à Hong Kong.
Comprend une bibliographie, un index par sujet et des listes récapitulatives d'affaires et de lois. En appendice : textes législatifs de Hong Kong et du Royaume-Uni avec tableaux comparatifs.
Un supplément de 1997 est consacré à l'Arbitration (Amendment) Ordinance (No. 75, 1996), qui est entrée en vigueur le 27 juin 1997.

_____ Hong Kong arbitration : getting the legislation right. *Arbitration and dispute resolution law journal* (London) 4:287-317, December 1998.
L'appendice I reproduit l'Arbitration Ordinance (cap. 341) sous sa forme modifiée et l'Arbitration (Amendment) Ordinance (No. 75, 1996).

_____ Hong Kong arbitration in transition: the Arbitration (Amendment) Ordinance 1996. *International arbitration report* (King of Prussia, Pa.) 13:4:18-73, April 1998.
Cet article a été initialement publié dans : *International Arbitration Law Review* (London) 1:1:19-38, December 1997 and 1:2:74-85, February 1998.

Mosito, K. E. The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and the doctrine of party autonomy. *Lesotho law journal* : National University of Lesotho Faculty of Law (Roma) 9:133-147, 1996.

Nariman, F. S. India's new arbitration law. *International arbitration law review* (London) 1:5:181-183, August 1998.

Niggemann, F. Le nouveau droit allemand de l'arbitrage = The new German arbitration law. *Revue de droit des affaires internationales* : Forum européen de la communication (Paris) 6:637-671, 1998; 8:953, 1998.
Anglais et français en regard.
Titre parallèle de la revue : *International business law journal*.
Le volume 8 comprend des errata (p. 953).

Osterthun, B. Das neue deutsche Recht der Schiedsgerichtsbarkeit. *Transportrecht : Zeitschrift für das gesamte Recht der Güterbeförderung, der Spedition, der Versicherungen des Transports, der Personenbeförderung, der Reiseveranstaltung* (Hamburg) 21:5:177-187, Mai 1998.

Parra-Aranguren, G. Estudios de derecho mercantil internacional. Caracas : Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998. 727 p.
Chapitre 4, El Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1976), p. 329-398. — 5, El Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 1980), p. 399-421. — 6, La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internactional (CNUDMI, 1985) sobre Arbitraje Comercial Internacional, p. 423-584. — 7, La nulidad, el reconocimiento y la ejecución de los laudos en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 1985), p. 585-725.

Pfaff, D. Zukunftsmodell: internationale Schiedsgerichtsbarkeit. *Recht der internationalen Wirtschaft : Betriebs-Berater International* (Heidelberg) 45:2:I, Februar 1999.

Raghavan, V. Heightened judicial review of arbitral awards : perspectives from the UNCITRAL Model Law and the English Arbitration Act of 1996 on some United States developments. *Journal of international arbitration* (Geneva) 15:3:103-134, 1998.

Rao, P. Ch. The Arbitration and Conciliation Act, 1996 : a commentary. Delhi : Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd., c1997. lxxxviii, 518 p.
Commentaire, article par article, de la loi (n° 26, 1996) par son principal rédacteur, qui se propose de présenter dans leurs grandes lignes les notions qui sous-tendent cette loi, référence étant faite en particulier aux travaux préparatoires de l'instrument de la CNUDCI. — Préface.

Rawlins, H. A. Aspects of the UNCITRAL regimes for procurement and for international commercial arbitration, and government international commercial contracts in the Commonwealth Caribbean. *Journal of transnational law and policy* : Florida State University, College of Law (Tallahassee, Fla.) 7:1:41-75, fall 1997.
Comprend un résumé avant la table des matières.

Recent developments in arbitration law and practice : Egypt, Germany, Iran, Lithuania, Oman, Peru. *Yearbook commercial arbitration* (Deventer) 23:563-573, 1998.
Quatrième volume de brefs avis concernant les lois récemment adoptées ou modifiées sur la base de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985). Les avis renvoient à des rapports nationaux, publiés ou futurs, destinés à la publication qui va de pair avec l'*Annuaire*, à savoir l'*International Handbook on Commercial Arbitration* (feuilles mobiles).

Rice Fowler reports on Latin American arbitration.
Simon, A. *and* J. H. Rooney, Jr. The Law and practice of international arbitration in Peru. *World arbitration & mediation report : covering dispute resolution in the United States and around the world* (Yonkers, N.Y.) 10:2:48-54, February 1999.

Samuel, A. Arbitration statutes in England and the United States of America. [x,] International arbitration statutes in the US states; [xi,] The new English Arbitration Act / Adam Samuel. *Arbitration and dispute resolution law journal* (London) 1:23-33, March 1999.

Sanders, P. Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules. *Yearbook commercial arbitration* : International Council for Commercial Arbitration (Deventer) 2:172-223, 1977.
Commentaire sur le règlement d'arbitrage de la CNUDCI par le principal consultant de la phase préparatoire, qui n'a pas été mentionné explicitement dans la bibliographie figurant dans l'*Annuaire* de la CNUDCI, IX:1978:250, 1981.

Schwebel, S. M. May the majority vote of an international arbitral tribunal be impeached? : the 1996 Freshfields Lecture. *Arbitration international* : London Court of International Arbitration (London) 13:2:145-153, 1997.

Seifi, J. The new International Commercial Arbitration Act of Iran: towards harmony with the UNCITRAL Model Law. *Journal of international arbitration* (Geneva) 15:2:5-35, June 1998.

Singhania, K. G. Comparative study of the Indian Arbitration Act 1940 and the Arbitration and Conciliation Act 1996. *Arbitration and ADR* : International Bar Association, Section on Business Law, Committee D (London) 3:2:17-18, 1998.
ADR est l'abréviation d'Alternative Dispute Resolution.

Smit, H. *and* V. Pechota. A chart comparing international commercial arbitration rules. [Yonkers, N.Y.] : Juris Publishing, c1998. ix, 160 p. (Smit's guides to international arbitration; 3)
Sous-titre : A comparison of the international commercial arbitration rules of ICC, AAA, LCIA, ICSID, WIPO, UNCITRAL and CPR : a chart of parallel provisions.

Taivalkoski, P. Sovellettavasta laista kansainvälisessä välimiesmenettelyssä = Welches Recht im internationalen Schiedsverfahren anzuwenden ist? *Defensor legis* : Organ för Finlands advokatförbund (Helsinki) 79:2:296-309, mars-april, 1998.
En finnois avec titre parallèle en allemand.

Triebel, V. Germany : current developments. *Arbitration and ADR* : International Bar Association, Section on Business Law, Committee D (London) 3:2:23-25, 1998.
ADR est l'abréviation d'Alternative Dispute Resolution.

[Willem C. Vis International Arbitration Moot. Fifth]
[Cinquième concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis]
Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot 1998 : reports of Zagreb participants. *Croatian arbitration yearbook* : Croatian Chamber of Commerce, Permanent Arbitration Court (Zagreb) 5:235-240, 1998.
Rapport rédigé par les membres de l'équipe de l'Université de Zagreb : N. Balenovic, D. Kaufman, N. Lacmanovic, T. Nagy et B. Stritof. — Footnote*.

Williams, D. New Zealand. The new arbitration act : adoption of the Model Law with additions. *International arbitration law review* (London) 1:6:214-216, October 1998.

Work, T. S. India satisfies its Jones [*i.e. Joneses*] for arbitration : new arbitration law in India. *Transnational lawyer* : University of the Pacific, McGeorge School of Law (Sacramento, Calif.) 10:1:217-243, spring 1997.

IV. Transports internationaux

Asariotis, R. Anwendungssystem und Zuständigkeitsvorschriften der Hamburger Regeln als Mittel zur Durchsetzung des Haftungsregimes. *European transport law : journal of law and economics* (Antwerpen) 33:2:161-191, 1998.

Derecho uniforme del transporte internacional: cuestiones de actualidad / *coordinator* : A. Madrid Parra; *authors* : M. Olivencia Ruiz ... [*et al.*]. Madrid: McGraw-Hill, 1998. xxiii, 437 p. (Elementos empresa. Ciencias jurídicas)
Chapitres se rapportant aux travaux de la CNUDCI : La tarea unificadora en materia de transporte (I) / M. Olivencia Ruiz, p. 1-22. — Las Reglas de Hamburgo (Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978) (III) / R. Illescas Ortiz, p. 67-77. — Regulación uniforme de UNCITRAL del uso de medios electrónicos en relación con los contratos de transporte de mercancías (IV) / A. Madrid Parra, 79-121. — Mercancías en la fase portuaria: problemas y soluciones (VI) / D. Morán Bovio, p. 167-212. — La obligación de entrega en la venta con expedición (X) / M. A. Pendón Meléndez, p. 325-368.

Illescas Ortiz, R. El Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte

en el Comercio Internacional. *In* Estudios de derecho mercantil : homenaje al Profesor Justino F. Duque. Valladolid : Universidad de Valladolid, 1998. vol. 2. p. 1453-1461.

Lee, E. S. Analysis of the Hamburg Rules on marine cargo insurance and liability insurance. *ILSA Journal of International & Comparative Law* : Nova Southeastern University (Ft. Lauderdale, Fla.) 4:153-172, 1997.
Le sigle ILSA signifie International Law Students Association.

Meyer-Rehfueß, M. Zwischen Hamburg und Haag/Visby : aktuelle Entwicklungen im internationalen Seefrachtrecht. *Transportrecht : Zeitschrift für das gesamte Recht der Güterbeförderung, der Spedition, der Versicherungen des Transports, der Personenbeförderung, der Reiseveranstaltung* (Hamburg) 21:6:236-241, Juni 1998.

Morán Bovio, D. The OTT Convention viewed in the light of decisions on the Hamburg Rules. *In* Uniform law studies in memory of Malcolm Evans = Études de droit uniforme à la mémoire de Malcolm Evans. *Uniform law review* : UNIDROIT (Roma) 3:2/3:601-614, 1998. (New series)
Titre parallèle de la revue : *Revue de droit uniforme* : Institut international pour l'unification du droit privé.

_____ Mercancías en la fase portuaria : problemas y soluciones. *In* Estudios de derecho mercantil : homenaje al Profesor Justino F. Duque. Valladolid : Universidad de Valladolid, 1998. vol. 2. p. 1473-1496.

_____ Sentencias primeras en aplicación de las Reglas de Hamburgo. *Revista de direito mercantil industrial, economico e financeiro* : Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado (São Paulo) 36:105:220-230, janeiro-março de 1997. (Nova série)

Ramberg, J. New Scandinavian maritime codes. *Diritto marittimo : rivista trimestrale di dottrina, giurisprudenza, legislazione italiana e straniera* (Genova) 4:1222-1224, 1994.
Réimpression.
Ces nouveaux codes comblent les "lacunes" des Règles de La Haye-Visby avec des dispositions des Règles de Hambourg, p. 1223.

_____ The vanishing bill of lading and the "Hamburg Rules carrier". *American journal of comparative law* : American Association for the Comparative Study of Law (Berkeley, Calif.) 27:2/3:391-406, 1979.
Réimpression.

Tetley, W. Arbitration and jurisdiction in carriage of goods by sea and multimodal transport : can we have international uniformity? *European transport law : journal of law and economics* (Antwerpen) 33:6:735-765, 1998.
Une première version de ce texte a été présentée lors de la Conférence sur l'arbitrage et le droit maritime, tenue à Barcelone, du 24 au 28 juin 1998. — Note*.

_____ Le régime juridique du transport des marchandises par eau : l'uniformisation du droit en péril. *Annuaire de droit maritime et océanique :* Centre de droit maritime et océanique, Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Nantes (France) 16:95-107, 1998.

V. Paiements internationaux

Díez Gargari, P. Hacia una reglamentación uniforme de la transferencia internacional de crédito. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 1996. 218 p.
Mémoire de maîtrise — Université du Mexique, 1996.
Comprend une bibliographie et un index par sujet.

Felsenfeld, C. The compatibility of the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers with article 4A of the UCC. *Fordham law review* : Fordham University School of Law (New York, N.Y.) 60:6:S53-S75, May 1992.

Lojendio Osborne, I. Proyecto de Convención internacional sobre cesión de créditos. *In* Estudios de derecho mercantil : homenaje al Profesor Justino F. Duque. Valladolid : Universidad de Valladolid, 1998. vol. 2. p. 1251-1263.

Pinault, M. La réconciliation des irréconciliables : la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux. *Cahiers de droit : revue des étudiants en droit de l'Université Laval* (Québec) 38:3:503-567, septembre 1997.
En français avec résumés en anglais et en français, p. 503-504.

VI. Commerce électronique

Andersen, M. B. Electronic commerce : a challenge to private law? Roma : Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1998. 29 p. (Saggi, conferenze e seminari / Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero; 32).

Boss, A. H. Electronic commerce and the symbiotic relationship between international and domestic law reform. In Teaching sales law in a global context : the reciprocal influence of domestic sales law (article 2) on private international law (CISG & UNIDROIT) and private international law on revised article 2. Tulane law review : *Tulane Law School* (New Orleans, La.) 72:6:1925-2111, June 1998, p. 1931-1984.

Chandler, G. F., III. Maritime electronic commerce for the twenty-first century. *Tulane maritime law journal* (New Orleans, La.) 22:2:463-510, summer 1998.
L'appendice B reproduit le texte de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), p. 503-510.
Une version plus succincte de cet article a été présentée lors du Centenaire du Comité maritime international, Anvers, 10 juin 1997. — Note*.
Voir ci-dessous à International Maritime Committee Centenary Conference.

Cova Arria, L. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* : Universidad Central de Venezuela (Caracas) 42:104:31-45, 1997.
L'annexe reproduit le texte espagnol de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), p. 421-433.

Enayat, S. H. Legal aspect [*sic*] of international funds transfer : commentary of UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers (1992). Tehran: [s.n.], 1993 [1372]. 176 p.
En persan.
Description basée sur la page de titre additionnelle en anglais.
L'annexe reproduit les textes de : 1, la Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992) en anglais. — 2, la décision prise par la CNUDCI lors de sa 484e séance, le 15 mai 1992, par laquelle elle a adopté et recommandé la Loi type.

Greenwood, D. J. *and* R. A. Campbell. Electronic commerce legislation : from written on paper and signed in ink to electronic records and online authentication. *Business lawyer* : American Bar Association, Section of Business Law (Chicago, Ill.) 53:1:307-338, November 1997.

Comprend un tableau comparatif de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), des Statutes of Massachusetts (MERSA) et des Statutes of the *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* (NCCUSL), p. 321-337.

International Maritime Committee Centenary Conference (9-13 juin 1997, Anvers)
Antwerp II : Documents of the Centenary Conference. *International Maritime Committee yearbook* (Antwerpen) 208-277, 1997.
Documents ayant trait aux travaux de la CNUDCI : Agenda topic 5, Electronic Data Interchange (EDI) : report of the chairman of the working group / A. von Ziegler, p. 208-214. — I, Maritime electronic commerce for the twenty-first century / G. F. Chandler, III, p. 215-250. — Appendices: A, CMI Rules for Electronic Bills of Lading, p. 238-241. — B, UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, p. 242-250. — II, The broader context of electronic commerce / J. Gauthier, p. 251-256. — III, The 1990 CMI Rules on Electronic Bills of Lading in the context of electronic commerce / J. Ramberg, p. 257-259. — IV, UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce / R. I. L. Howland, p. 260-265. — V, Legal obstacles to the implementation of the electronic bill of lading in civil law countries / L. Cova Arria, p. 266-271. — VI, Main legal issues related to the implementation of electronic transport documentation / G. J. van der Ziel, p. 272-277.
Les articles de A. von Ziegler, G. F. Chandler, III, J. Gauthier, J. Ramberg, R. I. L. Howland, L. Cova Arria, et de G. J. van der Ziel sont reproduits dans : *European transport law* : journal of law and economics (Anvers) 32:6:643-728, 1997.
Une version plus complète de l'article de Chandler est disponible dans : *Tulane maritime law journal* (New Orleans) 22:2:463-510, summer 1998. *Voir ci-dessus* à Chandler.

Lenselink, B. Internet : which court decides, which law applies? : Tagung in Utrecht. *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (Bielefeld) 18:3:229-231, Mai/Juni 1998.

Livory, A. CNUDCI : projet de règles uniformes sur les signatures numériques. *Droit de l'informatique & des télécoms* (Paris) 15:3:88-89, 1998.

Madrid Parra, A. Regulación uniforme de UNCITRAL del uso de medios electrónicos en relación con los contratos de transporte de mercancías (IV). In Derecho uniforme del transporte internacional: cuestiones de actualidad / *coordinator* : A. Madrid Parra; *authors* : M. Olivencia Ruiz ... [et al.]. Madrid : McGraw-Hill, 1998. (Elementos empresa. Ciencias jurídicas). p. 79-121.

Mudenda, F. UNCITRAL continues work on electronic signatures. *International law in brief* : American Society of International Law (Washington, D.C.) 2:2:5-6, February 1999.

Nicoll, C. C. Can computers make contracts? *Journal of business law* (London) 35-49, January 1998.

Nouvelle-Zélande. Law Commission.
Electronic commerce : a guide for the legal and business community. Wellington, New Zealand : The Commission, October 1998. xix, 182 p. (NZLC; R20)
Appendices : A, UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996), p. 139-147. — B, Revision of Uniform Commercial Code (extracts), p. 148-152. — C, Law Commission draft Evidence Code (extracts), p. 153-155. — D, Conflict of laws : comparative law, p. 156-174.
Comporte une bibliographie, des appendices avec des textes juridiques, ainsi qu'un index par sujet.
A report (No. 50, part 1) submitted to the Ministry of Justice. On all issues we have compared our approach with the provisions to be found in the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on Electronic Commerce and the Australian (Federal) Electronic Commerce Expert Group's report: Electronic commerce : building the legal framework. — Executive summary, p. xv.

UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment, 1996 : with additional article 5 *bis* as adopted in 1998. New York : United Nations, 1999. vii, 75 p.
Contenu : 1. General Assembly resolution 51/162 of 16 December 1996, on the report of the Sixth Committee (A/51/628). — 2. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. — 3. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce.
Nouvelle édition, seul le texte anglais est actuellement disponible.

Wulff, O. Das UNCITRAL Modellgesetz über den grenzüberschreitenden Überweisungsverkehr. Bielefeld : Gieseking, 1998. xli, 371 p. (Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht; Bd. 176)
Thèse de doctorat — Université de Ratisbonne (Allemagne) 1996/97.
Comprend une bibliographie et le texte anglais de la Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992) en annexe.

VII. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by

Estrella Faria, J. A. Garantías para concesiones : ¿un rompecabezas? = Concession guarantees : a conundrum? In International seminar = Seminario internacional / Panamerican Surety Association = Asociación Panamericana de Fianzas. Buenos Aires : The Association, 1997. p. 109-118, 291-299.

Fayers, R. Roger Fayers responds to Paul Turner on Article 15(3) of the UNCITRAL Convention. *Documentary credits INsight* : International Chamber of Commerce (Paris) 4:2:19-20, spring 1998.
Réponse à : Expert commentary; some points on warranties, fraud and the United Nations [Guarantee and Standby] Convention. *Documentary credits INsight*; 4:1:17-19, winter 1998. *Voir* Bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI (A/CN.9/452) du 27 mars 1998, p. 21.

Kozolchyk, B. The impact of the UNCITRAL Bank Guarantee, Standby Letter of Credit Convention upon international commerce and financial markets. *Letter of credit update* : Government Information Services (Arlington, Va.) 10:7:26-32, July 1994.

Parra-Aranguren, G. Estudios de derecho mercantil internacional. Caracas : Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998. 727 p.
Chapitre 2, La Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (1988), p. 89-313.

Turner, P. S. The United Nations Convention on international standby letters of credit : how could it change existing letter of credit law in the United States? *Banking law journal* (Arlington, Va.) 9:790-808, October 1997.

United Nations Convention's advantages weighed. *Letter of credit update* : Government Information Services (Arlington, Va.) 13:2:3-4, February 1997.

VIII. Passation des marchés

Rawlins, H. A. Aspects of the UNCITRAL regimes for procurement and for international commercial arbitration, and government international commercial contracts in the Commonwealth Caribbean. *Journal of transnational law and policy* : Florida State University, College of Law (Tallahassee, Fla.) 7:1:41-75, fall 1997.
Comprend un résumé avant la table des matières.

IX. Insolvabilité internationale

Barrett, J. A. Various legislative attempts with respect to bankruptcies involving more than one country. IV, UNCITRAL. *Texas international law journal* : University of Texas at Austin School of Law (Austin, Tex.) 33:3:561-563, summer 1998.
L'annexe reproduit la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997), p. 564-573.
L'auteur a participé, en tant que représentant du Département d'État des États-Unis d'Amérique, à l'élaboration de la Loi type. — Note, p. 561.

Berends, A. J. The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency : a comprehensive overview. *Tulane journal of international and comparative law* : Tulane Law School (New Orleans, La.) 6:309-399, spring 1998.
L'annexe reproduit : 1, Text of UNCITRAL Model Insolvency Law (1997), p. 401-413. — 2, Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Insolvency Law (1997), p. 415-486.

Carbone, S. M. Il così detto fallimento internazionale tra riforma italiana del diritto internazionale privato e normativa di diritto uniforme. *Diritto del commercio internazionale : pratica internazionale e diritto interno* (Milano) 12:3:633-645, luglio-settembre 1998.
L'annexe reproduit la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997), p. 646-655.

Cooper, N. Cross-border insolvency : the insolvency practitioner working under the aegis of the Model Law : presentation to UNICTRAL on 11th June, 1998. *Insol world* : the newsletter of INSOL international (London) 1-2, July 1998.

Esplugues Mota, C. A. The UNCITRAL Model Law of 1997 on Cross-Border Insolvency : an approach. *Diritto del commercio internazionale : pratica internazionale e diritto interno* (Milano) 12:3:657-680, luglio-settembre 1998. (Giurisprudenza commerciale)

Krings, E. Unification législative internationale récente en matière d'insolvabilité et de faillite. *Uniform law review* : UNIDROIT (Roma) 2:4:657-674, 1997.
Texte de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997) en anglais et en français en regard, p. 768-789.
Titre parallèle de la revue : *Revue de droit uniforme* : Institut international pour l'unification du droit privé.

Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation. New York, Nations Unies, 1999. vii, 94 p.
Contenu : 1, Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. — 2, Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. — Annexe : résolution 52/158 de l'Assemblée générale datée du 15 décembre 1997.
Également disponible en anglais et en espagnol.

Olivencia Ruiz, M. Ley y disposiciones legales modelo como instrumentos de armonización y unificación internacional del derecho de la insolvencia. *In* Estudios de derecho mercantil : homenaje al Profesor Justino F. Duque. Valladolid : Universidad de Valladolid, 1998. vol. 2. p. 1655-1663.

Sandoval, R. Chilean legislation and cross-border insolvency. C, The UNCITRAL effort. *Texas international law journal* : University of Texas at Austin School of Law (Austin, Tex.) 33:3:583-585, summer 1998.

Vallens, J.-L. La loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. *Recueil Dalloz Sirey* : chronique (Paris) 15:157-165, 16 avril 1998.

X. Financement par cession de créances

Bazinas, S. V. An international legal regime for receivables financing : UNCITRAL's contribution. *Duke journal of comparative & international law* : Duke University School of Law (Durham, N.C.) 8:2:315-358, 1998.
Titre courant : UNCITRAL uniform law on assignment.

_____ Die Arbeit von UNCITRAL im Bereich der Forderungsabtretung zur Kreditfinanzierung. In Hadding, W. and U. H. Schneider, *eds*. Die Forderungsabtretung, insbe-sondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen. Berlin : Duncker & Humblot, 1999. p. 99-132. (Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen : Abt. B, Rechtswissenschaft : Schriften des Instituts für deutsches und internationales Recht des Spar-, Grio- und Kreditwesens an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz ; Bd. 120)

_____ UNCITRAL's work in the field of secured transactions. *In* Norton J. J. *and* M. Andenas, *eds*. Emerging financial markets and secured transactions. London : Kluwer Law International, c1998. p. 211-218. (International Economic Development Law; v. 6)
L'appendice II reproduit : Draft Convention on Assignment in Receivables Financing (1996), p. 509-522.

_____ United Nations streamline(s) [*sic*] cross-border receivables financing : viewpoint. *Trade winds* (New York, N.Y.) 2, spring 1998.

Carsella, M. B. UNCITRAL : first step in the globalization of asset-based lending. *Secured lender : magazine of the asset-based financial services industry* (New York, N.Y.) 108-120, 152, November-December 1998.

Goode, R. The protection of interests in movables in transnational commercial law. *In* Uniform law studies in memory of Malcolm Evans = Études de droit uniforme à la mémoire de Malcolm Evans. *Uniform law review* : UNIDROIT (Roma) 3:2/3:453-465, 1998. (New series)
Titre parallèle de la revue : *Revue de droit uniforme* : Institut international pour l'unification du droit privé.

Hartwieg, O. Kollisionsrechtliches zur internationalen Abtretung : eine reale Reminiszenz zu BGH ZIP 1997, 890. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Köln) 19:51/52:2137-2144, 18. Dezember 1998.
Rappel d'une décision rendue par la Cour de justice fédérale d'Allemagne (BGH) publiée dans *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Köln) 18:20:890-893, 16. Mai 1997.

Lojendio Osborne, I. Proyecto de convención internacional sobre cesión de créditos. *In* Estudios de derecho mercantil : homenaje al Profesor Justino F. Duque. Valladolid : Universidad de Valladolid, 1998. vol. 2. p. 1251-1263.

XI. Contrats internationaux de construction

Vidal Ramírez, F. La Guía Jurídica para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción en [*i.e.* de] Instalaciones Industriales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (Lima) 50:331-342, diciembre de 1996.

Réimpression.

Analyse du Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles. New York : Nations Unies, 1988.

XII. Projets d'infrastructure à finacement privé

Levy, D. A. Build-Operate-Transfer (BOT) and public procurement : a conceptual framework. *Indiana International and comparative law review* : Indiana University School of Law (Indianapolis, Ind.) 7:1:95-110, 1996.

ANNEXE

Textes juridiques de la CNUDCI

Titre abrégé	*Titre complet*
Règles de Hambourg (1978)	Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)[a]
Convention sur la prescription (1974/1980)	Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1994 (New York)[b] et Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1980 (Vienne)[c]
Aide-mémoire de la CNUDCI sur les procédures arbitrales (1996)	Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996)[d]
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)	Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (1976)[e]
Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)	Règlement de conciliation de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (1980)[f]
Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992)	Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)[g]
Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)	Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur le commerce électronique (1996)[h]
Guide de la CNUDCI pour les échanges compensés (1992)	Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations d'échanges compensés (1992)[i]
Guide de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds (1986)	Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds[j]
Guide de la CNUDCI pour les contrats de construction (1987)	Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles (1987)[k]
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985)	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)[l]
Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité (1997)	Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)[m]
Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (1994)	Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994)[n]

Titre abrégé	*Titre complet*
Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre (1988)	Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (1988)[o]
Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by (1995)	Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (1995)[p]
Convention des Nations Unies sur les ventes (1980)	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)[q]
Convention sur les exploitants de terminaux (1991)	Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (1991)[r]

---

[a]*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, Hambourg, 6-31 mars 1978* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.80.VIII.I), document A/CONF.89/13, annexe I.

[b]*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels, New York, 20 mai-14 juin 1974* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.74.V.8), première partie.

[c]*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.IV.3), première partie.

[d]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), deuxième partie.

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

[f]*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 106.

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

[h]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I; voir aussi la résolution 51/162 de l'Assemblée générale, annexe, en date du 16 décembre 1996.

[i]Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.V.7.

[j]Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.9.

[k]Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.10.

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

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

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

[o]*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), annexe I; voir aussi la résolution 43/165 de l'Assemblée générale , annexe, en date du 9 décembre 1988.

[p]Résolution 50/48 de l'Assemblée générale, annexe, en date du 11 décembre 1995.

[q]*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.VI.3), première partie.

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

III. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*

A. Liste des documents dont la Commission était saisie à sa trente et unième session

1. *Documents à distribution générale*

A/CN.9/443	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier des séances de la trente et unième session	Non reproduit
A/CN.9/444 et Add.1 à 5	Projet de chapitres du guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé : rapport du Secrétaire général	Deuxième partie, III
A/CN.9/445	Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-septième session	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/446	Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-deuxième session	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/447	Projet de rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-huitième session	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/448	Formation et assistance technique : note du Secrétariat	Deuxième partie, VI
A/CN.9/449	État des conventions et des lois types : note du Secrétariat	Deuxième partie, V
A/CN.9/450	Ajout éventuel à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique : projet de disposition sur l'incorporation par référence : note du Secrétariat	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/452	Bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI : note du Secrétariat	Annuaire, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, IV

2. *Documents à distribution restreinte*

A/CN.9/XXXI/CRP.1 et Add.1 à 19	Projet de rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente et unième session	Non reproduit
A/CN.9/XXXI/CRP.2	Note de la délégation française	Non reproduit
A/CN.9/XXXI/CRP.3	Note de la délégation française	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	3. *Documents d'information*	
A/CN.9/XXXI/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

B. Liste des documents dont le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux était saisi à sa vingt-septième session

	1. *Documents de travail*	
A/CN.9/WG.II/WP.94	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.93	Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-septième session : financement par cession de créances : articles révisés du projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement : note du Secrétariat	Deuxième partie, I, B
	2. *Documents à distribution restreinte*	
A/CN.9/WG.II/XXVII/CRP.1 et Add.1 à 10	Projet de rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-septième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/XXVII/CRP.2	Proposition des délégations d'Autriche, de France et d'Allemagne : dispositions additionnelles : annexe 2 au projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement	Non reproduit
	3. *Documents d'information*	
A/CN.9/WG.II/XXVII/INF. et Rev.1	Liste des participants	Non reproduit

C. Liste des documents dont le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux était saisi à sa vingt-huitième session

	1. *Documents de travail*	
A/CN.9/WG.II/WP.95	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.96	Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-huitième session : financement par cession de créances : articles révisés du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement : note du Secrétariat	Deuxième partie, I, D
	2. *Documents à distribution restreinte*	
A/CN.9/WG.II/XXVIII/CRP.1 et Add.1 à 12	Projet de rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-huitième session	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.II/XXVIII/CRP.2 et Add.1 à 3	Rapport du Groupe de rédaction	Non reproduit

3. *Documents d'information*

A/CN.9/WG.V/XXVIII/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

D. Liste des documents dont le Groupe de travail sur le commerce électronique était saisi à sa trente-deuxième session

1. *Documents de travail*

A/CN.9/WG.IV/WP.72	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/WP.73	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-deuxième session : projet de règles uniformes sur les signatures électroniques : note du Secrétariat	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.74	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-deuxième session : incorporation par référence : proposition du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	Deuxième partie, II, C

2. *Documents à distribution restreinte*

A/CN.9/WG.IV/XXXII/CRP.1 Add. 1 à 13	Projet de rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-deuxième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/XXXII/CRP.2	Proposition relative à l'incorporation par référence présentée par l'Observateur de la Chambre de commerce internationale	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/XXXII/CRP.3	Proposition des États-Unis d'Amérique	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/XXXII/CRP.4	Proposition de révision de l'article 3 présentée par les délégations du Canada, des États-Unis d'Amérique, des Pays-Bas, de Singapour et de la Suède	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/XXXII/CRP.5	Proposition du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relative à l'article 3	Non reproduit

3. *Documents d'information*

A/CN.9/WG.IV/XXXII/INF.1 et INF.1/Rev.1	Liste des participants	Non reproduit

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

On indique dans la présente liste dans quels volumes précédents de l'*Annuaire* les documents relatifs aux travaux de la Commission ont été reproduits en donnant les précisions ci-après : année, partie, chapitre et page; les documents qui ne sont pas mentionnés ici sont des documents qui n'ont pas été reproduits dans l'*Annuaire*. Les documents se répartissent dans les catégories suivantes :

1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI
2. Résolutions de l'Assemblée générale
3. Rapports de la Sixième Commission
4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des Groupes de travail)
6. Documents soumis aux Groupes de travail :
   - *a)* Groupe de travail I : Délais et prescription
   - *b)* Groupe de travail II : Vente internationale des objets mobiliers corporels (1968 à 1978 : première à onzième session); pratiques en matière de contrats internationaux (1981 à 1989 : à partir de la quatorzième session)
   - *c)* Groupe de travail III : Réglementation internationale des transports maritimes
   - *d)* Groupe de travail IV : Effets de commerce internationaux (1974 à 1987 : septième à vingtième session); paiements internationaux (1988 à 1992 : vingt et unième à vingt-quatrième session); échanges de données informatisées (1997 : à partir de la trente et unième session)
   - *e)* Groupe de travail V : Nouvel ordre économique international; insolvabilité transnationale (1985 à 1997 : dix-huitième à vingt et unième session).
7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI
8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires
9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI.

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI			
A/7216 (première session)	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, I, A	77
A/7618 (deuxième session)	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, II, A	101
A/8017 (troisième session)	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, III, A	138
A/8417 (quatrième session)	Volume II : 1971	Première partie, II, A	12
A/8717 (cinquième session)	Volume III : 1972	Première partie, II, A	11
A/9017 (sixième session)	Volume IV : 1973	Première partie, II, A	13
A/9617 (septième session)	Volume V : 1974	Première partie, II, A	13
A/10017 (huitième session)	Volume VI : 1975	Première partie, II, A	9
A/31/17 (neuvième session)	Volume VII : 1976	Première partie, II, A	11
A/32/17 (dixième session)	Volume VIII : 1977	Première partie, II, A	14
A/33/17 (onzième session)	Volume IX : 1978	Première partie, II, A	14
A/34/17 (douzième session)	Volume X : 1979	Première partie, II, A	14
A/35/17 (treizième session)	Volume XI : 1980	Première partie, II, A	7
A/36/17 (quatorzième session)	Volume XII : 1981	Première partie, A	3
A/37/17 et Corr.1 (quinzième session)	Volume XIII : 1982	Première partie, A	3
A/38/17 (seizième session)	Volume XIV : 1983	Première partie, A	3
A/39/17 (dix-septième session)	Volume XV : 1984	Première partie, A	3
A/40/17 (dix-huitième session)	Volume XVI : 1985	Première partie, A	3
A/41/17 (dix-neuvième session)	Volume XVII : 1986	Première partie, A	3
A/42/17 (vingtième session)	Volume XVIII : 1987	Première partie, A	3

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/43/17 (vingt et unième session)	Volume XIX : 1988	Première partie, A	3
A/44/17 (vingt-deuxième session)	Volume XX : 1989	Première partie, A	3
A/45/17 (vingt-troisième session)	Volume XXI : 1990	Première partie, A	3
A/46/17 (vingt-quatrième session)	Volume XXII : 1991	Première partie, A	3
A/47/17 (vingt-cinquième session)	Volume XXIII : 1992	Première partie, A	3
A/48/17 (vingt-sixième session)	Volume XXIV : 1993	Première partie, A	3
A/49/17 (vingt-septième session)	Volume XXV : 1994	Première partie, A	3
A/50/17 (vingt-huitième session)	Volume XXVI : 1995	Première partie, A	3
A/51/17 (vingt-neuvième session)	Volume XXVII : 1996	Première partie, A	3
A/52/17 (trentième session)	Volume XXVIII : 1997	Première partie, A	3

2. Résolutions de l'Assemblée générale

2102 (XX)	Volume I : 1968-1970	Première partie, II, A	19
2205 (XXI)	Volume I : 1968-1970	Première partie, II, E	70
2421 (XXIII)	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 3	98
2502 (XXIV)	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 3	135
2635 (XXV)	Volume II : 1971	Première partie, I, C	10
2766 (XXVI)	Volume III : 1972	Première partie, I, C	10
2928 (XXVII)	Volume IV : 1973	Première partie, I, C	10
2929 (XXVII)	Volume IV : 1973	Première partie, I, C	10
3104 (XXVIII)	Volume V : 1974	Première partie, I, C	10
3108 (XXVIII)	Volume V : 1974	Première partie, I, C	10
3316 (XXIX)	Volume VI : 1975	Première partie, I, C	7
3317 (XXIX)	Volume VI : 1975	Troisième partie, I, B	328
3494 (XXX)	Volume VII : 1976	Première partie, I, C	9
31/98	Volume VIII : 1977	Première partie, I, C	10
31/99	Volume VIII : 1977	Première partie, I, C	10
31/100	Volume VIII : 1977	Première partie, I, C	10
32/145	Volume IX : 1978	Première partie, I, C	11
32/438	Volume IX : 1978	Première partie, I, C	11
33/92	Volume X : 1979	Première partie, I, B	10
33/93	Volume X : 1979	Première partie, I, C	10
34/142	Volume XI : 1980	Première partie, I, C	4
34/143	Volume XI : 1980	Première partie, I, C	4
34/150	Volume XI : 1980	Troisième partie, III	177
35/166	Volume XI : 1980	Troisième partie, III	177
35/51	Volume XI : 1980	Première partie, II, D	32
35/52	Volume XI : 1980	Première partie, II, D	32
36/32	Volume XII : 1981	Première partie, D	21
36/107	Volume XII : 1981	Troisième partie, I	285
36/111	Volume XII : 1981	Troisième partie, II	286
37/103	Volume XIII : 1982	Troisième partie, III	463
37/106	Volume XIII : 1982	Première partie, D	23
37/107	Volume XIII : 1982	Première partie, D	23
38/128	Volume XIV : 1983	Troisième partie, III	279
38/134	Volume XIV : 1983	Première partie, D	23
38/135	Volume XIV : 1983	Première partie, D	23
39/82	Volume XV : 1984	Première partie, D	24
40/71	Volume XVI : 1985	Première partie, D	50
40/72	Volume XVI : 1985	Première partie, D	50
41/77	Volume XVII : 1986	Première partie, D	39
42/152	Volume XVIII : 1987	Première partie, D	43
42/153	Volume XVIII : 1987	Première partie, E	44
43/165 et annexe	Volume XIX : 1988	Première partie, D	20
43/166	Volume XIX : 1988	Première partie, E	21
44/33	Volume XX : 1989	Première partie, E	39
45/42	Volume XXI : 1990	Première partie, D	18
46/56	Volume XXII : 1991	Première partie, D	49
47/34	Volume XXIII : 1992	Première partie, D	26
48/32	Volume XXIV : 1993	Première partie, D	41
48/33	Volume XXIV : 1993	Première partie, D	42
48/34	Volume XXIV : 1993	Première partie, D	42
49/54	Volume XXV : 1994	Première partie, D	33
49/55	Volume XXV : 1994	Première partie, D	33
50/47	Volume XXVI : 1995	Première partie, D	59
50/48	Volume XXVI : 1995	Première partie, D	61

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
51/161	Volume XXVII : 1996	Première partie, D	41
51/162	Volume XXVII : 1996	Première partie, D	42
52/157	Volume XXVIII : 1997	Première partie, D	42
52/158	Volume XXVIII : 1997	Première partie, D	44

3. Rapports de la Sixième Commission

A/5728	Volume I : 1968-1970	Première partie, I, A	5
A/6396	Volume I : 1968-1970	Première partie, II, B	19
A/6594	Volume I : 1968-1970	Première partie, II, D	62
A/7408	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 2	94
A/7747	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 2	129
A/8146	Volume II : 1971	Première partie, I, B	5
A/8506	Volume III : 1972	Première partie, I, B	5
A/8896	Volume IV : 1973	Première partie, I, B	5
A/9408	Volume V : 1974	Première partie, I, B	3
A/9920	Volume VI : 1975	Première partie, I, B	3
A/9711	Volume VI : 1975	Troisième partie, I, A	328
A/10420	Volume VII : 1976	Première partie, I, B	5
A/31/390	Volume VIII : 1977	Première partie, I, B	5
A/32/402	Volume IX : 1978	Première partie, I, B	5
A/33/349	Volume X : 1979	Première partie, I, B	5
A/34/780	Volume XI : 1980	Première partie, I, B	4
A/35/627	Volume XI : 1980	Première partie, II, C	31
A/36/669	Volume XII : 1981	Première partie, C	21
A/37/620	Volume XIII : 1982	Première partie, C	22
A/38/667	Volume XIV : 1983	Première partie, C	22
A/39/698	Volume XV : 1984	Première partie, C	24
A/40/935	Volume XVI : 1985	Première partie, C	49
A/41/861	Volume XVII : 1986	Première partie, C	38
A/42/836	Volume XVIII : 1987	Première partie, C	41
A/43/820	Volume XIX : 1988	Première partie, C	19
A/C.6/43/L.2	Volume XIX : 1988	Troisième partie, II, A	195
A/43/405 et Add.1 à 3	Volume XIX : 1988	Troisième partie, II, B	196
A/44/453 et Add.1	Volume XX : 1989	Première partie, C	35
A/44/723	Volume XX : 1989	Première partie, D	38
A/45/736	Volume XXI : 1990	Première partie, C	18
A/46/688	Volume XXII : 1991	Première partie, C	48
A/47/586	Volume XXIII : 1992	Première partie, C	25
A/48/613	Volume XXIV : 1993	Première partie, C	40
A/49/739	Volume XXV : 1994	Première partie, C	31
A/50/640 et Corr.1	Volume XXVI : 1995	Première partie, C	58
A/51/628	Volume XXVII : 1996	Première partie, C	40
A/52/649	Volume XXVIII : 1997	Première partie, C	41

4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

A/7214	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 1	92
A/7616	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 1	129
A/8015/Rev.1	Volume II : 1971	Première partie, I, A	5
TD/B/C.4/86, annexe I	Volume II : 1971	Deuxième partie, IV	151
A/8415/Rev.1	Volume III : 1972	Première partie, I, A	5
A/8715/Rev.1	Volume IV : 1973	Première partie, I, A	5
A/9015/Rev.1	Volume V : 1974	Première partie, I, A	5
A/9615/Rev.1	Volume VI : 1975	Première partie, I, A	5
A/10015/Rev.1	Volume VII : 1976	Première partie, I, A	5
TD/B/617	Volume VIII : 1977	Première partie, I, A	5
TD/B/664	Volume IX : 1978	Première partie, I, A	5
A/33/15/Vol.II	Volume X : 1979	Première partie, I, A	5
A/34/15/Vol.II	Volume XI : 1980	Première partie, I, A	3
A/35/15/Vol.II	Volume XI : 1980	Première partie, II, B	31
A/36/15/Vol.II	Volume XII : 1981	Première partie, B	20
TD/B/930	Volume XIII : 1982	Première partie, B	22
TD/B/973	Volume XIV : 1983	Première partie, B	22
TD/B/1026	Volume XV : 1984	Première partie, B	24
TD/B/1077	Volume XVI : 1985	Première partie, B	49

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
TD/B/L.810/Add.9	Volume XVII : 1986	Première partie, B	37
A/42/15	Volume XVIII : 1987	Première partie, B	41
TD/B/1193	Volume XIX : 1988	Première partie, B	19
TD/B/1234/Vol.II	Volume XX : 1989	Première partie, B	18
TD/B/1277/Vol.II	Volume XXI : 1990	Première partie, B	18
TD/B/1309/Vol.II	Volume XXII : 1991	Première partie, B	48
TD/B/39(1)/15	Volume XXIII : 1992	Première partie, B	25
TD/B/40(1)/14(Vol.I)	Volume XXIV : 1993	Première partie, B	39
TD/B/41(1)/14(Vol.I)	Volume XXV : 1994	Première partie, B	32
TD/B/42(1)/19(Vol.I)	Volume XXVI : 1995	Première partie, B	58
TD/B/43/12(Vol.I)	Volume XXVII : 1996	Première partie, B	39
TD/B/44/19(Vol.I)	Volume XXVIII : 1997	Première partie, B	41

5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des groupes de travail)

A/C.6/L.571	Volume I : 1968-1970	Première partie, I, B	5
A/C.6/L.572	Volume I : 1968-1970	Première partie, I, C	14
A/CN.9/15 et Add.1	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, III, B	273
A/CN.9/18	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, C, 1	221
A/CN.9/19	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, III, A, 1	255
A/CN.9/21 et Corr. 1	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, IV, A	278
A/CN.9/30	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, D	232
A/CN.9/31	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, A, 1	169
A/CN.9/33	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, B	215
A/CN.9/34	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, C, 2	230
A/CN.9/35	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/38	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, II, A, 2	259
A/CN.9/L.19	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, V, A	305
A/CN.9/38/Add.1	Volume II : 1971	Deuxième partie, II, 1	124
A/CN.9/41	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, II, A	249
A/CN.9/48	Volume II : 1971	Deuxième partie, II, 2	125
A/CN.9/50 et annexes I à IV	Volume II : 1971	Deuxième partie, I, C, 2	96
A/CN.9/52	Volume II : 1971	Deuxième partie, I, A, 2	55
A/CN.9/54	Volume II : 1971	Deuxième partie, I, B, 1	73
A/CN.9/55	Volume II : 1971	Deuxième partie, III	145
A/CN.9/60	Volume II : 1971	Deuxième partie, IV	151
A/CN.9/62 et Add.1 et 2	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, A, 5	85
A/CN.9/63 et Add. 1	Volume III : 1972	Deuxième partie, IV	272
A/CN.9/64	Volume III : 1972	Deuxième partie, III	210
A/CN.9/67	Volume III : 1972	Deuxième partie, II, 1	159
A/CN.9/70 et Add.2	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, B, 1	105
A/CN.9/73	Volume III : 1972	Deuxième partie, II, B, 3	115
A/CN.9/74 et annexe I	Volume IV : 1973	Deuxième partie, IV, 1	151
A/CN.9/75	Volume IV : 1973	Deuxième partie, I, A, 3	69
A/CN.9/76 et Add.1	Volume IV : 1973	Deuxième partie, IV, 4 et 5	222
A/CN.9/77	Volume IV : 1973	Deuxième partie, II, 1	114
A/CN.9/78	Volume IV : 1973	Deuxième partie, I, B	89
A/CN.9/79	Volume IV : 1973	Deuxième partie, III, 1	143
A/CN.9/82	Volume IV : 1973	Deuxième partie, V	239
A/CN.9/86	Volume V : 1974	Deuxième partie, II, 1	99
A/CN.9/87	Volume V : 1974	Deuxième partie, I, 1	29
A/CN.9/87, annexes I à IV	Volume V : 1974	Deuxième partie, I, 2 à 5	51
A/CN.9/88 et Add.1	Volume V : 1974	Deuxième partie, III, 1 et 2	115
A/CN.9/91	Volume V : 1974	Deuxième partie, IV	199
A/CN.9/94 et Add.1 et 2	Volume V : 1974	Deuxième partie, V	203
A/CN.9/96 et Add.1	Volume VI : 1975	Deuxième partie, IV, 1 et 2	209
A/CN.9/97 et Add.1 à 4	Volume VI : 1975	Deuxième partie, III	182
A/CN.9/98	Volume VI : 1975	Deuxième partie, I, 6	128
A/CN.9/99	Volume VI : 1975	Deuxième partie, II, 1	135
A/CN.9/100, annexes I à IV	Volume VI : 1975	Deuxième partie, I, 1 à 5	67
A/CN.9/101 et Add.1	Volume VI : 1975	Deuxième partie, II, 3 et 4	152
A/CN.9/102	Volume VI : 1975	Deuxième partie, II, 5	178
A/CN.9/103	Volume VI : 1975	Deuxième partie, V	285
A/CN.9/104	Volume VI : 1975	Deuxième partie, VI	305
A/CN.9/105	Volume VI : 1975	Deuxième partie, IV, 3	248
A/CN.9/105, annexe	Volume VI : 1975	Deuxième partie, IV, 4	274

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/106	Volume VI : 1975	Deuxième partie, VIII	314
A/CN.9/107	Volume VI : 1975	Deuxième partie, VII	311
A/CN.9/109 et Add.1 et 2	Volume VII : 1976	Deuxième partie, IV, 1 à 3	196
A/CN.9/110	Volume VII : 1976	Deuxième partie, IV, 4	278
A/CN.9/112 et Add.1	Volume VII : 1976	Deuxième partie, III, 1 et 2	157
A/CN.9/113	Volume VII : 1976	Deuxième partie, III, 3	184
A/CN.9/114	Volume VII : 1976	Deuxième partie, III, 4	194
A/CN.9/115	Volume VII : 1976	Deuxième partie, IV, 5	322
A/CN.9/116 et annexes I et II	Volume VII : 1976	Deuxième partie, I, 1 à 3	89
A/CN.9/117	Volume VII : 1976	Deuxième partie, II, 1	143
A/CN.9/119	Volume VII : 1976	Deuxième partie, VI	327
A/CN.9/121	Volume VII : 1976	Deuxième partie, V	326
A/CN.9/125 et Add.1 à 3	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, I, D	119
A/CN.9/126	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, I, E	158
A/CN.9/127	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, III	256
A/CN.9/128 et annexes I et II	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, I, A à C	79
A/CN.9/129 et Add.1	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, VI, A et B	327
A/CN.9/131	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, II, A	191
A/CN.9/132	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, II, B	244
A/CN.9/133	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, IV, A	257
A/CN.9/135	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, I, F	184
A/CN.9/137	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, V	324
A/CN.9/139	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, IV, B	300
A/CN.9/141	Volume IX : 1978	Deuxième partie, II, A	168
A/CN.9/142	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, A	71
A/CN.9/143	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, C	121
A/CN.9/144	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, D	123
A/CN.9/145	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, E	136
A/CN.9/146 et Add.1 à 4	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, F	143
A/CN.9/147	Volume IX : 1978	Deuxième partie, II, B	183
A/CN.9/148	Volume IX : 1978	Deuxième partie, III	204
A/CN.9/149 et Corr.1 et 2	Volume IX : 1978	Deuxième partie, IV, A	206
A/CN.9/151	Volume IX : 1978	Deuxième partie, V	225
A/CN.9/155	Volume IX : 1978	Deuxième partie, IV, B	223
A/CN.9/156	Volume IX : 1978	Deuxième partie, IV, C	223
A/CN.9/157	Volume X : 1979	Deuxième partie, II, A	68
A/CN.9/159	Volume X : 1979	Deuxième partie, I, A	41
A/CN.9/160	Volume X : 1979	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/161	Volume X : 1979	Deuxième partie, I, C	44
A/CN.9/163	Volume X : 1979	Deuxième partie, II, B	85
A/CN.9/164	Volume X : 1979	Deuxième partie, I, D	54
A/CN.9/165	Volume X : 1979	Deuxième partie, II, C	88
A/CN.9/166	Volume X : 1979	Deuxième partie, III, A	95
A/CN.9/167	Volume X : 1979	Deuxième partie, III, B	99
A/CN.9/168	Volume X : 1979	Deuxième partie, III, C	108
A/CN.9/169	Volume X : 1979	Deuxième partie, III, D	117
A/CN.9/170	Volume X : 1979	Deuxième partie, III, E	118
A/CN.9/171	Volume X : 1979	Deuxième partie, IV	121
A/CN.9/172	Volume X : 1979	Deuxième partie, V	131
A/CN.9/175	Volume X : 1979	Deuxième partie, VI	140
A/CN.9/176	Volume XI : 1980	Deuxième partie, V, A	123
A/CN.9/177	Volume XI : 1980	Deuxième partie, II	39
A/CN.9/178	Volume XI : 1980	Deuxième partie, III, A	45
A/CN.9/179	Volume XI : 1980	Deuxième partie, IV, A	101
A/CN.9/180	Volume XI : 1980	Deuxième partie, IV, B	104
A/CN.9/181 et annexe	Volume XI : 1980	Deuxième partie, III, B et C	56
A/CN.9/183	Volume XI : 1980	Deuxième partie, I	37
A/CN.9/186	Volume XI : 1980	Deuxième partie, III, D	92
A/CN.9/187 et Add.1 à 3	Volume XI : 1980	Deuxième partie, IV, C	113
A/CN.9/189	Volume XI : 1980	Deuxième partie, IV, D	119
A/CN.9/191	Volume XI : 1980	Deuxième partie, V, B	128
A/CN.9/192 et Add.1 et 2	Volume XI : 1980	Deuxième partie, VI	145
A/CN.9/193	Volume XI : 1980	Deuxième partie, V, C	142
A/CN.9/194	Volume XI : 1980	Deuxième partie, V, D	143
A/CN.9/196	Volume XII : 1981	Deuxième partie, II, A	53
A/CN.9/197	Volume XII : 1981	Deuxième partie, I, A	27
A/CN.9/198	Volume XII : 1981	Deuxième partie, IV, A	99
A/CN.9/199	Volume XII : 1981	Deuxième partie, II, B	74

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/200	Volume XII : 1981	Deuxième partie, II, C	75
A/CN.9/201	Volume XII : 1981	Deuxième partie, I, C	50
A/CN.9/202 et Add.1 à 4	Volume XII : 1981	Deuxième partie, V, A	203
A/CN.9/203	Volume XII : 1981	Deuxième partie, V, B	252
A/CN.9/204	Volume XII : 1981	Deuxième partie, VIII	279
A/CN.9/205/Rev.1	Volume XII : 1981	Deuxième partie, VI	273
A/CN.9/206	Volume XII : 1981	Deuxième partie, VII	275
A/CN.9/207	Volume XII : 1981	Deuxième partie, III	79
A/CN.9/208	Volume XII : 1981	Deuxième partie, V, C	271
A/CN.9/210	Volume XIII : l982	Deuxième partie, II, A, 1	47
A/CN.9/211	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 3	117
A/CN.9/212 (S = Corr.1)	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 5	199
A/CN.9/213	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 4	131
A/CN.9/214	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 6	211
A/CN.9/215	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, B, 1	270
A/CN.9/216	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, III, A	308
A/CN.9/217	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, IV, A	339
A/CN.9/218	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, I, A	29
A/CN.9/219 et Add.1 (F = Corr.1)	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, I, B	37
A/CN.9/220	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, B, 3	290
A/CN.9/221 (F = Corr.1)	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, C	292
A/CN.9/222	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, III, C	334
A/CN.9/223	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 7	268
A/CN.9/224	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, V	427
A/CN.9/225 (F = Corr.1)	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, VI, B	433
A/CN.9/226	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, VI, A	433
A/CN.9/227	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, VII	451
A/CN.9/228	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, VIII	453
A/CN.9/229	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, VI, C	447
A/CN.9/232	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, A	37
A/CN.9/233	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, C	65
A/CN.9/234	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, IV, A	107
A/CN.9/235	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, I	29
A/CN.9/236	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, V, C	183
A/CN.9/237 et Add.1 à 3	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, V, B	145
A/CN.9/238	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, V, D	190
A/CN.9/239	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, V, A	143
A/CN.9/240	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, VII	207
A/CN.9/241	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, VI	205
A/CN.9/242	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, II	35
A/CN.9/245	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, A, 1	151
A/CN.9/246 et annexe	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, B, 1 et 2	186
A/CN.9/247	Volume XV : 1984	Deuxième partie, III, A	235
A/CN.9/248	Volume XV : 1984	Deuxième partie, I, A, 1	29
A/CN.9/249 et Add.1	Volume XV : 1984	Deuxième partie, I, A, 2	100
A/CN.9/250 et Add.1 à 4	Volume XV : 1984	Deuxième partie, I, B	109
A/CN.9/251	Volume XV : 1984	Deuxième partie, V, B	321
A/CN.9/252 et annexes I et II	Volume XV : 1984	Deuxième partie, IV, A et B	251
A/CN.9/253	Volume XV : 1984	Deuxième partie, V, C	330
A/CN.9/254	Volume XV : 1984	Deuxième partie, V, D	335
A/CN.9/255	Volume XV : 1984	Deuxième partie, V, A	319
A/CN.9/256	Volume XV : 1984	Deuxième partie, VII	341
A/CN.9/257	Volume XV : 1984	Deuxième partie, VI	339
A/CN.9/259	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, III, A, 1	209
A/CN.9/260	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, IV, A	341
A/CN.9/261	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, II, A	147
A/CN.9/262	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, III, B, 1	261
A/CN.9/263 et Add.1 à 3	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, I, A	55
A/CN.9/264	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, I, B	106
A/CN.9/265	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, V	365
A/CN.9/266 et Add.1 et 2	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, II, B	157
A/CN.9/267	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, IX	401
A/CN.9/268	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, III, C	339
A/CN.9/269	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, VI	381
A/CN.9/270	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, VIII	399
A/CN.9/271	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, VII	395
A/CN.9/273	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, I, A, 1	43

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/274	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, I, A, 2	61
A/CN.9/275	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, III, A	187
A/CN.9/276	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, II, A	89
A/CN.9/277	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, II, C	173
A/CN.9/278	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, I, B	83
A/CN.9/279	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, V	247
A/CN.9/280	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, IV	230
A/CN.9/281	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, VI	263
A/CN.9/282	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, VIII	309
A/CN.9/283	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, VII	303
A/CN.9/285	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, I, A, 4	81
A/CN.9/287	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, III, A	115
A/CN.9/288	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, I, 1	49
A/CN.9/289	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, II, A, 1	105
A/CN.9/290	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, II, A, 4	112
A/CN.9/291	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, II, B	113
A/CN.9/292	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, IV	141
A/CN.9/293	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, VI	153
A/CN.9/294	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, V	147
A/CN.9/297	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, I, A, 1	25
A/CN.9/298	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, II, A	67
A/CN.9/299	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, X, B	171
A/CN.9/300	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, X, A	169
A/CN.9/301	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, I, B	49
A/CN.9/302	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, III	93
A/CN.9/303	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, IX	155
A/CN.9/304	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VII, A	131
A/CN.9/305	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VII, B	136
A/CN.9/306	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, IV	109
A/CN.9/307	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, V, A	115
A/CN.9/308	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, V, B	119
A/CN.9/309	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VI	123
A/CN.9/310	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VII, D	146
A/CN.9/311	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VIII	149
A/CN.9/312	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VII, C	142
A/CN.9/315	Volume XX : 1989	Deuxième partie, II, A	111
A/CN.9/316	Volume XX : 1989	Deuxième partie, IV, A	197
A/CN.9/317	Volume XX : 1989	Deuxième partie, I, A	43
A/CN.9/318	Volume XX : 1989	Deuxième partie, I, C	73
A/CN.9/319 et Add.1 à 5	Volume XX : 1989	Deuxième partie, III, A	161
A/CN.9/320	Volume XX : 1989	Deuxième partie, III, B	188
A/CN.9/321	Volume XX : 1989	Deuxième partie, III, C	193
A/CN.9/322	Volume XX : 1989	Deuxième partie, V	223
A/CN.9/323	Volume XX : 1989	Deuxième partie, VIII	267
A/CN.9/324	Volume XX : 1989	Deuxième partie, VI	233
A/CN.9/325	Volume XX : 1989	Deuxième partie, VII	261
A/CN.9/328	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, I, A	28
A/CN.9/329	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, I, D	72
A/CN.9/330	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, IV, A	237
A/CN.9/331	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, II, A	123
A/CN.9/332 et Add.1 à 7	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, III	193
A/CN.9/333	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, V	265
A/CN.9/334	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, VI	279
A/CN.9/335	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, IX	311
A/CN.9/336	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, VII	281
A/CN.9/337	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, VIII	305
A/CN.9/338	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, X	315
A/CN.9/341	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, C	152
A/CN.9/342	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, A	329
A/CN.9/343	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, II, A	277
A/CN.9/344	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, E	206
A/CN.9/345	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, C	359
A/CN.9/346	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, A	53
A/CN.9/347 et Add.1	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, B	107
A/CN.9/348	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, V, B	421
A/CN.9/349	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, VIII	471
A/CN.9/350	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, IV	403

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/351	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, VII	467
A/CN.9/352	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, V, A	421
A/CN.9/353	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, VI	459
A/CN.9/356	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, A	211
A/CN.9/357	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, II, A	39
A/CN.9/358	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, IV, A	310
A/CN.9/359	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, C	263
A/CN.9/360	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, V, A	369
A/CN.9/361	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, IV, C	348
A/CN.9/362 et Add.1 à 17	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, II, C	97
A/CN.9/363	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, VIII	419
A/CN.9/364	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, VI, A	407
A/CN.9/367	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, I, A	31
A/CN.9/368	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, VII	411
A/CN.9/371	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/372	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, II, A	149
A/CN.9/373	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, III, A	203
A/CN.9/374	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, II, C	187
A/CN.9/375	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, I, C	110
A/CN.9/376 et Add.1 et 2	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, I, D	129
A/CN.9/377	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, I, E	146
A/CN.9/378 et Add.1 à 5	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, IV, A à F	243
A/CN.9/379	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, VII	313
A/CN.9/380	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, V	279
A/CN.9/381	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, VI	305
A/CN.9/384	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, VI, A	259
A/CN.9/385	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, VII	271
A/CN.9/386	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, VI, B	265
A/CN.9/387	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, III, A	157
A/CN.9/388	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, II, A	119
A/CN.9/389	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, I, A	39
A/CN.9/390	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, III, C	192
A/CN.9/391	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, II, C	140
A/CN.9/392	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, I, C	61
A/CN.9/393	Volume XXIV : 1993	Troisième partie, II	341
A/CN.9/394	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, I, E	113
A/CN.9/395	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, VIII	277
A/CN.9/396 et Add.1	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, IV	223
A/CN.9/397	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, V, A	243
A/CN.9/398	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, V, B	254
A/CN.9/399	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, V, C	257
A/CN.9/400	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, X	317
A/CN.9/401	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, IX, A	305
A/CN.9/401/Add.1	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, IX, B	312
A/CN.9/403	Volume XXV : 1994	Troisième partie, II	343
A/CN.9/405	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, I, A	69
A/CN.9/406	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, II, A	113
A/CN.9/407	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, II, C	145
A/CN.9/408	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, I, C	94
A/CN.9/409 et Add.1 à 4	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, II, E	183
A/CN.9/410	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, III	201
A/CN.9/411	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, I, D	111
A/CN.9/412	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, IV, C	225
A/CN.9/413	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, IV, A	215
A/CN.9/414	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, IV, B	218
A/CN.9/415	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, VI	245
A/CN.9/416	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, V	237
A/CN.9/419 et Corr.1	Volume XXVII : 1996	Deuxième partie, III, A	117
A/CN.9/420	Volume XXVII : 1996	Deuxième partie, IV	189
A/CN.9/421	Volume XXVII : 1996	Deuxième partie, II, A	51
A/CN.9/422	Volume XXVII : 1996	Deuxième partie, III, C	152
A/CN.9/423	Volume XXVII : 1996	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/424	Volume XXVII : 1996	Deuxième partie, V	217
A/CN.9/425	Volume XXVII : 1996	Deuxième partie, I, B	58
A/CN.9/426	Volume XXVII : 1996	Deuxième partie, II, C	99
A/CN.9/427	Volume XXVII : 1996	Deuxième partie, VII	239
A/CN.9/428	Volume XXVII : 1996	Deuxième partie, VI	231

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*

6. Documents soumis aux groupes de travail

a) *Groupe de travail I : Délais et prescription*

A/CN.9/WG.1/WP.9	Volume II : 1971	Deuxième partie, I, C, 1	81

b) *Groupe de travail II*

i) Vente internationale des objets mobiliers corporels

A/CN.9/WG.2/WP.1	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/WG.2/WP.6	Volume II : 1971	Deuxième partie, I, A, 1	41
A/CN.9/WG.2/WP.8	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, A, 1	35
A/CN.9/WG.2/WP.9	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, A, 2	47
A/CN.9/WG.2/WP.10	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, A, 3	61
A/CN.9/WG.2/WP.11	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, A, 4	77
A/CN.9/WG.2/WP.15	Volume IV : 1973	Deuxième partie, I, A, 1	35
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Volume V : 1974	Deuxième partie, I, 3	61
A/CN.9/WG.2/WP.16	Volume IV : 1973	Deuxième partie, I, A, 2	40
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Volume V : 1974	Deuxième partie, I, 4	66
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Volume V : 1974	Deuxième partie, I, 4	66
A/CN.9/WG.2/WP.20	Volume VI : 1975	Deuxième partie, I, 4	97
A/CN.9/WG.2/WP.21 et Add.1 et 2	Volume VI : 1975	Deuxième partie, I, 3	75
A/CN.9/WG.2/WP.26 et Add.1 et appendice I	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, I, C	99
A/CN.9/WG.2/WP.27	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, B	100
A/CN.9/WG.2/WP.28	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, B	100

ii) Pratiques en matière de contrats internationaux

A/CN.9/WG.2/WP.33 et Add.1	Volume XII : 1981	Deuxième partie, I, B, 1 et 2	33
A/CN.9/WG.II/WP.35	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, III, B	325
A/CN.9/WG.II/WP.37	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, B, 1	56
A/CN.9/WG.II/WP.38	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, B, 2	62
A/CN.9/WG.II/WP.40	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, D, 1	87
A/CN.9/WG.II/WP.41	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, D, 2	94
A/CN.9/WG.II/WP.42	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, D, 3	101
A/CN.9/WG.II/WP.44	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, A, 2, *a*	175
A/CN.9/WG.II/WP.45	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, A, 2, *b*	180
A/CN.9/WG.II/WP.46	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, A, 2, *c*	184
A/CN.9/WG.II/WP.48	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, B, 3, *a*	217
A/CN.9/WG.II/WP.49	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, B, 3, *b*	225
A/CN.9/WG.II/WP.50	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, B, 3, *c*	229
A/CN.9/WG.II/WP.52 et Add.1	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, IV, B, 1	355
A/CN.9/WG.II/WP.53	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, IV, B, 3	362
A/CN.9/WG.II/WP.55	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, III, B, 1	202
A/CN.9/WG.II/WP.56	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, III, B, 2	217
A/CN.9/WG.II/WP.58	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, III, B	132
A/CN.9/WG.II/WP.60	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, II, B	84
A/CN.9/WG.II/WP.62	Volume XX : 1989	Deuxième partie, IV, B, 1	215
A/CN.9/WG.II/WP.63	Volume XX : 1989	Deuxième partie, IV, B, 2	218
A/CN.9/WG.II/WP.65	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, IV, B	250
A/CN.9/WG.II/WP.67	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, B, 1	342
A/CN.9/WG.II/WP.68	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, B, 2	349
A/CN.9/WG.II/WP.70	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, D, 1	373
A/CN.9/WG.II/WP.71	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, D, 2	393
A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, IV, B	333
A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, II, B, 1	166
A/CN.9/WG.II/WP.77	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, II, B, 2	180
A/CN.9/WG.II/WP.80	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, II, B	135
A/CN.9/WG.II/WP.83	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, I, B	88

c) *Groupe de travail III : Réglementation internationale des transports maritimes*

A/CN.9/WG.III/WP.6	Volume IV : 1973	Deuxième partie, IV, 2	161
A/CN.9/WG.III/WP.7	Volume IV : 1973	Deuxième partie, IV, 3	171
A/CN.9/WG.III/WP.11	Volume V : 1974	Deuxième partie, III, 3	173

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*

d) *Groupe de travail IV*

i) Effets de commerce internationaux

A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volume IV : 1973	Deuxième partie, II, 2	130
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volume VI : 1975	Deuxième partie, II, 2	151
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *a*	79
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *b*	85
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *c*	87
A/CN.9/WG.IV/WP.24, Add.1 et 2	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *d* à *f*	89
A/CN.9/WG.IV/WP.25 et Add.1	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *g* et *h*	105
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, B, 2	281
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, I, A, 3	74
A/CN.9/WG.IV/WP.32 et Add.1 à 10	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, I, 2	69
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, I, 3	102

ii) Paiements internationaux

A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, I, A, 2	37
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volume XX : 1989	Deuxième partie, I, B	60
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volume XX : 1989	Deuxième partie, I, D	94
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, I, C	62
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, I, E	95
A/CN.9/WG.IV/WP.46 et Corr.1	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, D, 1	170
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, D, 2	204
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, F	226
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, II, B	50

iii) Commerce électronique

A/CN.9/WG.IV/WP.53	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, V, B	389
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, III, B	223
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, III, B, 1	182
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, III, B, 2	192
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, III, D	216
A/CN.9/WG.IV/WP.62	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, II, B	141
A/CN.9/WG.IV/WP.64	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, II, D, 1	161
A/CN.9/WG.IV/WP.65	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, II, D, 2	176
A/CN.9/WG.IV/WP.66	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, II, D, 3	177
A/CN.9/WG.IV/WP.67	Volume XXVI : 1995	Deuxième partie, II, D, 4	181
A/CN.9/WG.IV/WP.69	Volume XXVII : 1996	Deuxième partie, II, B	82
A/CN.9/WG.IV/WP.71	Volume XXVIII : 1997	Deuxième partie, III, B	253

e) *Groupe de travail V : Nouvel ordre économique international*

A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8	Volume XII : 1981	Deuxième partie, IV, B, 1	107
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volume XII : 1981	Deuxième partie, IV, B, 2	201
A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, IV, B	352
A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 5	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, IV, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 9	Volume XV : 1984	Deuxième partie, III, B	247
A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, III, A, 2	225
A/CN.9/WG/V/WP.15 et Add.1 à 10	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, III, B, 2	281
A/CN.9/WG.V/WP.17 et Add.1 à 9	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, II, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, II, A, 2	108
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, II, A, 3	109
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volume XX : 1989	Deuxième partie, II, B	125
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, II, B	145
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, II, C	159
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, II, B, 1	299
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, II, B, 2	308
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, B, 1	236
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, B, 2	259
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, D, 1	291
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, D, 2	291

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.V/WP.36	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, I, B	85
A/CN.9/WG.V/WP.38	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, I, B	58
A/CN.9/WG.V/WP.40	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, I, D	92
	i) Insolvabilité transnationale		
A/CN.9/WG.V/WP.42	Volume XXVII : 1996	Deuxième partie, III, B	140
A/CN.9/WG.V/WP.44	Volume XXVII : 1996	Deuxième partie, III, D	174
A/CN.9/WG.V/WP.46	Volume XXVIII : 1997	Deuxième partie, I, B	68
A/CN.9/WG.V/WP.48	Volume XXVIII : 1997	Deuxième partie, I, D	102

7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI

A/CN.9/SR.93 à 123	Volume III : 1972	Supplément	1
A/CN.9/SR.254 à 256	Volume XIV : 1983	Troisième partie, I, A	211
A/CN.9/SR.255 à 261	Volume XIV : 1983	Troisième partie, I, B, 1	216
A/CN.9/SR.270 à 278, 282 et 283	Volume XIV : 1983	Troisième partie, I, B, 2	239
A/CN.9/SR.286 à 299 et 301	Volume XV : 1984	Troisième partie, I	339
A/CN.9/SR.305 à 333	Volume XVI : 1985	Troisième partie, II	415
A/CN.9/SR.335 à 353, 355 et 356	Volume XVII : 1986	Troisième partie, II	327
A/CN.9/SR.378, 379, 381 à 385 et 388	Volume XVIII : 1987	Troisième partie, III	175
A/CN.9/SR.402 à 421, 424 et 425	Volume XX : 1989	Troisième partie, II	279
A/CN.9/SR.439 à 462 et 465	Volume XXII : 1991	Troisième partie, II	483
A/CN.9/SR.467 à 476, 481 et 482	Volume XXIII : 1992	Troisième partie, III	443
A/CN.9/SR.494 à 513	Volume XXIV : 1993	Troisième partie, III	365
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, III, B, 1	182
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, III, B, 2	192
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Volume XXV : 1994	Deuxième partie, III, D	216
A/CN.9/SR.520 à 540	Volume XXV : 1994	Troisième partie, III	369
A/CN.9/SR.547 à 579	Volume XXVI : 1995	Troisième partie, III	261
A/CN.9/SR.583 à 606	Volume XXVII : 1996	Troisième partie, III	263
A/CN.9/SR.607 à 631	Volume XXVIII : 1997	Troisième partie, III	353

8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires

A/CONF.63/14 et Corr.1	Volume V : 1974	Troisième partie, I, A	217
A/CONF.63/15	Volume V : 1974	Troisième partie, I, B	218
A/CONF.63/17	Volume X : 1979	Troisième partie, I	155
A/CONF.89/13, annexes I à III	Volume IX : 1978	Troisième partie, I, A à D	241
A/CONF.97/18 et annexes I et II	Volume XI : 1980	Troisième partie, I, A à C	159
A/CONF.152/13	Volume XXIII : 1992	Troisième partie, I	429

9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI

(sans cote)	Volume I : 1968-1970	Troisième partie	320
A/CN.9/L.20/Add.1	Volume II : 1971	Deuxième partie	155
(sans cote)	Volume II : 1971	Deuxième partie	161
(sans cote)	Volume III : 1972	Deuxième partie	339
(sans cote)	Volume IV : 1973	Deuxième partie	255
A/CN.9/L.25	Volume V : 1974	Troisième partie, II, A	223
(sans cote)	Volume V : 1974	Troisième partie, II, B	224
(sans cote)	Volume VI : 1975	Troisième partie, II, A	329
(sans cote)	Volume VII : 1976	Troisième partie, A	345
(sans cote)	Volume VIII : 1977	Troisième partie, A	351
(sans cote)	Volume IX : 1978	Troisième partie, II	250
(sans cote)	Volume X : 1979	Troisième partie, II	178
(sans cote)	Volume XI : 1980	Troisième partie, IV	179
(sans cote)	Volume XII : 1981	Troisième partie, III	287
(sans cote)	Volume XIII : 1982	Troisième partie, IV	464
(sans cote)	Volume XIV : 1983	Troisième partie, IV	280
(sans cote)	Volume XV : 1984	Troisième partie, II	387

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/284	Volume XVI : 1985	Troisième partie, III	531
A/CN.9/295	Volume XVII : 1986	Troisième partie, III	409
A/CN.9/313	Volume XVIII : 1987	Troisième partie, III	201
A/CN.9/326	Volume XIX : 1988	Troisième partie, III	223
A/CN.9/339	Volume XX : 1989	Troisième partie, III	367
A/CN.9/354	Volume XXI : 1990	Troisième partie, I	333
A/CN.9/369	Volume XXII : 1991	Troisième partie, III	579
A/CN.9/382	Volume XXIII : 1992	Troisième partie, V	497
A/CN.9/402	Volume XXIV : 1993	Troisième partie, IV	443
A/CN.9/417	Volume XXV : 1994	Troisième partie, IV	445
A/CN.9/429	Volume XXVI : 1995	Troisième partie, IV	387
A/CN.9/441	Volume XXVII : 1996	Troisième partie, IV	331
A/CN.9/452	Volume XXVIII : 1997	Troisième partie, IV	441