Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

ANNUAIRE

Volume XXX: 1999

NATIONS UNIES
New York, 2001

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.

A/CN.9/SER.A/1999

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente: F.00.V.9
ISBN 92-1-233343-5
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-DEUXIÈME SESSION (1999)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999) (A/54/17) 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-sixième session [TD/B/46/15 (Vol. I)] 51

C. Assemblée générale: rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-deuxième session: rapport de la Sixième Commission (A/54/611) 51

D. Résolution 54/103 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1999 52

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-neuvième session (Vienne, 5-16 octobre 1998) (A/CN.9/455) 57

B. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-neuvième session: articles révisés du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement: remarques et suggestions: note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.98) 84

C. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-neuvième session: financement par cession de créances: rapport du groupe d'experts préparé par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé: note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.99) 102

D. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-neuvième session: proposition des États-Unis d'Amérique: note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.100) 108

E. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa trentième session (New York, 1er-12 mars 1999) (A/CN.9/456).... 109

F. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa trentième session: articles révisés du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement: remarques et suggestions: note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.102) 145

II. COMMERCE ÉLECTRONIQUE

A. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-troisième session (New York, 29 juin-10 juillet 1998) (A/CN.9/454) 165

B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-troisième session: projet de règles uniformes sur les signatures électroniques: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76)..... 191

C. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-troisième session: proposition des États-Unis d'Amérique: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.77)..... 205

Pages

D. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-quatrième session (Vienne, 8-19 février 1999) (A/CN.9/457) 208

E. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-quatrième session: projet de règles uniformes sur les signatures électroniques: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.79) 226

F. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-quatrième session: signatures électroniques: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.80) 239

III. PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

Projets de chapitres du guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé: rapport du Secrétaire général (A/CN.9/458 et Add.1 à 9) 245

IV. COORDINATION ET COOPÉRATION

A. Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98): rapport du Secrétaire général (A/CN.9/459) 373

B. Règles uniformes pour les “Contract Bonds” (RUCB): rapport de la Secrétaire générale (A/CN.9/459/Add.1) 389

V. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international: note du secrétariat (A/CN.9/460) 395

VI. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

Travaux futurs envisageables dans le domaine du droit de l'insolvabilité: proposition de l'Australie (A/CN.9/462/Add.1) 417

VII. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI 421

VIII. ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI

État des conventions et des lois types: note du secrétariat (A/CN.9/462) 423

IX. FORMATION ET ASSISTANCE

Formation et assistance technique: note du secrétariat (A/CN.9/461) 425

Troisième partie. Annexes

I. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI: NOTE DU SECRÉTARIAT (A/CN.9/481) 433

II. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI 445

III. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'*ANNUAIRE* 449

INTRODUCTION

Le présent volume est le trentième 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-deuxième session, tenue à Vienne du 17 mai au 4 juin 1999, 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-deuxième session de la Commission. Ces documents comprennent les rapports des groupes de travail de la Commission ainsi que des études, rapports et notes du Secrétaire général et du secrétariat. Cette même partie présente également quelques documents de travail qui ont été soumis aux groupes de travail.

La troisième partie contient 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-deuxième 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@uncitral.org
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
XXIX	1998	F.99.V.12

Première partie

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

TRENTE-DEUXIÈME SESSION (1999)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999) (A/54/17) [Original: anglais]

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	12-307
	A. Historique	12-16
	B. Remarques générales	17-21
	C. Examen des projets de chapitres	22-307
III.	COMMERCE ÉLECTRONIQUE	308-318
	A. Projet de règles uniformes sur les signatures électroniques	308-314
	B. Travaux futurs dans le domaine des signatures électroniques	315-318
IV.	FINANCEMENT PAR CESSION DE CRÉANCES	319-330
V.	SUIVI DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958	331-332
VI.	ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL: TRAVAUX FUTURS POSSIBLES	333-380
	A. Introduction	333-336
	B. Remarques générales	337-339
	C. Examen de certains points	340-379
	D. Conclusion	380
VII.	TRAVAUX FUTURS POSSIBLES DANS LE DOMAINE DU DROIT DE L'INSOLVABILITÉ	381-385
VIII.	JURISPRUDENCE RELATIVE AUX TEXTES DE LA CNUDCI	386-389
IX.	FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE	390-397
X.	ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES DE LA CNUDCI	398-401
XI.	RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE SUR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION	402-409
XII.	COORDINATION ET COOPÉRATION	410-421
	A. Droit des transports	410-418
	B. Comité consultatif juridique afro-asiatique	419
	C. Institut international pour l'unification du droit privé	420-421

		Paragraphes
XIII.	QUESTIONS DIVERSES	422-434
	A. Demande d'approbation des Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98) et des Règles uniformes pour les "Contract Bonds" (RUCB)	422-425
	B. Association pour le droit commercial	426-427
	C. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis	428-429
	D. Bibliographie	430
	E. Annuaire et autres publications de la CNUDCI	431-432
	F. Date et lieu de la trente-troisième session de la Commission	433
	G. Sessions des groupes de travail	434

INTRODUCTION

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international porte sur les travaux de sa trente-deuxième session, tenue à Vienne du 17 mai au 4 juin 1999.

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-deuxième session le 17 mai 1999. La session a été ouverte par le Secrétaire de la Commission, au nom du Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques.

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 de l'Algérie, de Fidji, du Kenya et de l'Ouganda, tous les membres de la Commission étaient représentés à la session.

6. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Afrique du Sud, Arabie saoudite, Arménie, Azerbaïdjan, Bélarus, Belgique, Bolivie, Canada, Chypre, Costa Rica, Croatie, Cuba, Gabon, Géorgie, Grèce, Guinée, Indonésie, Koweït, Liban, Malaisie, Maroc, Namibie, Pologne, République de Corée, République tchèque, Saint-Siège, Slovaquie, Suède, Suisse, Tunisie, Turquie, Ukraine, Venezuela et Yémen.

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

a) *Système des Nations Unies:* Commission économique pour l'Europe; Organisation des Nations Unies pour le développement industriel; Fonds monétaire international;

b) *Organisations intergouvernementales:* Comité consultatif juridique afro-asiatique; Cour permanente d'arbitrage; Institut international pour l'unification du droit privé; Union asiatique de compensation;

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission:* Association mondiale des anciens stagiaires et boursiers de l'ONU; Association panaméricaine de cautionnement; Chambre de commerce internationale; Comité maritime international; Conseil international pour l'arbitrage commercial; Fédération internationale des praticiens de l'insolvabilité; Foundation for Democracy in Africa; International Federation of Commercial Arbitration Institutions; Société de télécommunications interbancaires mondiales.

[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 53/314). 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.

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. Reinhard G. Renger (Allemagne)
Vice-Présidents:	M. Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros (Brésil) M. Dumitru Mazilu (Roumanie) M. Abubakr Salih Mohamed Nur (Soudan)
Rapporteur:	Mme Shahnaz Nikanjam (République islamique d'Iran)

D. Ordre du jour

10. L'ordre du jour de la session, tel qu'adopté par la Commission à sa 651e séance, le 17 mai 1999, 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. Arbitrage commercial international: travaux futurs envisageables.
9. Jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI.
10. Formation et assistance technique.
11. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
12. Résolutions de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission.
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 675e séance, le 4 juin 1999, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

II. PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

A. Historique

12. À sa vingt-neuvième session, en 1996, après avoir examiné la note du secrétariat sur les projets de construction-exploitation-transfert et les types de projets connexes (A/CN.9/424), la Commission a décidé d'établir un guide législatif afin d'aider les États à élaborer ou moderniser la législation applicable à ces projets[3]. La Commission 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 qui lui serait soumis pour examen.

13. À sa trentième session, en 1997, la Commission a examiné une table des matières annotée énumérant les sujets dont il était proposé de traiter dans le guide législatif (A/CN.9/438). Elle a également examiné les avant-projets de chapitres Ier, "Champ d'application, but et terminologie du Guide" (A/CN.9/438/Add.1), II, "Parties aux projets et phases d'exécution des projets d'infrastructure à financement privé" (A/CN.9/438/Add.2) et V, "Mesures préparatoires" (A/CN.9/438/Add.3). Après avoir procédé à un échange de vues sur la nature des questions à prendre en considération et sur les méthodes envisageables pour en traiter, la Commission a dans l'ensemble approuvé les orientations proposées par le secrétariat telles qu'elles ressortaient de ces documents[4] . Elle a prié le secrétariat de faire appel à des experts extérieurs, le cas échéant, pour l'élaboration des chapitres futurs et elle a invité les gouvernements à recenser les experts qui pourraient aider le secrétariat dans cette tâche.

14. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission était saisie de versions révisées des chapitres déjà examinés, ainsi que d'avant-projets de chapitres additionnels, qui avaient été élaborés par le secrétariat avec l'assistance d'experts extérieurs et en consultation avec d'autres organisations internationales. Il s'agissait d'une table des matières révisée (A/CN.9/444) et d'un projet d'introduction au guide législatif (A/CN.9/444/Add.1) qui combinaient, avec des modifications, la teneur des documents A/CN.9/438/Add.1 et 2. Les autres documents étaient les avant-projets de chapitres Ier, "Considérations générales

[2]L'élection du Président a eu lieu à la 651e séance, le 17 mai 1999, celle des Vice-Présidents aux 652e et 662e séances, les 17 et 25 mai 1999, et celle du Rapporteur à la 654e séance, le 18 mai 1999. 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].)

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

[4]Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 231 à 247.

sur la législation" (A/CN.9/444/Add.2), II, "Structure et réglementation des secteurs" (A/CN.9/444/Add.3), III, "Sélection du concessionnaire" (A/CN.9/444/Add.4), et IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet" (A/CN.9/444/Add.5). La Commission a examiné diverses suggestions concernant les projets de chapitres, ainsi que des propositions de modification de la structure du guide législatif et de réduction du nombre de chapitres[5]. Elle a prié le secrétariat de poursuivre l'élaboration d'autres chapitres, avec l'assistance d'experts extérieurs, en vue de les lui soumettre à sa trente-deuxième session.

15. À la présente session, la Commission était saisie de la totalité du projet de guide législatif, dont la structure était la suivante: "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé" et chapitres Ier, "Considérations générales sur la législation", II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", III, "Sélection du concessionnaire", IV, "L'accord de projet", V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", VII, "Droit applicable", VIII, "Règlement des différends" (A/CN.9/458/Add.1 à 9, respectivement). Elle a été informée que le secrétariat avait modifié la structure générale du guide et combiné certains de ses chapitres.

16. Le fait que tous les documents relatifs au projet de guide législatif n'aient pas été disponibles dans toutes les langues officielles avant le début de la session de la Commission a suscité des préoccupations. Le secrétariat a été prié de faire le nécessaire pour assurer la cohérence et l'exactitude technique des versions du guide législatif dans les différentes langues.

B. Remarques générales

17. La Commission s'est félicitée des progrès des travaux d'élaboration du guide législatif. Ce projet de guide a été considéré comme particulièrement intéressant pour les pays qui s'efforcent d'attirer des investissements étrangers pour financer de tels projets. La Commission a toutefois noté qu'il importait d'assurer un équilibre approprié entre, d'une part, l'objectif consistant à attirer des investissements privés pour les projets d'infrastructure et, d'autre part, la protection des intérêts du pays hôte et des utilisateurs des infrastructures.

18. La Commission a pris note de la structure du projet du guide législatif, telle qu'elle figure dans le document A/CN.9/458, et l'a approuvée dans l'ensemble. Il a été noté qu'il s'agissait là de la première occasion d'examiner le projet de guide dans son intégralité. S'il a été jugé dans l'ensemble que les projets de chapitres traitaient de la plupart des questions centrales aux projets d'infrastructure à financement privé, il a toutefois été avancé que ce document était plutôt long et que des ajustements seraient nécessaires pour le rendre plus accessible aux lecteurs.

19. La Commission a également noté que le style et la présentation des recommandations concernant la législation avaient été modifiés afin de donner effet à la notion de principes législatifs concis, à laquelle elle s'était référée à sa trente et unième session[6]. Il a été rappelé à la Commission qu'il fallait rédiger le guide de manière qu'il soit utile à ceux auxquels il était destiné. Il a été noté que ce guide constituerait un outil précieux pour les pays désireux de revoir et de moderniser leur législation relative aux projets d'infrastructure à financement privé. Il a toutefois été avancé qu'étant donné que chaque État avait sa propre culture juridique le guide devrait recenser et examiner diverses questions, puis offrir un éventail d'options possibles. Il a été noté qu'en fonction de la tradition juridique du pays hôte les questions examinées dans le guide législatif pourraient se rattacher à plus d'un instrument législatif. En outre, dans certains pays, aucune mesure législative nouvelle ne serait peut-être nécessaire pour un certain nombre des questions traitées dans le guide. Afin de tenir compte des diverses options s'offrant au pays hôte, il a été proposé que le guide comporte des clauses législatives types, le cas échéant.

20. Toutefois, divers représentants ont fait observer qu'il risquait d'être difficile, voire peu souhaitable, d'élaborer des dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé, vu la complexité des problèmes juridiques que soulevaient en général de tels projets, dont certains se rattachaient à des questions de politique générale, ainsi que la diversité des traditions juridiques et des pratiques administratives nationales. Il a en outre été noté que, tels qu'ils étaient actuellement libellés, les projets de chapitres étaient suffisamment souples pour que les législateurs, organismes de réglementation et autres autorités de chaque pays puissent tenir compte des réalités locales lorsqu'ils mettraient en œuvre, le cas échéant, les recommandations législatives qui y figuraient.

21. Compte tenu des divers avis exprimés, il a été estimé que la Commission devrait garder à l'esprit le fait qu'il était souhaitable d'élaborer des dispositions législatives types lorsqu'elle examinerait les Recommandations concernant la législation qui figuraient dans les projets de chapitres. Ainsi, elle devrait recenser les questions pour lesquelles l'élaboration de telles dispositions augmenterait la valeur du guide (voir par. 90 à 93 ci-après). Quelle que soit la décision qu'elle prendrait à ce propos, il a été convenu que les recommandations concernant la législation qui figuraient dans chaque chapitre devraient être reformulées de manière à être davantage uniformisées. Les membres de la Commission sont convenus que le secrétariat devrait, avec l'aide d'experts, revoir l'ensemble des recommandations de façon à en améliorer la cohérence.

C. Examen des projets de chapitres

Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé (A/CN.9/458/Add.1)

22. La Commission avait examiné un précédent projet d'introduction (A/CN.9/444/Add.1) à sa trente et unième session[7].

[5]Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 12 à 206.

[6]Ibid., par. 204.

[7]Ibid., par. 23 à 49.

23. La Commission a examiné diverses propositions visant à restructurer l'introduction. Selon un avis, l'objet du guide apparaîtrait plus clairement si l'introduction était précédée d'une courte description des projets d'infrastructure à financement privé, de leur spécificité et de leurs modes de financement, ainsi que du contexte historique dans lequel ils se plaçaient. Il serait possible, à cette fin, d'ajouter un bref exposé liminaire à l'introduction actuelle, qui pourrait s'inspirer des paragraphes 54 à 59. On pourrait alors donner à l'introduction un titre différent, tel que "Portée du guide, définitions et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé".

24. Selon une autre observation, appuyée par divers représentants, il n'était pas nécessaire d'ajouter un exposé liminaire séparé de l'introduction et il était possible de préciser davantage l'objet du guide en réorganisant les différentes parties de l'introduction sans par ailleurs en changer le titre. Il a été proposé, en particulier, de placer les paragraphes 54 à 56 avant la section A de l'introduction et de les faire suivre des informations sur le contexte historique figurant aux paragraphes 57 à 82 et des actuelles sections B, C, D et E, dans cet ordre.

Section A. Objectif et portée du guide

25. Selon une opinion, on pourrait exposer plus clairement l'objet du guide en faisant référence, dans l'actuelle section A, aux exigences et aux objectifs associés aux projets d'infrastructure à financement privé du point de vue tant du secteur public que du secteur privé. Pour le secteur privé, il s'agissait d'éléments tels que le besoin de certitude, de stabilité et de transparence, la protection des investissements et des garanties appropriées contre une ingérence intempestive de l'autorité contractante. Quant au secteur public, ses principaux soucis étaient d'assurer la continuité du service, le respect des normes en matière d'environnement et de sécurité, un suivi adéquat des résultats du projet et la possibilité de révoquer une concession lorsque des conditions applicables n'étaient pas respectées. Il conviendrait d'ajouter des renvois, selon les besoins, aux parties suivantes du guide où ces questions étaient traitées de façon plus détaillée.

26. Afin de préciser la relation entre les recommandations et les notes correspondantes, la Commission a décidé d'insérer, après le paragraphe 2 de l'introduction, le libellé suivant:

> "Chacun des chapitres du guide est divisé en deux parties, à savoir les Recommandations concernant la législation ("Recommandations") et les Notes sur les recommandations concernant la législation ("Notes"). Les Recommandations contiennent un ensemble de principes recommandés. Les Notes offrent une introduction analytique comportant des références aux questions financières, réglementaires, juridiques, aux questions de politique et autres questions liées au sujet examiné. Elles présentent des informations générales visant à éclairer les Recommandations."

Section B. Terminologie employée dans le guide

27. Selon un avis, la notion d'"infrastructure publique" n'était pas correctement définie au paragraphe 6 car elle était liée à la notion de "services publics" qui était, elle, définie au paragraphe 8 par référence aux "infrastructures publiques". Cette situation reflétait, a-t-on déclaré, la difficulté à formuler une définition des "services publics", notion qui pouvait être comprise différemment dans les divers systèmes juridiques. Il a été proposé que le secrétariat, lorsqu'il reverrait l'introduction, envisage d'autres manières de décrire les types d'infrastructure et de services visés dans le guide.

28. On a fait observer qu'il faudrait revoir la terminologie employée dans les diverses langues, de manière que les expressions mentionnées au paragraphe 15 pour désigner les autorités publiques du pays hôte soient utilisées de façon uniforme dans l'ensemble du guide.

Section C. Formes de participation du secteur privé aux projets d'infrastructure

29. Les paragraphes portant sur les formes de participation du secteur privé n'ont pas suscité de commentaires.

Section D. Structures de financement et sources de financement des projets d'infrastructure

30. Il a été noté, de manière générale, que la section D, qui porte sur les structures de financement et les sources de financement, était étroitement liée à la fois au chapitre II, relatif aux risques de projet et à l'appui des pouvoirs publics, et à la section B.1 du chapitre IV, relative aux arrangements financiers dans l'accord de projet. Il a été proposé d'établir plus clairement le lien entre ces parties, par exemple, en rassemblant les diverses parties du guide traitant des questions financières dans un seul chapitre.

31. Selon une opinion, la notion de "financement de projet", telle que décrite aux paragraphes 27 à 30, pourrait être précisée en insistant sur les différences entre ce type de financement et les opérations de financement plus classiques. On a fait remarquer que les différences ne résidaient pas essentiellement dans l'existence ou l'absence de garanties par les actionnaires de l'emprunteur ou de possibilités de recours contre ces actionnaires, mais davantage dans le fait que, dans le financement classique, les prêteurs se fiaient à la solvabilité et la situation financière de l'emprunteur et que c'était l'absence de ces deux éléments qui faisait du financement de projet la modalité privilégiée pour la plupart des projets comprenant la construction d'infrastructures nouvelles. Les paragraphes 27, 28 et 30 devraient donc être adaptés pour tenir compte de ces circonstances.

32. Il a été noté que les paragraphes 31 à 41 avaient un double objectif: d'une part, identifier les sources possibles de financement des projets d'infrastructure à financement privé et, d'autre part, décrire divers types de ressources pouvant être mobilisées pour ces projets. Il a été proposé d'y mentionner également d'autres types de financement tels que le leasing, les effets de commerce, les garanties ou les accords de soutien de compagnies d'assurance. Il a aussi été proposé de faire référence au paragraphe 41, ainsi que dans d'autres parties du texte portant sur des questions analogues non seulement aux organismes de crédit à l'exportation, mais également à la couverture des risques politiques

offerte par les organismes qui encourageaient l'investissement des ressortissants de leur pays dans des pays étrangers.

33. S'agissant de la notion d'association d'un financement public et d'un financement privé, mentionnée au paragraphe 43, il faudrait, selon une opinion, éviter de donner l'impression dans le guide que la fourniture de fonds ou de subventions publics pour le financement de projets d'infrastructure, lorsque tel était le cas, entraînait l'acceptation par le secteur public de risques qui, du fait de la nature même des projets d'infrastructure à financement privé, devraient être supportés par le secteur privé. On a fait remarquer que, dans certains systèmes juridiques, une des caractéristiques essentielles des opérations visées par le guide était que les risques étaient supportés par le concessionnaire.

Section E. Principales parties associées à la mise en œuvre de projets d'infrastructure

34. S'agissant du paragraphe 47, il a été déclaré que la notion de "promoteurs du projet" pouvait prêter à confusion, car le terme "promoteur" était employé dans certains systèmes juridiques pour désigner non pas les entreprises privées promouvant le projet, mais les organismes publics ayant la responsabilité générale de l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé. Il a été proposé soit d'employer des termes autres que "promoteurs", soit d'adapter le texte de manière à éviter toute possibilité de malentendu. Il a également été proposé de faire référence, dans la dernière phrase du paragraphe 47, au fait que la société de projet doit souvent être constituée conformément à la législation du pays hôte.

35. Il a été proposé de faire référence, au paragraphe 49, non seulement à la négociation d'accords intercréanciers, mais également à la possibilité d'une négociation par les prêteurs d'un accord de prêt commun.

Section F. Politique en matière d'infrastructures, structure du secteur et concurrence

36. La première phrase du paragraphe 61 donnait, a-t-on estimé, une impression franchement négative des monopoles dans le domaine des infrastructures, en particulier dans certaines langues. Il a été proposé de remanier cette phrase de façon à ne pas donner l'impression que le guide prenait une position de principe sur un sujet auquel se rattachaient, a-t-on estimé, des questions de politique intérieure.

37. On a demandé si la dernière phrase du paragraphe 66, qui semblait être quelque peu directive, pouvait être supprimée. Il a été répondu que la phrase en question faisait uniquement référence à l'un des intérêts dont tenaient compte les pays en développement lorsqu'ils examinaient les avantages d'une ouverture de certains secteurs à la concurrence et qu'elle faisait suite à une suggestion qui avait été avancée à la trente et unième session de la Commission[8].

38. Selon une opinion, le paragraphe 82, en particulier la deuxième phrase, semblait préconiser la privatisation des exploitants d'infrastructures pour qu'un pays puisse réformer efficacement son secteur infrastructurel. Cette phrase, a-t-on estimé, devrait être supprimée et le reste du paragraphe remanié en conséquence.

Chapitre premier. Considérations générales sur la législation (A/CN.9/458/Add.2)

Remarques générales

39. La Commission a noté qu'un précédent projet de chapitre premier avait été publié sous la cote A/CN.9/444/Add.2. Elle a également noté que la section D du projet de chapitre premier actuel reprenait la teneur de certaines parties de l'ancien chapitre II, "Structure et réglementation des secteurs" (A/CN.9/444/Add.3), qui traitaient des questions d'organisation et d'administration relatives au fonctionnement des organismes de réglementation, comme suite à la décision prise par la Commission à sa trente et unième session de supprimer l'ancien chapitre II et d'en inclure la teneur dans d'autres chapitres du guide[9].

40. À titre d'observation générale, il a été proposé de réduire le nombre de recommandations concernant la législation figurant dans le guide et de limiter ces recommandations aux questions de caractère clairement législatif. Selon un avis, certaines des recommandations étaient de caractère plus descriptif et il serait plus approprié de les inclure dans les notes. La Commission est convenue que le guide ne devrait pas comporter un nombre excessif de recommandations et qu'il faudrait garder présent à l'esprit cet objectif lors de l'examen des différents chapitres du guide.

41. La Commission a débattu du style des recommandations. Selon un avis, qui a été appuyé par divers représentants, le style de ces recommandations était par trop prudent et il faudrait utiliser un langage plus ferme. Il a été noté que, dans de nombreux cas, les conseils figurant dans les notes étaient libellés en des termes plus fermes que les recommandations elles-mêmes.

42. En réponse à ces observations, il a été noté que, lors de la trente et unième session de la Commission, le secrétariat avait été prié de rédiger les recommandations concernant la législation sous la forme de "principes législatifs concis[10]" et que l'on s'était prononcé pour l'utilisation d'un libellé souple plutôt qu'impératif.

43. Après examen des divers avis exprimés, il a été convenu que le guide n'avait pas pour objet d'empiéter sur la souveraineté nationale et ne devait pas être trop directif quant à la teneur des lois nationales. Néanmoins, la Commission a jugé dans l'ensemble qu'il serait approprié de formuler ces recommandations en des termes plus fermes. Il a également été convenu que différentes options concernant la formulation des recommandations pourraient être envisagées lors de leur examen par la Commission, étant entendu qu'il fallait garder présente à l'esprit la nécessité d'assurer la plus grande uniformité possible en la matière.

[8]Ibid., par. 105.

[9]Ibid., par. 101 et 102.

[10]Ibid., par. 204.

44. Pour ce qui est du projet de chapitre lui-même, il a été proposé que l'on y souligne les principes généraux devant inspirer le cadre législatif national applicable au projet d'infrastructure à financement privé, notamment les principes de transparence, d'équité, d'ouverture et de concurrence.

45. Il a été noté que la question de la loi régissant la mise en œuvre des projets d'infrastructure à financement privé était logiquement liée aux questions traitées dans le projet de chapitre. Il a donc été demandé si le projet de chapitre VII, "Droit applicable" (A/CN.9/458/Add.8), pourrait être abrégé et combiné avec le projet de chapitre premier. Il a été répondu qu'une version antérieure du chapitre premier (A/CN.9/444/Add.2) comportait, dans ses sections B et C, un examen des incidences possibles d'autres domaines du droit sur la bonne mise en œuvre des projets d'infrastructure à financement privé et des incidences éventuelles d'accords internationaux conclus par le pays hôte sur la législation nationale applicable à ces projets. Cet examen avait été élargi de manière à incorporer diverses propositions qui avaient été faites lors de la trente et unième session de la Commission[11] et, afin que sa lecture en soit plus facile, il avait été déplacé au projet de chapitre VII, "Droit applicable" (A/CN.9/458/Add.8).

46. La Commission a estimé que les différentes versions linguistiques du prochain projet de guide législatif devraient être soigneusement examinées, de manière à en assurer l'exactitude terminologique et l'uniformité. Des représentants ont été invités à présenter au secrétariat des suggestions afin d'améliorer la terminologie utilisée dans le projet de guide.

Considérations générales
(recommandation 1 et par. 1 à 15)

47. Selon un avis, la première phrase de la recommandation 1 n'était pas suffisamment précise quant au pouvoir dont devaient disposer les autorités contractantes pour octroyer des projets d'infrastructure. Il a également été noté que les autorités contractantes n'étaient pas identifiées dans la recommandation 1. Il a donc été proposé que cette recommandation soit modifiée de manière à être plus claire.

48. Il a été répondu que la question de savoir qui avait le pouvoir d'octroyer des projets d'infrastructure dépendait de l'organisation constitutionnelle, des traditions juridiques et de la structure administrative du pays et qu'il ne serait peut-être pas possible de formuler la recommandation 1 de manière plus précise sans avoir à décrire les complexités de la structure interne et des pouvoirs des autorités contractantes dans les différents pays. Il a été avancé qu'une référence générale aux organismes autorisés, telle qu'elle figurait aux paragraphes 17 et 18 des notes, serait peut-être suffisante aux fins du projet de chapitre.

49. La Commission est convenue que, pour plus de clarté, l'on ajoute les mots "pouvoir assorti, le cas échéant, des conditions qui pourront être jugées appropriées" à la première phrase de la recommandation 1. Pour la même raison, la Commission est également convenue d'ajouter les mots "ou la révision" après les mots "lors de la mise en place" au paragraphe 1 des notes.

50. Pour ce qui est de la deuxième phrase de la recommandation 1, il a été jugé qu'il ne serait pas approprié que le guide recommande un réexamen des dispositions constitutionnelles existantes, processus politiquement délicat dans de nombreux pays. On a également noté qu'une révision ou une modification de la constitution d'un État, telle qu'elle était envisagée dans la recommandation 1, était une procédure compliquée, qui n'était sans doute pas nécessaire pour atteindre les objectifs législatifs énoncés dans le guide. Le but, à savoir encourager les investissements privés, relevait en fait du droit administratif plutôt que constitutionnel. Il a été proposé que référence soit plutôt faite à un examen des dispositions législatives. Dans le même ordre d'idées, il a également été avancé que, telle qu'elle était actuellement libellée, la deuxième phrase de la recommandation 1 aurait davantage sa place dans les notes.

51. En réponse à ces observations, il a été fait observer que le guide s'adressait aux législateurs et dirigeants des pays désireux de promouvoir les investissements privés dans les projets d'infrastructure. Le guide lui-même ne préconisait pas l'ouverture du secteur des infrastructures aux investissements privés, mais se contentait de donner des conseils sur des questions d'ordre législatif aux législateurs et dirigeants de pays ayant pris la décision d'attirer les investissements privés pour la réalisation de projets d'infrastructure. L'objet de la référence, dans la recommandation 1, à un examen des dispositions constitutionnelles, était d'attirer l'attention du lecteur sur la nécessité de recenser les obstacles juridiques potentiels à la mise en œuvre des projets d'infrastructure à financement privé.

52. Il a été proposé que la dernière phrase du paragraphe 10 soit modifiée afin qu'il soit bien clair que le guide se prononçait non pas contre une législation sectorielle détaillée en soi, mais seulement contre une législation comportant des dispositions excessivement détaillées sur la teneur des arrangements contractuels entre l'autorité contractante et le concessionnaire.

53. S'agissant des paragraphes 12 à 15, un certain nombre de questions ont été soulevées concernant la mention de l'application, dans certains systèmes juridiques, d'un "régime juridique spécial" aux projets d'infrastructure à financement privé. On a fait observer, en particulier, que le pouvoir ou le droit des pouvoirs publics de révoquer ou de modifier un contrat, pour des raisons d'intérêt général, soulevait un certain nombre de problèmes. Selon un avis, le financement des projets d'infrastructure exigeait un environnement stable et prévisible et, pour attirer des capitaux d'investissement, les pays auraient intérêt à restreindre ce pouvoir de révoquer ou de modifier le contrat. Ils pourraient, a-t-on déclaré, souhaiter adopter une législation réduisant au minimum le pouvoir d'une entité publique d'intervenir une fois le contrat conclu. Le guide devrait éviter de donner l'impression qu'en mentionnant l'existence de telles prérogatives spéciales dans certains

[11]Ibid., par. 63 à 95.

systèmes juridiques il les approuvait implicitement. En outre, il devrait indiquer clairement que le cocontractant était en droit de recevoir une indemnisation raisonnable et adéquate en cas de préjudice dû à une révocation ou à une modification du contrat par les pouvoirs publics.

54. On a fait observer, en réponse à ces observations, que les paragraphes 13 et 15 reflétaient de manière succincte mais correcte certaines des caractéristiques essentielles du régime régissant les projets d'infrastructure à financement privé de certains systèmes juridiques. On a fait observer que, dans ces systèmes, l'autorité contractante avait, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, même quand ces derniers ne précisent rien sur ce point, des prérogatives exceptionnelles qui ne pouvaient pas être légalement levées. Ces prérogatives incluaient, comme il était mentionné au paragraphe 13, le pouvoir de modifier les clauses des contrats administratifs ou de révoquer ces contrats, ou encore de demander à ce qu'ils soient résiliés par un organe judiciaire pour des raisons d'intérêt général. Ces prérogatives extraordinaires se justifiaient par le devoir qu'avait l'administration d'agir dans l'intérêt général. L'exercice de ces prérogatives, outre qu'il n'était en aucun cas arbitraire et était en tout état de cause sujet à contrôle judiciaire, imposait des obligations contraignantes à l'administration, en particulier celle d'assurer la continuité du service public et d'indemniser le concessionnaire en cas de préjudice dû à la modification ou à la résiliation du contrat. Dans la mesure où des chapitres subséquents du guide (par exemple, le chapitre V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", et le chapitre VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation") traitaient des conséquences juridiques de l'exercice par l'autorité contractante de certaines prérogatives particulières, les inquiétudes exprimées pourraient être apaisées en ajoutant au paragraphe 13 des renvois appropriés.

Étendue du pouvoir d'octroyer des concessions (recommandation 2 et par. 16 à 25)

55. On a fait observer que le libellé employé dans le chapeau de la recommandation était inutilement prudent. Il a été proposé de remplacer les mots "voudra peut-être envisager" par "devrait envisager".

56. Il a été suggéré de développer l'alinéa *b* de la recommandation 2 de manière à tenir compte du fait que, dans certains systèmes juridiques, le régime régissant les concessions comprenait des principes de droit qui découlaient de la jurisprudence.

57. La Commission est convenue que le paragraphe 16 devait être revu de manière à préciser le sens de l'expression "entités décentralisées".

58. S'agissant du paragraphe 17, il a été déclaré que dans certains pays il pouvait être impossible de décrire de manière positive l'étendue du pouvoir d'octroyer des concessions et que le guide devrait faire référence à la technique parfois utilisée qui consistait à circonscrire ce pouvoir en indiquant les domaines d'activités dans lesquels aucune concession ne pouvait être octroyée (par exemple, les activités liées à la défense et à la sécurité nationales).

Coordination administrative (recommandation 3 et par. 27 à 32)

59. Selon une opinion, il faudrait inclure à l'alinéa *a* de la recommandation 3 une référence à la réalisation, par l'autorité contractante, d'études permettant de déterminer le résultat attendu du projet, de donner des arguments suffisants pour justifier l'investissement, de proposer des modalités pour la participation du secteur privé et de décrire une solution particulière à l'obligation de résultats. Dans certains pays, une telle étude était désignée, dans la pratique, par les termes "Analyse de rentabilisation" (*business case*).

60. Il a été proposé, par ailleurs, de mentionner à l'alinéa *a* de la recommandation 3 la nécessité de réaliser des études sur l'impact attendu du projet proposé sur le secteur infrastructurel visé et, selon les cas, sur d'autres secteurs infrastructurels.

61. Il a été convenu d'insérer les mots "la construction et" avant les mots "le fonctionnement" à l'alinéa *b* de la recommandation 3.

62. La Commission a été informée que l'expérience internationale récente avait montré qu'il était utile de créer un service central au sein de l'administration du pays hôte, chargé de formuler la politique générale et de fournir des orientations pratiques sur les projets d'infrastructure à financement privé, ainsi que de coordonner les contributions des principaux organismes publics qui seraient en relation avec la société de projet. Il a été proposé d'inclure une recommandation à cet effet dans la recommandation 3.

63. S'agissant de la répartition des pouvoirs entre les différents échelons de l'administration, question mentionnée au paragraphe 32, il a été proposé de renforcer le texte en invitant instamment les pays à coordonner leurs efforts aux divers échelons et dans les divers domaines de l'administration.

Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure (recommandations 4 et 5 et par. 33 à 55)

64. Il a été suggéré d'indiquer dans la recommandation 4 que les décisions de tout organisme de réglementation doivent respecter les lois sur la transparence dans l'administration.

65. On a fait observer que la notion d'indépendance et d'autonomie des organismes de réglementation, telle qu'envisagée à l'alinéa *b* de la recommandation 4, comportait deux aspects principaux, à savoir l'indépendance vis-à-vis du gouvernement du pays hôte et l'indépendance vis-à-vis de l'industrie soumise à la réglementation. Il a été proposé de combiner la deuxième partie de l'alinéa *a* de la recommandation 4, qui mentionnait une des conditions à respecter pour assurer l'indépendance des organismes de réglementation, avec l'alinéa *b* de cette même recommandation.

66. S'agissant de la même question, on a fait observer que différents systèmes juridiques prévoyaient des formes

de recours différentes, y compris un recours administratif, et que les termes "procédures d'appel" à l'alinéa *b* de la recommandation 5 ne devraient pas donner à penser que les recours ne pouvaient être que judiciaires.

67. S'agissant toujours de l'alinéa *b* de la recommandation 5, on a noté que l'évolution récente de la législation de certains pays avait entraîné une extension des possibilités de recours contre des décisions réglementaires de manière à reconnaître les droits de certains tiers, tels que les consommateurs ou les usagers d'infrastructures, de faire appel de décisions réglementaires qui allaient à l'encontre de leurs droits. Il a été proposé de développer en conséquence l'alinéa *c* de la recommandation 5.

68. Selon une opinion, une clarification des procédures d'appel, qu'elles soient administratives, arbitrales ou judiciaires, pourrait aider à attirer les investissements privés vers les projets d'infrastructure publique. Le guide devrait insister sur la nécessité pour les organismes de réglementation de prendre des décisions en temps voulu.

69. On a fait observer que la possibilité de déléguer à des experts extérieurs certaines tâches de réglementation, question évoquée au paragraphe 48, ne constituait pas une solution appropriée dans toutes les situations, en particulier dans les pays où les ressources étaient limitées. Il fallait faire preuve de prudence pour éviter de potentiels conflits d'intérêt. Il a été convenu que la dernière phrase du paragraphe 48 devrait être supprimée.

Chapitre II. Risques de projet et appui des pouvoirs publics (A/CN.9/458/Add.3)

Remarques générales

70. Selon un avis, les considérations relatives aux risques liés aux projets d'infrastructure à financement privé et les solutions contractuelles classiques de répartition des risques, actuellement présentées dans la section B du projet de chapitre, se rattachaient logiquement aux arrangements financiers relatifs à l'exécution de projets d'infrastructure, qui étaient traités dans d'autres portions du guide, à savoir la section D de l'introduction (A/CN.9/458/Add.1) et la section B.1 du chapitre IV, "L'accord de projet" (A/CN.9/458/Add.5). Il a donc été proposé que l'examen de ces questions soit regroupé dans un seul nouveau chapitre concernant les arrangements financiers relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé.

71. Dans le même ordre d'idées, il a été noté que la section C du projet de chapitre, qui présentait des considérations de politique générale concernant l'appui direct des pouvoirs publics et examinait d'autres mesures d'appui, ainsi que les sections D et E, qui mettaient l'accent sur les garanties et mesures d'appui pouvant être fournies par des institutions financières internationales et bilatérales, étaient étroitement liées aux arrangements contractuels relatifs à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé. Il a donc été proposé que les sections C à E soient incorporées au chapitre IV.

72. Selon un autre avis, qui a reçu un large appui, un chapitre distinct traitant des questions liées aux risques de projet et à l'appui des pouvoirs publics était utile, car il mettait l'accent, pour le lecteur, sur l'importance d'une répartition efficace des risques de projet, afin d'assurer la bonne exécution des projets d'infrastructure à financement privé. Il a également été noté que le niveau de l'appui que les pouvoirs publics fourniraient aux projets d'infrastructure à financement privé pourrait être déterminé par secteur, et non pas seulement par projet. Ainsi, il ne serait pas souhaitable de considérer les questions examinées dans le projet de chapitre comme d'ordre purement contractuel.

73. Bien qu'il ait été dans l'ensemble convenu de conserver le projet de chapitre, il a été jugé que le lien entre les questions qui y étaient traitées et les considérations financières examinées ailleurs dans le guide pourrait être établi plus clairement. À cette fin, il serait par exemple possible d'insérer dans le chapitre une brève section soulignant les exigences particulières du financement sur projet, du point de vue des risques de projet et de la répartition de ces risques.

74. Il a été proposé d'ajouter, après le paragraphe 2 des notes se rapportant aux recommandations, le libellé suivant:

"Autrefois, le financement par l'emprunt des projets d'infrastructure se faisait par sollicitation de crédits auprès des promoteurs du projet, d'organismes de crédit à l'exportation multilatéraux et nationaux, des pouvoirs publics et d'autres tiers. Ces dernières années, ces sources traditionnelles n'ont pas été en mesure de faire face aux besoins croissants de capitaux pour les infrastructures, et le financement devient de plus en plus souvent un financement sur projet.

Le financement sur projet, comme modalité de financement, vise à établir la solvabilité propre de la société de projet avant même le début des travaux de construction ou la création de revenus et à emprunter en se fondant sur cette solvabilité. Des commentateurs ont fait observer que le financement sur projet pouvait être un moyen de mobiliser la masse de capitaux virtuellement disponibles sur les marchés financiers pour les investir dans les infrastructures. Toutefois, le financement sur projet présente, d'un point de vue financier, des caractéristiques particulières et contraignantes. La plus importante est le fait que, dans une structure de ce type, les parties au financement doivent compter essentiellement pour être remboursées sur les actifs et le cash flow de la société de projet. Si le projet échoue, ils ne pourront pas se retourner, ou seulement de façon limitée, contre un promoteur du projet ou une autre tierce partie pour se faire rembourser.

La méthodologie financière sur laquelle se base le financement sur projet exige une projection précise des dépenses d'investissement, des recettes et des coûts, frais, taxes et engagements liés au projet. Pour prévoir avec précision et certitude ces montants, et pour créer un modèle financier pour le projet, il est généralement nécessaire de partir d'une "hypothèse de base" pour les recettes, coûts et frais de la société de projet, couvrant

une longue période — souvent 20 ans ou plus —, afin de déterminer le montant des emprunts et des fonds propres que l'on peut envisager. La détermination et la quantification des risques sont deux éléments fondamentaux de cette analyse. C'est pourquoi la détermination, l'évaluation, la répartition et l'atténuation des risques sont, d'un point de vue financier, au cœur même de ce type de financement.

Parmi les risques qu'il est le plus important, mais aussi le plus difficile, d'évaluer et d'atténuer, il y a le "risque politique" (risque de mesures défavorables du pays hôte, de ses organismes ou de ses tribunaux, en particulier pour ce qui est de l'octroi de licences et d'autorisations, de la réglementation applicable à la société de projet et à ses marchés, du régime d'imposition et de l'exécution des obligations contractuelles) et le "risque de change" (risque relatif à la valeur, la transférabilité et la convertibilité de la monnaie locale). C'est en raison de ces risques, en particulier, que le financement sur projet est souvent assorti d'une assurance ou de garanties d'organismes de crédit multilatéraux et d'agences de crédit à l'exportation, ainsi que de garanties du pays hôte."

75. La Commission a approuvé dans l'ensemble la teneur de l'ajout proposé et a prié le secrétariat d'examiner à quel endroit il serait le plus approprié d'insérer le nouveau texte (c'est-à-dire soit dans le projet de chapitre, soit dans l'introduction du guide). Elle a en outre décidé d'insérer, à un endroit approprié du projet de chapitre, un texte libellé comme suit:

"D'autres chapitres du présent guide traitent d'aspects du régime juridique du pays hôte qui ont un rapport avec l'analyse des crédits et des risques liés à un projet. L'accent mis sur ces questions variera de toute évidence selon le secteur et le type de projet. Le lecteur se reportera en particulier aux chapitres suivants: chapitre IV, "L'accord de projet", chapitre V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", chapitre VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", chapitre VII, "Droit applicable" et chapitre VIII, "Règlement des différends"."

76. Il a été noté que le guide comportait un grand nombre d'expressions techniques utilisées dans la pratique commerciale et financière, et il a été convenu que le texte final devrait comporter un glossaire des termes techniques utilisés dans le guide.

Risques de projet et répartition des risques (recommandation 1 et par. 3 à 24)

77. Selon un avis, il était important que l'autorité contractante dispose de suffisamment de pouvoirs pour convenir d'une répartition des risques répondant aux exigences du projet non seulement de son point de vue à elle, mais également compte tenu des intérêts de toutes les parties en jeu. Il a donc été convenu de supprimer les mots "du point de vue de l'autorité contractante" dans la recommandation 1.

78. Il a été proposé que la recommandation 1 fasse également référence à la nécessité d'attirer des capitaux pour les projets d'infrastructure à financement privé. Toutefois, cette proposition n'a pas reçu un appui suffisant.

79. Il a été noté que les paragraphes 6 à 15 faisaient largement référence aux risques pour la société de projet, mais n'accordaient pas une attention suffisante aux risques pour l'autorité contractante. Il a donc été convenu que les paragraphes 6 à 15 mentionneraient également les risques propres à l'autorité contractante, notamment les risques liés au transfert de l'infrastructure à l'autorité contractante au terme du projet.

80. Il a été noté que le paragraphe 7 faisait référence au risque d'une interruption du projet causée par des événements imprévus ou extraordinaires échappant au contrôle des parties, alors que le paragraphe 8 mentionnait le risque que l'exécution du projet soit influencée négativement par des actes de l'autorité contractante, d'une autre entité publique ou de l'organe législatif du pays hôte. On a fait observer que, dans certains systèmes juridiques, il existait des principes juridiques bien établis permettant de faire face à de telles situations. Par exemple, dans le cas visé au paragraphe 7, certains systèmes juridiques imposaient au concessionnaire l'obligation de continuer de fournir les services, malgré la survenance desdits événements imprévus ou extraordinaires, dans des limites raisonnables et sous réserve de la fourniture d'une assistance appropriée, financière ou autre, par l'autorité contractante, comme le paiement d'un dédommagement approprié pour compenser les dépenses supplémentaires engagées par le concessionnaire. En outre, dans le cas visé au paragraphe 8, certains systèmes juridiques reconnaissaient que le concessionnaire pouvait avoir droit à un certain dédommagement, dans la mesure où l'exécution du projet avait été négativement affectée par des actes de l'autorité contractante elle-même, d'une autre entité publique, ou de l'organe législatif du pays hôte. Puisque ni le paragraphe 7 ni le paragraphe 8 n'indiquaient les conséquences juridiques de tels cas, il a été convenu d'inclure des références appropriées aux autres parties du guide où ces questions étaient traitées plus en détail.

81. Il a été proposé, pour plus de clarté, de remplacer au paragraphe 17 le mot "négociateurs" par les mots "autorités contractantes".

82. Il a été proposé que le paragraphe 18 mentionne le fait que les garanties de bonne fin fournies par les entrepreneurs et les fournisseurs d'équipement étaient souvent complétées par des garanties similaires fournies par le concessionnaire au bénéfice de l'autorité contractante.

83. Il a été convenu que la référence aux garanties contre l'expropriation ou la nationalisation, qui étaient mentionnées au paragraphe 19, ne devait pas être interprétée comme un renoncement de la part des pouvoirs publics à invoquer leur droit souverain d'acquérir les actifs du projet par une expropriation ou une procédure similaire, à condition qu'un dédommagement approprié soit payé, conformément aux règles en vigueur dans le pays hôte et aux règles pertinentes du droit international.

84. Selon un avis, la dernière phrase du paragraphe 24 comportait un avertissement important aux législateurs des pays hôtes, indiquant qu'il n'était pas souhaitable d'avoir

des dispositions législatives limitant inutilement la capacité des négociateurs à répartir les risques de projet de façon équilibrée. Il a été convenu qu'il serait utile de donner une place plus éminente à cette même idée à la sous-section B.2.

Appui des pouvoirs publics
(recommandation 2 et par. 25 à 56)

85. La Commission est convenue que le mot "indiquant" dans la recommandation 2 ne mettait pas suffisamment l'accent sur la nécessité de bien préciser les formes de l'appui pouvant être fourni par les pouvoirs publics du pays hôte et qu'il faudrait le remplacer par le mot "énonçant".

86. Étant donné que le chapitre décrivait diverses formes d'appui des pouvoirs publics, dont toutes n'étaient pas de caractère financier, il a été convenu d'adapter en conséquence la recommandation 2 et le paragraphe 26.

87. Selon un avis, la dernière phrase du paragraphe 28, qui mettait en garde les organismes publics contre le risque de prendre trop d'engagements en octroyant des garanties pour un projet donné, était superflue ou, en tout cas, ne devait pas être interprétée comme une sorte d'ingérence dans la politique du pays hôte. Il a été répondu que le paragraphe 28 donnait des avis précieux aux législateurs, qui devraient être conservés dans le guide. Il a été noté que certains pays ayant une expérience considérable des projets d'infrastructure à financement privé avaient jugé nécessaire d'introduire des techniques appropriées de budgétisation des mesures d'appui des pouvoirs publics ou d'évaluation du coût total d'autres formes d'appui, afin d'éviter le risque d'un engagement financier excessif des organismes publics.

88. À propos du paragraphe 31, il a été noté que les obligations du pays hôte en vertu d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges risquaient également de limiter son aptitude à fournir certaines formes d'appui autres qu'un appui financier aux sociétés opérant sur son territoire.

89. En réponse à une question concernant l'objet et l'utilité du paragraphe 36, il a été noté que, dans certains pays, la participation des pouvoirs publics à un projet donné faisait souvent espérer que les pouvoirs publics appuieraient pleinement le projet, voire finiraient par le reprendre à leur frais si la société de projet faisait défaut, même s'ils n'étaient pas tenus légalement de le faire. Selon un avis également, cette mise en garde figurant au paragraphe 36 était utile, car une prise de participation pouvait entraîner le transfert aux pouvoirs publics d'une portion des risques du projet et la perte de fonds publics, au cas où la société de projet deviendrait insolvable, aurait inévitablement des conséquences politiques. Il a toutefois été convenu que le sens du paragraphe 36 devrait être précisé, notamment la référence aux différents moyens utilisables par les pouvoirs publics pour se protéger contre les risques qui y étaient mentionnés. Il a été noté, en particulier, que des dispositions contractuelles libérant les pouvoirs publics de toute obligation de souscrire à des actions supplémentaires, au cas où il serait nécessaire d'augmenter le capital de la société du projet, risquaient d'être contraires à la législation nationale dans certains pays.

90. Pour ce qui est du paragraphe 39, il a été noté qu'il importait également de garder présentes à l'esprit, outre les lois nationales sur la concurrence, les obligations du pays hôte en vertu d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges. Il a été avancé que ces considérations s'appliquaient également aux paragraphes 51 à 53.

91. Selon un avis, l'expression "garanties souveraines" figurant au paragraphe 40 ne reflétait pas la teneur de cette sous-section et pourrait impliquer une référence au droit international public, notamment à l'immunité souveraine. Il a été proposé de revoir l'utilisation de cette expression.

92. Il a été suggéré que le paragraphe 41 *a* mentionne le cas où il ne serait pas possible de satisfaire aux attentes en vertu d'un accord d'enlèvement, du fait de la privatisation de l'entité publique intéressée.

93. Le risque lié aux fluctuations des taux de change, a-t-on noté, était normalement considéré comme un risque commercial, comme il était indiqué au paragraphe 44. Néanmoins, on a avancé que, lorsque la société de projet était incapable de rembourser des fonds empruntés en devises en raison de fluctuations extrêmes des taux de change, le risque de change pourrait être considéré comme un risque politique. Dans la pratique, les pouvoirs publics acceptaient parfois d'aider dans de tels cas la société de projet.

94. À propos des paragraphes 51 à 53, on a estimé que les assurances données par les pouvoirs publics visant à protéger le concessionnaire de la concurrence risquaient parfois d'être incompatibles avec les obligations du pays hôte en vertu d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges, circonstance qui devrait être mentionnée dans le guide.

95. Il a été convenu que le paragraphe 68, ainsi que d'autres sections pertinentes du guide devraient mentionner à la fois les organismes de crédit à l'exportation et les organismes de développement national. Il a également été convenu que le titre de la sous-section devrait être libellé comme suit: "Garanties fournies par des organismes de crédit à l'exportation et des organismes de développement national".

96. Les organismes de crédit à l'exportation, a-t-on indiqué, garantissaient en général le paiement lorsque l'acheteur, pour quelque raison que ce soit, ne pouvait l'effectuer. Dans ce sens, ces organismes fournissaient une forme d'assurance. Afin de préciser la portée des garanties offertes par l'assurance sur le crédit à l'exportation, il a été convenu d'ajouter au début du paragraphe 69 *a* les mots "Dans le contexte du financement des projets d'infrastructure à financement privé".

Chapitre III. Sélection du concessionnaire (A/CN.9/458/Add.4)

Considérations générales (recommandation 1 et par. 1 à 30)

97. Il a été convenu que les recommandations exprimées au chapitre III devraient être réexaminées et ajustées si nécessaire, afin qu'il soit bien certain que tous les conseils donnés dans les notes qui justifiaient une disposition législative étaient reflétés comme il convient dans les recommandations, sans toutefois que soient ajoutées des références superflues, dans lesdites recommandations, à l'administration de la procédure de sélection du concessionnaire.

98. Différents avis ont été exprimés en faveur des méthodes de sélection du concessionnaire faisant appel à la concurrence, sous réserve d'ajustements appropriés pour tenir compte des exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé. Selon certains avis, il fallait s'en tenir aux méthodes faisant appel à la concurrence, afin d'éviter des pratiques abusives ainsi que la corruption et d'obtenir la meilleure valeur, tant pour le pays hôte que pour les utilisateurs des infrastructures à financement privé. Il a été noté que la Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services, qui se fondait sur la notion de marché public ouvert à la concurrence, constituait une base appropriée pour la conception de procédures de sélection dans le cadre des projets d'infrastructure à financement privé. Vu la relation entre les méthodes de passation des marchés prévues dans la Loi type et les méthodes de sélection pour les projets d'infrastructure à financement privé, il était possible de faire référence à la Loi type dans le guide législatif, chaque fois que cela était approprié, et de limiter de ce fait le chapitre III aux dispositions qui différaient de celles qui étaient énoncées dans la Loi type.

99. Il a toutefois été répondu que, dans certains pays, conformément à une tradition ancienne, les projets d'infrastructure à financement privé (faisant intervenir une concession de service public de la part d'une entité publique) étaient soumis à un régime juridique spécial, différent à de nombreux égards du régime applicable en général à la passation de marchés de biens, de travaux et de services. Ce régime spécial mettait l'accent sur la liberté de l'organe délégant de choisir l'opérateur le mieux adapté à ses besoins, du point de vue de ses qualifications professionnelles, de sa surface financière, de son aptitude à assurer la continuité du service et l'égalité de traitement des usagers et de la qualité de sa proposition. Toutefois, cette liberté de négociation ne signifiait pas que l'on pouvait procéder à un choix arbitraire et les lois de ces pays énonçaient des procédures permettant d'assurer la transparence et l'équité du processus de sélection.

100. La Commission, rappelant son examen de la question à sa session précédente[12] (A/53/17, par. 123 à 130), et considérant que le guide législatif devrait être utilisable dans le monde entier, a approuvé la recommandation 1 quant au fond, étant entendu qu'il serait précisé que cette recommandation devrait être mise en œuvre conformément à la tradition juridique de l'État intéressé.

Présélection des soumissionnaires (recommandation 2 et par. 39 à 56)

101. Il a été rappelé que, si la procédure de présélection décrite dans la recommandation ressemblait à certains égards aux procédures traditionnelles de présélection ("*pre-qualification*") pour la passation de marchés de biens et de services, il importait de distinguer ces deux procédures [afin d'éviter la connotation d'une qualification (ou disqualification) automatique, inhérente aux procédures traditionnelles de présélection]. Il a donc été confirmé qu'il était approprié d'utiliser, dans la version anglaise du projet de chapitre, l'expression "*pre-selection proceedings*", plutôt que l'expression "*pre-qualification proceedings*[13]".

102. Il a été proposé que la recommandation 2 mentionne les critères de présélection des soumissionnaires, de même que la recommandation 6 *d* énonçait des critères pour l'évaluation des propositions des soumissionnaires. En outre, il a été déclaré que la recommandation était incomplète, en ce sens qu'elle n'énonçait pas toutes les conditions mentionnées au paragraphe 43 et qu'il faudrait la modifier afin de tenir compte de la teneur de ce paragraphe.

103. Il a été convenu de souligner, dans la dernière phrase du paragraphe 50, qu'il était nécessaire d'annoncer à l'avance son intention d'appliquer des préférences nationales dans le cadre de la procédure de présélection.

104. Si le maintien de la recommandation 2 *d* (envisageant de donner à l'autorité contractante la possibilité d'annoncer dans l'invitation à participer à la procédure de présélection que les soumissionnaires seraient indemnisés des dépenses engagées par eux pour préparer les documents de présélection en cas d'impossibilité d'exécuter le projet) a reçu un certain appui, l'avis qui a prévalu a été que cette recommandation devrait être supprimée car, dans de nombreux pays, une telle indemnisation n'était pas envisagée. Il a toutefois été convenu de conserver les paragraphes 51 et 52 des notes, qui donnaient des informations utiles sur cette possibilité. Il a été proposé de souligner, dans la dernière phrase du paragraphe 52, que l'autorité contractante devait annoncer sans tarder son intention d'indemniser les soumissionnaires dans certaines circonstances, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes (recommandations 3 à 5 et par. 58 à 64)

105. Le secrétariat a été prié de préciser (dans les recommandations et dans les notes y relatives) les différences entre: *a)* les discussions entre l'autorité contractante et les soumissionnaires concernant la teneur des propositions; *b)* les demandes d'éclaircissements que les soumissionnaires pouvaient adresser à l'autorité contractante; et *c)* les négociations finales telles que décrites dans la recommandation 12 et aux paragraphes 92 et 93. Il a été noté que de telles précisions exigeraient peut-être une certaine restructuration du texte.

[12] Ibid., par. 123 à 130.

[13] Ibid., par. 146.

Teneur de la sollicitation définitive de propositions (recommandation 6 et par. 65 à 74)

106. Il a été noté que l'un des problèmes qui se posaient fréquemment dans la pratique tenait au délai excessivement long qui était requis pour attribuer le projet et négocier l'accord de projet; à ce propos, il a été suggéré de souligner l'importance de la recommandation 6 *c* relative à l'inclusion, dans la sollicitation définitive de propositions, des clauses contractuelles de l'accord de projet. Si ces clauses étaient présentes, sous une forme détaillée, dans la sollicitation définitive, le délai requis pour la conclusion de l'accord de projet s'en trouverait réduit et la transparence du processus améliorée.

107. Il a été proposé de reprendre dans la recommandation 6, avec les ajustements nécessaires, la teneur des recommandations 11 *b* (relative au seuil concernant la qualité et les aspects techniques des propositions) et 12 *c* (relative aux clauses contractuelles désignées comme non négociables). Il a également été proposé d'aligner le paragraphe 71 *e*, dans les versions linguistiques où cela était nécessaire, avec le paragraphe 84 *c*. En outre, il a été proposé de faire référence, dans le paragraphe 73, au chapitre IV, "L'accord de projet", qui donnait davantage d'indications au lecteur sur les questions traitées dans ce paragraphe.

Éclaircissements et modifications (recommandation 7 et par. 75 et 76)

108. Il a été proposé d'établir une distinction plus claire, aux paragraphes 75 et 76, entre les éclaircissements et les modifications et de faire référence, dans la recommandation 7, à la possibilité de prolonger le délai de soumission de propositions, en cas de modifications importantes apportées aux sollicitations de propositions. Pour ce qui est de la recommandation 7 *b*, il a été jugé dans l'ensemble qu'il importait d'énoncer l'obligation de dresser un procès-verbal des réunions de soumissionnaires convoquées par l'autorité contractante. Néanmoins, il a été indiqué que les conséquences juridiques d'un défaut d'établissement de procès-verbaux n'avaient pas à être traitées dans le guide juridique et que ces conséquences pourraient être régies par d'autres règles juridiques applicables à la conduite de l'autorité contractante. Il a été avancé qu'un défaut d'établissement de procès-verbaux appropriés ne devrait pas nécessairement conduire à conclure que la sélection était viciée.

Teneur des propositions définitives (recommandation 8 et par. 77 à 82)

109. Il a été convenu que les mots "peut souhaiter", dans la recommandation 8, devraient être remplacés par des mots plus fermes; en outre, il faudrait préciser dans cette recommandation que les propositions définitives devraient donner des renseignements sur tous les facteurs pertinents afin de permettre à l'autorité contractante d'établir la conformité de la proposition (notamment les informations requises pour évaluer le niveau d'appui des pouvoirs publics escompté par le soumissionnaire; la garantie de soumission, comme il est expliqué aux paragraphes 81 et 82; des informations sur la qualité des services; et tous les aspects de l'impact du projet sur l'environnement). Pour ce qui est du paragraphe 79 *d*, il a été proposé que les soumissionnaires soient priés d'indiquer dans quelle mesure ils étaient prêts à assumer des risques de type "force majeure", c'est-à-dire les risques liés aux conséquences financières d'événements imprévus.

Critères d'évaluation (recommandations 9 et 10 et par. 83 à 86)

110. Il a été convenu que le respect des normes d'environnement (recommandation 9 *d*) était une exigence et ne devrait pas être inclus dans les critères d'évaluation; en effet, on laissait entendre, ce faisant, qu'il était possible de s'écarter de ces normes. Il a été décidé d'incorporer la recommandation 9 *d* dans la recommandation 8.

111. Il a été proposé que, puisque l'on ne pouvait supposer qu'il serait procédé dans tous les cas à une présélection des soumissionnaires, les recommandations comportent une disposition relative à l'évaluation des qualifications des soumissionnaires.

112. Il a été noté que, dans la pratique de certains pays, un nouveau critère d'évaluation était apparu, sur la base duquel le pays hôte était à même d'évaluer l'impact social ou la valeur sociale du projet (par exemple, ses avantages pour des groupes de personnes ou des entreprises défavorisés), et il a été proposé que le guide législatif mentionne ce critère "social".

113. Il a été noté que la déclaration figurant au paragraphe 84 *b*, selon laquelle il fallait prévoir, lorsque cela était possible, le transfert de la technologie utilisée à chaque phase du projet, exprimait un avis qui ne serait peut-être pas toujours acceptable en raison des droits exclusifs qui se rattachaient en général aux informations protégées. Il a été proposé de remplacer au paragraphe 84 *c* les mots "peuvent comprendre" par les mots "devraient comprendre" et de déplacer la teneur de cet alinéa dans les recommandations.

114. Il a été proposé d'inclure au paragraphe 10 *b* une expression telle que "les arrangements financiers proposés". Il a également été proposé d'ajouter au paragraphe 10 *c* (parmi les coûts à examiner dans les propositions financières) la valeur actuelle des dépenses de maintenance. Étant donné qu'il avait été admis précédemment que l'appui des pouvoirs publics ne se limitait pas à un appui financier, il a été convenu de modifier en conséquence le paragraphe 10 *d*. Il a en outre été convenu d'ajouter à la recommandation 10 un autre critère concernant l'importance du risque pris en charge par le soumissionnaire.

Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions (recommandation 11 et par. 87 à 91)

115. Concernant les paragraphes 89 à 91, on a estimé qu'il importait de maintenir une procédure d'évaluation en

deux étapes dans laquelle les critères non financiers seraient pris en considération séparément des critères financiers, et peut-être avant eux, de façon à éviter de donner un poids excessif au critère de prix au détriment des autres critères non financiers. Cet avis a été accueilli favorablement sans toutefois qu'ait été approuvé le système "à deux enveloppes", selon lequel l'autorité contractante devait évaluer les éléments techniques de la proposition sans être influencée par le volet financier de celle-ci.

116. En réponse à une question, il a été précisé que les alinéas *a*, *b* et *c* de la recommandation 11 ne devaient pas être lus comme des variantes. Une fois que la non-conformité d'une proposition avait été établie, il n'était pas prévu que la procédure d'évaluation se poursuive.

117. Un éventuel chevauchement ayant été mentionné, il a été expliqué que la recommandation 8 décrivait les éléments que l'autorité contractante pouvait exiger de voir figurer dans la proposition, alors que la recommandation 11 prévoyait le rejet des propositions incomplètes qui n'avaient pas satisfait à ces exigences.

118. Il a été estimé que les dispositions du paragraphe 87, selon lesquelles les propositions reçues par l'autorité contractante après la date limite de soumission ne devaient pas être ouvertes, étaient trop sévères et qu'une telle situation appelait des dispositions plus détaillées. Il a également été proposé qu'afin de promouvoir la transparence on insère dans le paragraphe 88 une disposition selon laquelle les propositions devraient être ouvertes lors d'une séance publique. En réponse à ces observations, on a considéré qu'il serait peut-être préférable que ces questions soient laissées aux lois régissant la passation des marchés dans le pays concerné.

119. En réponse à une question sur le lien entre le projet de guide législatif et les règles internationales relatives à la passation des marchés, telles que celles figurant dans les accords sur les marchés publics conclus sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce, il a été expliqué que la question était traitée au chapitre VII intitulé "Droit applicable". Il a été suggéré que le secrétariat demande à l'Organisation mondiale du commerce de faire des commentaires sur le projet de chapitre III du guide législatif.

Négociations finales
(recommandation 12 et par. 92 et 93)

120. On a fait observer que, si la recommandation 12 présentait des dispositions concernant les négociations finales entre l'autorité contractante et le soumissionnaire ayant présenté la proposition la plus avantageuse, l'autorité contractante pouvait être amenée à négocier avec un autre soumissionnaire, si le premier soumissionnaire décidait de ne pas accepter le contrat. Il a été suggéré de modifier la recommandation afin qu'il soit tenu compte de cette possibilité. On a également suggéré de remplacer le mot "jugées" à l'alinéa *c* par les mots "désignées comme".

Avis d'attribution du projet
(recommandation 13 et par. 94)

121. Aucun commentaire n'a été formulé sur la recommandation 13 et le paragraphe 94 des notes.

Négociations directes
(recommandations 14 et 15 et par. 95 à 100)

122. Il a été largement admis que les principes de concurrence et de transparence étaient essentiels à la réalisation des objectifs fixés dans le projet de guide législatif et que, dans le cadre des projets d'infrastructure à financement privé, les négociations directes devaient être utilisées dans des circonstances exceptionnelles. Il a toutefois été noté que, dans certains pays, les négociations directes étaient utilisées et qu'assorties de mesures visant à accroître la transparence elles donnaient des résultats satisfaisants. Il a donc été convenu que le paragraphe 98 devrait être remanié afin de rendre plus fidèlement compte de la pratique et des incidences des négociations directes dans la sélection du concessionnaire.

123. Selon un avis, comme la liste des circonstances exceptionnelles autorisant des négociations directes n'était pas exhaustive et posait des problèmes sur lesquels les politiques nationales pouvaient différer, il conviendrait d'inclure cette liste dans les notes, plutôt que dans la recommandation 14. S'agissant des éclaircissements demandés sur les situations d'urgence qui justifieraient des négociations directes (al. *a* de la recommandation 14), il a été expliqué que l'interruption de la fourniture des services au public pouvait constituer un exemple. Les raisons de défense nationale, les cas où une seule source était en mesure de fournir le service requis et les raisons impérieuses d'intérêt général ont également été considérés comme des circonstances dans lesquelles des négociations directes se justifiaient. En ce qui concerne l'alinéa e de la recommandation 14 (qui autorisait des négociations directes en cas de manque de personnel expérimenté ou d'absence d'une structure administrative adéquate), il a été dit que cette circonstance ne devrait pas justifier le recours à des négociations directes car la procédure de sélection risquerait d'être sujette à des abus. Le recrutement de consultants et de conseillers qui aideraient à sélectionner le concessionnaire a été considéré comme la solution pratique appropriée en l'espèce. Selon un avis contraire toutefois, le manque de personnel expérimenté était pour certains États un problème réel dont on devait tenir compte au moment d'élaborer des dispositions législatives sur la sélection du concessionnaire. L'avis selon lequel le manque de personnel expérimenté ne devrait pas constituer une exception pouvant être invoquée au cas par cas a été favorablement accueilli.

124. La prudence a été recommandée concernant la recommandation 15, ainsi que les notes figurant au paragraphe 100, selon lesquelles il était permis de changer de méthode de sélection et d'opter pour des négociations directes après qu'une procédure de sélection avec appel à la concurrence avait été engagée. Étant donné qu'un tel changement était sujet à des abus, il a été indiqué que les

conditions de ce changement devraient être exprimées de manière plus restrictive et être soumises à certaines exigences de transparence, telles que la publication d'un avis dans la sollicitation initiale de propositions.

Mesures visant à améliorer la transparence dans les négociations directes
(recommandation 16 et par. 101 à 107)

125. Il a été suggéré d'inclure dans cette recommandation une disposition selon laquelle une justification écrite serait exigée chaque fois qu'il serait dérogé aux principes de concurrence. Il a également été suggéré d'insérer une disposition selon laquelle l'accord de projet devrait être ouvert à l'inspection du public et d'exiger la publication d'un avis d'attribution du projet. On a fait observer que l'obligation d'établir un procès-verbal de la procédure de sélection, décrite au paragraphe 107, ne figurait pas dans la recommandation. Il a été estimé que l'alinéa *g* de la recommandation allait de soi et qu'il pouvait être supprimé.

126. Il a été suggéré d'insister, dans les notes, sur le fait qu'il importait de préserver la confidentialité. Il a également été précisé qu'une fois la procédure d'appel à la concurrence ou les négociations directes terminées et l'information tombée dans le domaine public l'obligation de confidentialité concernant cette information prendrait fin.

127. Il a été signalé que l'expression "négociations directes" et non "négociations" devait être utilisée invariablement dans cette recommandation et dans les notes correspondantes.

128. On a fait observer qu'il y avait une incohérence entre le titre de la recommandation 16 et son contenu, qui englobait des questions autres que les mesures visant à accroître la transparence, notamment les mesures visant à assurer la confidentialité. Il a par ailleurs été suggéré de modifier la recommandation 16 de la même manière que la recommandation 14, en incluant la liste d'exemples dans les notes. Il a été décidé de supprimer le titre de la recommandation 16 et de laisser cette dernière sous le titre général de "Négociations directes".

129. Selon un avis, il était déconseillé d'inclure au paragraphe 101 une mention selon laquelle, dans certains pays, les lois sur la passation des marchés donnaient pratiquement toute latitude aux autorités contractantes pour conduire les négociations comme elles l'entendaient, car cette mention pouvait être interprétée à tort comme une approbation. Selon un avis contraire, cette mention était une simple description de la pratique et, partant, était acceptable.

Propositions spontanées
(recommandations 17 à 20 et par. 108 à 128)

130. On a fait observer qu'un certain nombre de pays n'avaient pas de procédures spéciales pour les propositions spontanées et qu'en conséquence celles-ci y étaient traitées dans le cadre des procédures généralement applicables à l'attribution des projets d'infrastructure publique. Du point de vue de ces pays, la procédure complexe proposée dans la version actuelle du projet de chapitre n'était donc peut-être pas nécessaire. La Commission, toutefois, rappelant les débats de sa trente et unième session[14] a estimé que les propositions spontanées étaient dans l'intérêt des États et qu'il était donc utile de suggérer des procédures pour les traiter afin, d'une part, de les encourager et, d'autre part, de veiller à ce que les projets soient attribués dans les conditions optimales.

131. On a estimé que l'indication, dans la recommandation 17, du fait que les propositions spontanées devaient être traitées conformément aux procédures établies dans la loi (ces procédures étaient proposées et commentées dans les recommandations 18 à 20), renforcerait l'utilité de cette recommandation et la rendrait plus claire.

132. Il a été proposé d'inclure, à un endroit approprié, une recommandation supplémentaire selon laquelle l'autorité contractante serait tenue, après avoir attribué un projet résultant d'une proposition spontanée, de publier un avis d'attribution.

133. S'agissant de l'alinéa *b* de la recommandation 20, il a été proposé de préciser que "le résumé des éléments essentiels de la proposition" devant être communiqué à d'autres parties intéressées devrait être limité, dans la mesure du possible, aux éléments de la proposition concernant le "produit" (par exemple, la capacité de l'infrastructure, la qualité du produit ou du service, le prix unitaire) et qu'il ne devrait pas inclure, en particulier, d'éléments des "intrants" (par exemple, la conception de l'ouvrage, la technologie et le matériel devant être utilisés). La raison de ces restrictions était qu'il fallait éviter de dévoiler aux concurrents potentiels des informations exclusives détenues par la personne qui avait soumis la proposition.

134. On a noté que l'alinéa *b* du paragraphe 125 mentionnait comme incitation possible pour encourager les propositions spontanées une "marge de préférence". Cette méthode qui, a-t-on fait observer, avait son origine dans la passation des marchés de biens, de travaux et de services fonctionnait bien lorsqu'elle était appliquée aux éléments de la proposition concernant le prix, mais était difficile à appliquer aux critères d'évaluation ne portant pas sur le prix. Il a donc été proposé d'envisager de remanier quelque peu le libellé du paragraphe afin de donner des orientations un peu plus précises quant à l'application de cette marge pour les propositions spontanées.

Procédures de recours
(recommandation 21 et par. 129 à 133)

135. Il a été proposé d'insister dans les notes, ainsi peut-être que dans la recommandation, sur l'utilité d'un système de recours "avant contrat", c'est-à-dire d'une procédure de recours contre des actes de l'autorité contractante dès la procédure de sélection. Un tel système aurait pour avantage de rendre l'autorité contractante mieux à même de prendre des mesures correctives avant qu'il y ait préjudice et de réduire le nombre de cas où une indemnisation monétaire restait la seule option possible pour réparer un préjudice dû à un acte irrégulier de l'autorité contractante.

[14]Ibid., par. 171.

Procès-verbal de la procédure de sélection (recommandation 22 et par. 134 à 141)

136. On a estimé que la Commission devrait envisager de remplacer le titre de la recommandation par "Procès-verbal de la procédure de sélection et d'attribution". Il a été suggéré d'aligner la recommandation 22 sur les notes, en particulier pour lui donner la même force que ces dernières.

Chapitre IV. L'accord de projet (A/CN.9/458/Add.5)

Remarques générales

137. Il a été déclaré, à titre d'observation générale, qu'il serait peut-être nécessaire de revoir la relation entre ce projet de chapitre et d'autres parties du guide. On a fait remarquer qu'un certain nombre de questions examinées au chapitre V, "Construction et exploitation de l'infrastructure" (A/CN.9/458/Add.6), et au chapitre VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation" (A/CN.9/458/Add.7), portaient sur des points qui étaient généralement traités dans les accords de projet.

138. Il serait possible, a-t-on déclaré, d'améliorer la structure du projet de chapitre en faisant suivre la sous-section B.1, intitulée "Arrangements financiers", des sous-sections B.8, "Durée de l'accord du projet", et B.5, "Statut juridique du concessionnaire", dans cet ordre.

139. Cette proposition n'a suscité aucune objection, mais on a fait observer que la Commission devait, pour élaborer le guide législatif, se pencher sur diverses questions qui étaient traitées différemment, au niveau législatif et contractuel, selon les systèmes juridiques. La Commission a donc été instamment priée d'adopter une approche pragmatique pour la structure générale du guide et de poursuivre l'examen de la teneur des projets de chapitre avant de prendre une décision finale sur leur organisation.

140. Il a été proposé que certaines des recommandations préconisent expressément l'adoption d'une législation permettant d'atteindre les objectifs énoncés dans le chapitre.

141. Selon une opinion, les notes reflétaient certes dûment, et de façon équilibrée, les solutions adoptées dans différents systèmes juridiques, mais le projet de chapitre semblait mettre davantage l'accent sur la nécessité d'attirer des capitaux pour les projets d'infrastructure à financement privé que sur le caractère de service public de la plupart de ces projets.

Conclusion de l'accord de projet (recommandation 1 et par. 5 à 8)

142. La Commission est convenue de remplacer le mot "simplifier" dans la recommandation 1 par le mot "faciliter" ou par un autre mot ayant un sens équivalent.

143. S'agissant de la référence, dans la recommandation 1, à la nécessité d'indiquer à l'avance les bureaux ou organismes compétents pour approuver et signer l'accord de projet, il a été déclaré qu'une telle indication était un élément essentiel du cadre institutionnel pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé dans le pays hôte. Une telle mention dans le projet de chapitre pourrait créer l'impression, non souhaitable, que lesdits bureaux ou organismes pourraient être indiqués uniquement après l'achèvement de la procédure de sélection du concessionnaire. Il a donc été convenu de transférer la deuxième phrase de la recommandation 1 à un endroit approprié du projet de chapitre premier, "Considérations générales sur la législation" (A/CN.9/458/Add.1).

144. Selon une opinion, il était nécessaire de remanier la deuxième phrase du paragraphe 4, afin qu'il soit clair qu'elle avait trait à la législation générale plutôt qu'à une législation spécifique que certains pays devaient peut-être adopter pour certains projets.

145. Il a été déclaré que la dernière phrase du paragraphe 8 devrait être revue afin de préciser de quelle manière l'autorité contractante pouvait indemniser le candidat sélectionné lorsque l'approbation finale de l'accord de projet, si elle était nécessaire, n'était pas donnée.

Arrangements financiers (recommandations 2 et 3 et par. 10 à 21)

146. Il a été admis que l'alinéa *a* de la recommandation 2 recoupait, quant au fond, la recommandation 6 et que les deux recommandations devraient être combinées. Il a aussi été proposé de regrouper dans un seul alinéa les alinéas *b* et *c* de la recommandation 2.

147. Selon un avis, la dernière phrase du paragraphe 12, qui mentionnait l'importance de veiller à ce que la législation du pays hôte ne limite pas à l'excès la capacité du concessionnaire d'offrir une sûreté adéquate à ses bailleurs de fonds, n'était pas tout à fait compatible, quant au fond, avec les paragraphes 32 à 40, qui évoquaient les obstacles juridiques possibles à la constitution de certains types de sûretés et d'autres dispositions de protection de l'intérêt général. Il a été convenu de supprimer la phrase en question.

148. On a fait observer que le paragraphe 13 mentionnait le rôle joué par les entités à but spécifique ("*special purpose vehicles*") dans les opérations de titrisation. Selon une opinion, le projet de chapitre devrait également comporter une recommandation portant spécifiquement sur cette question. On a fait observer, en réponse à cette suggestion, que la notion de "*special purpose vehicles*" était inconnue dans de nombreux systèmes juridiques et que leur utilisation pour les opérations de titrisation exigeait un cadre juridique approprié dans d'autres domaines du droit. Puisque le projet de chapitre ne pouvait pas traiter cette question de manière exhaustive, il a été proposé de mentionner l'utilité de l'adoption de dispositions facilitant la création de telles entités dans la partie appropriée du chapitre VII, "Droit applicable" (A/CN.9/458/Add.8), plutôt que dans le projet de chapitre IV. Selon une autre opinion, la question des opérations de titrisation était traitée trop en détail au paragraphe 13, qui gagnerait à être raccourci.

149. Il a été noté que le paragraphe 17 décrivait des arrangements selon lesquels l'autorité contractante ou un

autre organisme public effectuait directement des paiements au concessionnaire en remplacement ou en sus des droits perçus des usagers. On a fait observer que certains de ces arrangements pourraient comporter une forme de subvention à la société de projet et pourraient donc être incompatibles avec les obligations contractées par le pays hôte en vertu d'accords internationaux sur l'intégration économique régionale ou la libéralisation du commerce.

150. Selon un avis, la description des différentes modalités des accords d'enlèvement figurant aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 20 n'était peut-être pas nécessaire dans le guide, puisque ces modalités étaient de nature essentiellement contractuelle.

151. Il a été convenu de supprimer la troisième phrase du paragraphe 21 qui, a-t-on jugé, n'était pas nécessaire.

Site du projet
(recommandation 4 et par. 22 à 27)

152. Aucun commentaire n'a été fait sur la recommandation 4 et les paragraphes 22 à 27 des notes.

Servitudes
(recommandation 5 et par. 28 à 31)

153. Il a été convenu que la recommandation 5 devrait être reformulée de manière à y énoncer que le pays hôte voudra peut-être adopter des dispositions législatives facilitant l'acquisition par le concessionnaire des servitudes qui peuvent être nécessaires pour la construction, l'exploitation et la maintenance de l'infrastructure.

154. On a fait observer que le terme "servitudes" avait un sens étroit dans certains systèmes juridiques et que le pouvoir que la loi conférait au concessionnaire, par exemple, de placer des tuyaux ou des câbles électriques sur un terrain appartenant à des tiers, pouvait ne pas être nécessairement considéré comme une servitude. Il a donc été convenu de tenir compte de ce fait dans le paragraphe 29.

Sûretés
(recommandation 6 et par. 32 à 40)

155. Il a été proposé de faire référence, dans la recommandation 6, à la constitution de sûretés sur les actions de la société de projet, de manière à tenir compte de ce qui figurait au paragraphe 40.

156. Il a été proposé par ailleurs de reformuler la recommandation 6 de façon à y indiquer les obstacles et limites possibles à la constitution de sûretés, en fonction de la tradition juridique du pays hôte, question examinée aux paragraphes 32 à 40.

157. On a fait observer que les sûretés prises par les prêteurs qui accordaient des crédits pour des projets d'infrastructure à financement privé avaient un rôle essentiellement défensif, ce sur quoi il faudrait insister au paragraphe 32. On a aussi déclaré que les paragraphes 32 à 40 devraient mentionner le fait que les accords de prêt prévoyaient souvent que les revenus des projets d'infrastructure devaient être déposés sur un compte séquestre géré par un administrateur fiduciaire nommé par les prêteurs.

158. On a fait observer que, dans certains systèmes juridiques, les concessions de service public étaient attribuées au vu des qualifications particulières et de la fiabilité du concessionnaire et n'étaient pas librement transférables. Du fait de ce principe général, toute sûreté donnée aux prêteurs leur permettant de reprendre le projet ne pouvait être permise que dans des circonstances exceptionnelles et à certaines conditions particulières, à savoir les suivantes: l'autorité contractante devait donner son accord; la sûreté devait être accordée uniquement pour faciliter le financement et l'exploitation du projet; et elle ne devait pas avoir d'effets sur les obligations contractées par le concessionnaire. Ces conditions, qui devraient être mentionnées aux paragraphes 32 à 40, découlaient de principes de droit généraux ou de dispositions légales et ne pouvaient être levées par l'autorité contractante par le biais d'arrangements contractuels.

159. Il a été déclaré que la dernière phrase du paragraphe 36, qui évoquait la possibilité de ne pas exiger des approbations spécifiques pour chacun des avoirs pour lesquels une sûreté était constituée, était inappropriée dans le contexte des paragraphes 34 à 36 et devrait être supprimée.

160. Selon un avis, les sûretés sous forme de cessions de créances jouaient un rôle fondamental dans les arrangements financiers relatifs aux projets d'infrastructure, et cette question devrait être développée dans les paragraphes 37 à 39, où il faudrait aussi insister sur l'importance d'un cadre juridique approprié pour la cession des créances commerciales. Il a été convenu d'insérer, à un endroit approprié, la teneur du paragraphe 24 du projet de chapitre VII, "Droit applicable" (A/CN.9/458/Add.8).

161. Il a été convenu de supprimer le mot "inutilement" dans la troisième phrase du paragraphe 40.

Statut juridique du concessionnaire
(recommandations 7 et 8 et par. 41 à 51)

162. On a fait observer que, lorsque le concessionnaire était tenu en vertu de la législation du pays hôte de se constituer en société, l'autorité contractante pouvait ne pas être habilitée à lever cette exigence sans autorisation législative. Pour des raisons de clarté, il a été convenu que la recommandation 7 devrait être remaniée de façon à bien préciser que la loi donnait à l'autorité contractante la possibilité, mais non le pouvoir, de lever des obligations légales.

163. Il a été convenu, à des fins de clarté, d'inverser l'ordre des deux premières phrases du paragraphe 46.

164. S'agissant du paragraphe 48, on a fait valoir que l'obligation faite aux entreprises exécutant des projets d'infrastructure d'apporter un montant minimal de fonds propres pourrait être incompatible avec les obligations contractées par le pays hôte en vertu des accords internationaux sur la libéralisation du commerce des services.

Cession de la concession
(recommandation 9 et par. 52 à 55)

165. Selon une opinion, la question des sous-concessions, brièvement examinée au paragraphe 55, avait dans certains systèmes juridiques de grandes incidences qui méritaient d'être mentionnées dans le guide. Toutefois, ce sujet était plus étroitement lié à la question des contrats conclus par le cocontractant et devrait, par conséquent, être traité à un endroit approprié du projet de chapitre V, "Construction et exploitation de l'infrastructure" (A/CN.9/458/Add.6).

Cessibilité des actions de la société de projet
(recommandation 10 et par. 56 à 63)

166. En dehors de suggestions concernant la forme et la terminologie, et le rappel de certaines remarques générales formulées antérieurement, les recommandations et les paragraphes des notes s'y rapportant n'ont pas suscité de commentaires.

Durée de l'accord de projet
(recommandation 11 et par. 64 à 67)

167. En réponse à une question relative à l'utilité de la recommandation 11, on a fait observer que l'expérience en matière de concessions d'infrastructures avait montré qu'il était souhaitable d'exiger que de telles concessions aient une durée limitée. Toutefois, la durée maximale n'avait pas nécessairement à être prévue dans la législation.

168. Selon une opinion, la durée des concessions pour les infrastructures soulevait diverses questions de politique générale qu'il faudrait développer dans ce projet de chapitre. Il faudrait par ailleurs ajouter des renvois à des parties subséquentes du guide, telles que le projet de chapitre VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation" (A/CN.9/458/Add.7), qui traitaient d'autres questions liées à ce sujet.

Chapitre V. Construction et exploitation de l'infrastructure (A/CN.9/458/Add.6)

Remarques générales

169. À titre d'observation générale, on a proposé de déplacer les sections D à H du projet de chapitre V au chapitre IV intitulé "L'accord de projet" (A/CN.9/458/Add.5).

Sous-traitance
(recommandation 1 et par. 2 à 4)

170. S'agissant de l'alinéa *a* de la recommandation 1, on a estimé qu'il ne suffisait pas d'indiquer à l'autorité contractante les noms et qualifications des sous-contractants engagés par le concessionnaire. On a fait observer que l'autorité contractante pouvait avoir un intérêt légitime à examiner tous les principaux contrats négociés par le concessionnaire, et pas seulement ceux qu'il avait conclus avec ses propres actionnaires ou associés. La Commission est convenue de supprimer l'alinéa *a* de la recommandation 1 et d'étoffer l'alinéa *b* de sorte qu'il couvre tous les principaux contrats conclus par le concessionnaire.

171. On a fait remarquer que, dans certains systèmes juridiques, les entrepreneurs publics n'étaient pas libres de faire appel à des sous-contractants sans l'accord préalable de l'autorité contractante et qu'il existait, dans le cadre de certains accords d'intégration régionale, des règles prescrivant le recours à des procédures spécifiques pour l'attribution de contrats par des concessionnaires de services publics. On s'est inquiété de ce que la recommandation 1 et les notes correspondantes semblaient pencher en faveur d'une liberté totale pour le concessionnaire d'engager des sous-contractants. Il a été suggéré de revoir les notes en conséquence. Il fallait par ailleurs supprimer la quatrième phrase du paragraphe 3 selon laquelle, dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé, il n'existe probablement plus aucun motif impérieux d'intérêt général pour indiquer au concessionnaire la procédure à suivre en vue de l'octroi de contrats.

Projets de construction
(recommandation 2 et par. 5 à 17)

172. À titre d'observation générale, on a jugé que l'alinéa *b* de la recommandation 2 était trop détaillé et qu'il serait peut-être préférable d'indiquer simplement que l'accord de projet devrait donner à l'autorité contractante le droit d'ordonner une modification des modalités de construction et déterminer l'indemnisation à laquelle le concessionnaire devrait pouvoir prétendre.

173. On a fait observer que le droit de l'autorité contractante d'ordonner une modification, mentionné à l'alinéa *b* de la recommandation 2, ne se limitait pas aux modalités de construction et devrait également concerner les conditions de service.

174. On est convenu d'aligner le libellé de l'alinéa *c* de la recommandation 2 sur celui de l'alinéa *b*.

175. On a fait observer que la nécessité de limiter toute suspension du projet à la durée strictement nécessaire ne se rapportait pas uniquement à l'exercice par l'autorité contractante de ses droits de surveillance. On a donc suggéré de faire de la deuxième phrase de l'alinéa *c* de la recommandation 2 une recommandation à part entière.

176. On a fait remarquer que la responsabilité éventuelle de l'autorité contractante pour les défauts découlant de l'inadéquation des plans ou spécifications approuvés pouvait s'étendre au-delà des cas mentionnés dans la deuxième phrase du paragraphe 9, qu'il faudrait étoffer en conséquence.

177. On a estimé que la deuxième phrase du paragraphe 12 devait également indiquer le délai dans lequel le concessionnaire devait effectuer les modifications ordonnées par l'autorité contractante. Il n'était cependant pas souhaitable, selon un avis, de fixer un plafond pour les

modifications ordonnées par l'autorité contractante, et la dernière phrase du paragraphe 12 ainsi que la dernière phrase de l'alinéa *b* de la recommandation 2 devaient par conséquent être supprimées.

178. Selon une opinion, les deux dernières phrases du paragraphe 13 n'étaient pas claires et devraient être reformulées.

179. On a proposé de supprimer l'expression "dépassant cette durée" de la troisième phrase du paragraphe 14.

180. On a suggéré d'exprimer, à l'alinéa *d* de la recommandation 2, l'idée que l'agrément de l'infrastructure ne devrait être refusé que si l'ouvrage se révélait substantiellement incomplet ou défectueux.

181. On est convenu de supprimer la dernière phrase du paragraphe 16, qui risquait de créer une confusion entre les pouvoirs de réglementation et le rôle de l'autorité contractante.

182. Selon une opinion, la signification des termes "approbation finale" et "autorisation finale", concernant l'ouvrage, n'était pas claire et il fallait préciser, dans les paragraphes 5 à 17, qui était responsable de l'agrément des travaux réalisés par le concessionnaire.

Exploitation de l'infrastructure
(recommandations 3 à 6 et par. 18 à 46)

183. À titre d'observation générale, on a déclaré que les recommandations 3 à 6 portaient sur des questions réglementaires qui ne seraient pas habituellement traitées dans l'accord de projet, en réponse à quoi il a été noté que les types d'instruments dans lesquels étaient traitées les questions examinées aux paragraphes 18 à 46 différaient en fonction des traditions du pays concerné en matière législative et administrative. Il faudrait donc préciser dans le guide que, lorsque le système juridique ne prévoit pas de réglementer l'exploitation de l'infrastructure par des moyens législatifs, les questions sur lesquelles portent les recommandations 3 à 6 devraient être traitées dans l'accord de projet. On a en outre fait remarquer que les accords de projet complétaient souvent des dispositions réglementaires, de sorte qu'il existait, en pratique, certains chevauchements dont il devrait être tenu compte dans le guide.

184. Il a été suggéré de reformuler le début de la troisième phrase du paragraphe 18 pour mentionner non seulement les pays disposant d'une législation générale sur les concessions, mais également ceux qui prévoient de se doter d'une telle législation.

185. Il a été proposé de modifier la dernière phrase du paragraphe 22 de façon à préciser qu'il ne serait pas simplement souhaitable, mais essentiel, d'exiger que l'accord de projet détermine les circonstances dans lesquelles le concessionnaire peut être contraint de développer ses installations de service ainsi que les méthodes appropriées permettant de financer les dépenses occasionnées par une telle extension. Il a également été proposé d'ajouter, au début du paragraphe, l'expression "dans certains systèmes juridiques".

186. On a fait remarquer que, dans certains systèmes juridiques, l'obligation qu'a le concessionnaire d'assurer la continuité du service public découlait de principes généraux de droit ou de la législation, et qu'il ne serait donc pas possible de prévoir, dans l'accord de projet, quelles circonstances exceptionnelles justifieraient la suspension du service, voire libéreraient le concessionnaire de ses obligations. On a fait observer que la phrase selon laquelle la résiliation de l'accord exigeait en principe le consentement de l'autorité contractante ou une décision judiciaire risquait d'être perçue comme un conseil et devait donc être supprimée ou reformulée. Une autre solution serait d'ajouter l'expression "dans les systèmes juridiques où cela est possible" à la dernière phrase du paragraphe 24.

187. On a dit craindre que les notes ne fassent pas assez clairement ressortir les principes d'égalité et d'universalité du service. Selon un avis, le principe d'égalité de traitement était analogue à celui d'accès aux services publics; selon un autre, ces deux principes étaient distincts. On a cité à titre d'exemple le fait que l'exploitant d'une infrastructure publique puisse être tenu de couvrir certaines régions du pays qui pouvaient ne pas être rentables. On a estimé que, dans ce cas, le concessionnaire devrait avoir un droit direct à compensation ou le droit de mettre fin à la concession. "Après que l'on eut fait remarquer que le paragraphe 37 du projet de chapitre II intitulé "Risques de projet et appui des pouvoirs publics" (A/CN.9/458/Add.3) traitait ce cas de figure, il a été décidé d'inclure un renvoi à cette partie du texte. On a par ailleurs fait observer que, dans certains systèmes, ces principes s'étendaient à l'adaptabilité, en vertu de quoi l'exploitant était tenu d'effectuer des transformations techniques pendant la concession.

188. S'agissant de la recommandation 4, il a été indiqué que ce ne serait pas toujours l'accord de projet qui énoncerait les mécanismes permettant de modifier périodiquement ou exceptionnellement les formules de révision des prix. Dans les pays où ceux-ci seraient définis dans la législation, il pourrait ne pas être possible d'établir des mécanismes de contrôle des prix par convention. En réponse, il a été expliqué qu'il fallait que les dispositions demeurent souples en raison des différences existant entre les mécanismes de réglementation des pays, mais il a été convenu de revoir la recommandation de manière à tenir compte des préoccupations exprimées.

189. On a fait observer que la première phrase du paragraphe 31 était circulaire et devait être reformulée. Il a été estimé qu'au paragraphe 33 le passage sur la révision des tarifs devrait être davantage précisé. Il a été indiqué que la méthode du taux de rendement était principalement utilisée dans les secteurs comportant un élément monopolistique, tels que les télécommunications et la distribution d'électricité, de gaz et d'eau. Pour les secteurs où la demande était élastique, tels que les transports routiers, il se pourrait qu'une révision périodique des prix ne permette pas toujours de maintenir le rendement du concessionnaire à un taux constant. Aussi, le paragraphe 34 devrait-il être revu. En réponse à ces remarques, il a été noté que la question de la réglementation des tarifs était très complexe et que le projet de chapitre se contentait d'indiquer les principales méthodes de calcul du taux de rendement en fonction du type d'infrastructure. Il a été reconnu toutefois

que les notes étaient succinctes et qu'il faudrait peut-être les développer quelque peu. Il a été estimé que les modifications devraient mettre en évidence la complexité de la question et l'importance que revêtait une demande constante pour assurer la poursuite de l'exploitation de l'ouvrage.

190. On a suggéré d'indiquer, au paragraphe 38, l'impact éventuel des différentes solutions qui y étaient mentionnées sur les décisions d'investissement du secteur privé.

191. Il a été indiqué que le contrôle des résultats du concessionnaire pourrait être effectué par l'organisme de réglementation plutôt que par l'autorité contractante et que l'alinéa *b* de la recommandation 5 devrait être modifié en conséquence.

192. On a estimé que, du fait que dans certains systèmes juridiques seul un organe législatif pouvait édicter des règles, la phrase du paragraphe 45 selon laquelle le concessionnaire pourrait être autorisé à édicter des règles régissant l'utilisation de l'ouvrage par le public devrait être modifiée en conséquence. On a fait observer que l'approbation des règles de fonctionnement proposées par le concessionnaire était souvent une question de réglementation relevant des devoirs de l'État. On a estimé qu'il y avait certains principes auxquels le concessionnaire ne devrait pas pouvoir déroger. En outre, les paragraphes 42 à 46 posaient problème concernant la protection des usagers et des consommateurs car le concessionnaire ne devrait pas être habilité à limiter unilatéralement sa responsabilité ou l'étendue de ses obligations générales au regard du service public.

193. Selon une autre opinion, si l'ouvrage avait été construit et appartenait à une personne privée, le propriétaire ou l'exploitant devrait avoir le droit de fixer les conditions d'utilisation dudit ouvrage par d'autres, le plus approprié étant de le faire par voie contractuelle. Il fallait, a-t-on déclaré, être prudent lorsqu'on affirmait que seul l'organisme de réglementation avait un droit d'approbation dans ce cas. Il a également été estimé que le droit d'approbation évoqué à la recommandation 6 devrait se fonder sur des conditions objectives.

194. Il a été généralement admis que le passage concernant le droit du concessionnaire d'édicter des règles régissant l'utilisation de l'ouvrage par le public ne devait pas s'entendre comme un transfert au concessionnaire de pouvoirs d'édicter des règles de droit ou de fonctions relevant intrinsèquement de l'État, bien qu'il ait été reconnu que cette dernière notion évoluait constamment.

195. Il a été convenu de remplacer le mot "discrétionnaire" au paragraphe 45 par "arbitraire".

Garanties de bonne fin et assurance
(recommandation 7 et par. 47 à 58)

196. En réponse à une suggestion, on est convenu de modifier le paragraphe 49 de manière à y mentionner le règlement des différends en général plutôt que les procédures d'arbitrage en particulier.

197. Il a été estimé que, si le concessionnaire était autorisé à fixer la somme payable en vertu de la garantie ou de la lettre de crédit "stand-by" à un faible pourcentage du coût du projet, comme cela était indiqué à la fin du paragraphe 52, il faudrait le préciser dans la sollicitation de propositions.

Changements de circonstances
(recommandation 8 et par. 59 à 68)

198. On a estimé que le paragraphe 65 devrait indiquer que le soumissionnaire s'efforcera généralement d'inclure dans sa proposition des mécanismes tels qu'un dispositif de protection contre les effets financiers et économiques négatifs d'événements extraordinaires ou imprévus qui n'avaient pas pu être pris en considération lorsque l'accord de projet a été négocié.

199. On a estimé que la dernière phrase du paragraphe 68 devrait être reformulée de manière à faire mieux ressortir les deux points mentionnés. Il serait souhaitable à la fois d'introduire un plafond pour le montant cumulatif des révisions périodiques de l'accord de projet et de fixer le montant de ce plafond.

Clauses exonératoires
(recommandation 9 et par. 69 à 79)

200. On a fait observer qu'au paragraphe 72 du texte anglais les mots "*the concessionnaire*" devraient être ajoutés au début du dernier membre de la troisième phrase.

201. Selon une opinion, le sens du paragraphe 73 n'était pas totalement clair et une distinction devrait être établie entre l'exonération de responsabilité et l'exonération d'exécution. À cette remarque, on a répondu que le paragraphe 73 avait été libellé en termes assez généraux car certains systèmes juridiques limitaient le droit qu'avaient les parties de prévoir des circonstances exonératoires. Dans de tels systèmes, une circonstance exonératoire produisait des effets juridiques dès qu'elle survenait alors que, dans d'autres, les conclusions préalables, par exemple, d'un organe de règlement des différends, étaient nécessaires. Il a été convenu que le paragraphe 73 devait être formulé plus clairement.

Défaillances et recours
(recommandations 10 et 11 et par. 80 à 91)

202. On a estimé qu'il faudrait peut-être préciser davantage l'expression "manque gravement" à l'alinéa *a* de la recommandation 11. En réponse à cette remarque, il a été indiqué que cette expression recouvrait différents termes spécialisés utilisés dans les législations nationales et qu'elle avait été employée dans d'autres textes élaborés par la Commission.

203. Il a été suggéré de modifier la dernière phrase du paragraphe 84 de sorte qu'elle soit libellée comme suit: "il importe de limiter le droit d'intervention de l'autorité

contractante". Il a également été noté que la phrase précédente interrompait le raisonnement exposé dans le paragraphe et devrait être déplacée.

204. Des éclaircissements ont été demandés sur la signification de l'expression "apparemment irrémédiable" au paragraphe 88, ainsi que sur la dernière phrase du paragraphe 89. Il a été expliqué qu'il pouvait arriver que le concessionnaire se trouve dans l'incapacité totale de fournir ses services; une telle situation serait apparemment irrémédiable et autoriserait l'autorité contractante ou les prêteurs à exercer leur droit d'intervention. Il a été noté que le droit d'intervention ne devrait être exercé que dans un cas extrême.

205. Des précisions ont été demandées concernant le sens de la première phrase du paragraphe 90. Il a été expliqué que, dans plusieurs pays, il avait été nécessaire d'adopter des dispositions législatives autorisant le transfert de la concession à une entité désignée par les prêteurs. Toutefois, rien dans les paragraphes 87 à 91 ne visait à porter atteinte à l'interdiction générale de transférer des concessions de service public, qui existait dans certains systèmes juridiques. Le transfert de la concession à un nouveau concessionnaire en application du droit d'intervention des prêteurs était toujours soumis à l'approbation de l'autorité contractante, condition sur laquelle on pourrait insister au paragraphe 91.

Chapitre VI. Achèvement du projet, prorogation et résiliation (A/CN.9/458/Add.7)

Remarques générales

206. À titre d'observation générale, il a été noté que certains aspects des notes relatives aux recommandations devraient être axés plus clairement sur les questions propres aux projets d'infrastructure à financement privé. En outre, l'expiration de la période de concession et une résiliation anticipée pourraient ne pas avoir les mêmes conséquences juridiques sur des questions telles que le paiement d'actifs transférés à l'autorité contractante, et cet aspect devrait être traité dans les notes. Il a été proposé que, lorsque cette question serait examinée, on établisse une distinction, dans le projet de chapitre, entre les cas suivants:

a) Résiliation suivant des faits constituant un empêchement, dans la mesure où le concessionnaire n'a pas accepté d'assumer le risque relatif à ces faits. Dans ce cas, l'indemnisation du concessionnaire devrait comprendre le remboursement de l'investissement effectué, à moins qu'il n'ait déjà été recouvré grâce aux recettes du projet (y compris toute subvention ou toute autre aide reçue de l'autorité contractante ou des pouvoirs publics), et les coûts imputables à la résiliation. Cette indemnisation correspondrait normalement au montant combiné des fonds propres investis et de l'encours de la dette, à l'exclusion du manque à gagner;

b) Résiliation due à des actes de l'autorité contractante ou des pouvoirs publics. L'indemnisation serait dans un tel cas similaire à celle du cas précédent, mais pourrait inclure un certain dédommagement pour le manque à gagner;

c) Résiliation au gré de l'autorité contractante. L'indemnisation dans ce cas serait similaire à celle prévue à l'alinéa *a* ci-dessus, mais comprendrait normalement un dédommagement pour manque à gagner;

d) Résiliation due à une contravention de l'autorité contractante. L'indemnisation du concessionnaire serait alors similaire à celle qui est prévue à l'alinéa *c* ci-dessus;

e) Résiliation due à une contravention du concessionnaire. Dans ce cas, les prêteurs devraient normalement accepter de prendre en charge une partie du risque, et l'indemnisation du concessionnaire comprendrait le paiement de la valeur résiduelle des actifs, compte tenu du montant des investissements non recouvrés effectués par le concessionnaire, à moins que l'autorité contractante ne puisse démontrer que ces actifs avaient une valeur marchande inférieure. L'autorité contractante pourrait également demander des dommages-intérêts au concessionnaire, même si l'on ne pouvait vraiment espérer qu'une société de projet constituée spécialement pour exécuter le projet aurait les moyens financiers d'honorer une telle demande; et

f) Expiration normale de l'accord de projet. Dans ce cas, tous les actifs devraient être retournés gratuitement à l'autorité contractante, à l'exception des actifs qui n'avaient pas été prévus dans les estimations relatives à l'investissement initial du concessionnaire, mais que le concessionnaire avait été tenu de construire ou d'acquérir comme suite à des demandes ultérieures de l'autorité contractante.

207. La Commission a estimé que l'analyse proposée, qui se fondait sur des éléments figurant déjà dans le projet de chapitre, constituait une base utile pour son examen de cette question. Toutefois, plusieurs questions ont été posées concernant la justification des distinctions effectuées entre les différentes catégories de résiliation et les normes d'indemnisation proposées pour chaque catégorie.

208. Pour ce qui est du libellé des recommandations, la Commission est convenue que leur sens serait sans doute plus clair si elles étaient rédigées de manière à énoncer le principe général exprimé dans chacune des recommandations, accompagné, le cas échéant, des exceptions à ce principe.

209. Il a été proposé de transférer au projet de chapitre à l'examen la sous-section B.8 du projet de chapitre IV, "L'accord de projet" (A/CN.9/458/Add.5), qui traitait de la durée de la période de concession.

210. Selon un avis, le mot "amortissement", qui était parfois utilisé dans le projet de chapitre, avait un sens technique dans la pratique comptable, et il serait préférable de faire référence, le cas échéant, au recouvrement de l'investissement (voir aussi par. 246 ci-après).

Prorogation de l'accord de projet (recommandation 1 et par. 2 à 4)

211. Il a été convenu que le libellé de la recommandation 1 et des notes s'y rapportant, en particulier les réfé-

rences aux circonstances exonératoires, devrait être aligné sur les termes utilisés dans les précédents chapitres du guide.

212. Selon un avis, la recommandation 1 semblait par trop restrictive, car elle donnait à entendre que les concessions ne pouvaient être octroyées que pour une période donnée. Il a été répondu que les concessions d'infrastructure comportaient souvent un aspect monopolistique et qu'un régime d'octroi excessivement généreux risquerait de ne pas être conforme aux lois et politiques relatives à la concurrence dans un certain nombre de pays. Des règles claires en la matière étaient également nécessaires pour assurer la transparence et protéger l'intérêt général. Ainsi, il était bon de considérer la possibilité de proroger la période de concession comme une mesure à ne prendre que dans des circonstances clairement définies par la loi. Les mots "circonstances exceptionnelles", à ce propos, ont été considérés comme vagues et susceptibles d'interprétations différentes selon les systèmes juridiques et ils devraient donc être évités.

213. On a noté que la prorogation de la concession pouvait être utile en tant que mécanisme permettant d'offrir au concessionnaire un délai supplémentaire pour recouvrer son investissement, lorsque celui-ci avait subi des pertes dues à des circonstances indépendantes de sa volonté. Toutefois, le fait de n'offrir cette possibilité que dans le cas où le concessionnaire avait droit à un dédommagement de la part de l'autorité contractante risquerait d'être mal interprété. On pouvait rencontrer dans la pratique des cas où, même sans qu'existe un tel droit, il pourrait être bon pour l'intérêt général de proroger la période de concession, afin de permettre l'achèvement du projet. En outre, le libellé actuel des alinéas *a* et *b* de la recommandation 1 semblait donner à entendre qu'il devrait y avoir des normes différentes de dédommagement pour les deux cas envisagés, ce qui n'a pas été jugé entièrement conforme au texte des notes s'y rapportant. Il a été jugé dans l'ensemble que ces alinéas *a* et *b* devraient être modifiés, de manière à faire référence aux circonstances dans lesquelles une prorogation était justifiable, sans que soit mentionnée la notion de dédommagement.

214. En réponse à une suggestion selon laquelle les alinéas *a* et *b* de la recommandation 1 devraient être fusionnés, il a été noté que, dans la révision des recommandations, il serait souhaitable d'éviter toute confusion quant aux différentes situations pouvant entraîner une interruption de l'exécution du projet. Il s'agissait d'actes des parties à l'accord de projet, d'actes de tiers (tels que des organismes publics du pays hôte, autres que l'autorité contractante) et de faits indépendants de la volonté de l'une ou l'autre partie. Il faudrait s'attacher à éviter de donner à entendre qu'une prorogation de la période de concession serait possible, même lorsqu'elle serait la conséquence d'une situation imputable au concessionnaire.

215. Selon un avis, la référence à la suspension du projet semblait donner à entendre qu'une prorogation de la période de concession ne serait possible que lorsqu'une décision de suspension du projet aurait été prise. La recommandation devrait donc aussi mentionner les retards dans l'exécution du projet.

Résiliation par l'autorité contractante (recommandations 2 et 3 et par. 5 à 23)

216. À titre d'observation générale, la Commission a été instamment priée d'aborder avec circonspection la question de l'indemnisation en cas de résiliation par l'autorité contractante, car il s'agissait là d'un sujet prêtant à controverse dans de nombreux pays. Le projet de chapitre pouvait certes indiquer les normes appliquées dans la pratique à cet égard, mais il n'était peut-être pas souhaitable de tenter de formuler des recommandations précises sur ce que devraient être de telles normes dans les divers cas de figure examinés dans le projet de chapitre.

217. Selon une opinion, la Commission devrait examiner avec soin l'opportunité de mentionner la résiliation au gré de l'autorité contractante, comme cela était le cas à l'alinéa *c* de la recommandation 2 et aux paragraphes 22 et 23 des notes correspondantes. Ce type de résiliation accroissait le risque auquel étaient exposés les investisseurs potentiels, ce qui pourrait augmenter le coût du financement d'un projet. On a fait observer, en réponse à cet argument, que dans certains systèmes juridiques la possibilité de résiliation unilatérale de la concession par l'autorité contractante était un principe fondamental du droit régissant les contrats publics. L'autorité contractante pouvait certes résilier l'accord de projet même en l'absence d'une décision définitive d'un organe de règlement des conflits (contrairement à ce qui était indiqué au paragraphe 9 des notes), mais cela ne signifiait pas que le concessionnaire n'était pas à l'abri d'actes arbitraires de l'autorité contractante, puisque ces derniers étaient généralement soumis à un contrôle judiciaire et qu'en cas de résiliation unilatérale le concessionnaire avait droit à une réparation intégrale. La Commission est convenue, cependant, que la troisième phrase du paragraphe 7 pouvait donner à penser que l'on encourageait l'exercice par l'autorité contractante de ses droits de résiliation unilatérale et qu'elle devait donc être supprimée.

218. La Commission a pris note des divers points de vue exprimés concernant l'emploi des mots "dédommagements équitables" à l'alinéa *c* de la recommandation 2 et des termes qui pourraient être employés pour les remplacer. Selon une opinion, cette expression était ambiguë, puisque les diverses parties concernées pouvaient l'interpréter différemment, et il serait peut-être préférable de parler simplement d'"indemnisation". Selon un autre avis, malgré une ambiguïté apparente, l'expression était utile dans la mesure où elle indiquait que l'indemnisation due au concessionnaire devait être équitable et ne pouvait pas être fixée unilatéralement et arbitrairement par l'autorité contractante. Selon un autre avis encore, l'emploi des termes "réparation intégrale" refléterait mieux la pratique de certains systèmes juridiques. On a toutefois fait valoir, à l'encontre de cette proposition, que ces termes, qui impliquaient une indemnisation sur la base de la pleine valeur marchande, ne permettaient pas la souplesse nécessaire pour la question à l'examen.

219. Il a été rappelé à la Commission que la norme pour ce qui est de l'indemnisation en cas de résiliation au gré de l'autorité contractante était une question délicate dans

un certain nombre de pays car s'y attachaient des considérations analogues à celles qui s'appliquaient à la norme pour l'indemnisation en cas d'expropriation ou de nationalisation. Il faudrait tenir compte, dans le libellé employé dans le guide, des divers principes directeurs généraux formulés sur la question, y compris ceux qui figuraient dans les résolutions adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies.

220. S'agissant du paragraphe 13 des notes, il a été proposé d'indiquer dans le texte que l'autorité contractante adresse une notification au concessionnaire lorsqu'il s'était révélé que ce dernier avait gravement manqué à ses obligations. Il a aussi été proposé de pondérer la référence au droit de substitution des prêteurs en ajoutant des termes tels que "lorsqu'il existe".

221. Il a été convenu que le projet de chapitre devrait établir une distinction plus claire entre la substitution au concessionnaire d'une nouvelle entité désignée par les prêteurs et la possibilité donnée à ces derniers d'engager temporairement un tiers pour remédier aux conséquences de la défaillance du concessionnaire, mentionnée à l'alinéa *b* de la recommandation 3. En outre, les recommandations et les notes s'y rapportant devraient mentionner qu'une telle substitution ou un tel engagement, selon le cas, exigent normalement le consentement de l'autorité contractante.

222. Il a été estimé que le paragraphe 14 devrait être revu, car les cas mentionnés aux alinéas *a* à *c* ne constituaient pas tous des conditions à l'entrée en vigueur de l'accord de projet.

223. On a estimé que les termes "prévues dans l'accord de projet" à l'alinéa *c* du paragraphe 16 étaient incompatibles avec la mention, dans la même phrase, des obligations légales et que ces termes devraient donc être supprimés.

224. Les motifs de résiliation mentionnés à l'alinéa *d* du paragraphe 18 des notes semblaient, a-t-on estimé, recouper les cas indiqués à l'alinéa *a* du même paragraphe. Les deux alinéas devraient donc être réunis.

225. Il a été proposé, à des fins de clarté, de reformuler la deuxième phrase du paragraphe 19 de la manière suivante: "Dans ces cas, il peut être souhaitable de concevoir des mécanismes efficaces de lutte contre la corruption active et passive et de donner au concessionnaire la possibilité de porter plainte pour demande de versements illégaux ou menaces illégales par des fonctionnaires du pays hôte."

226. Il a été conclu qu'il conviendrait d'aligner le libellé de l'alinéa *c* de la recommandation 2 sur celui de son alinéa *b*.

227. Selon une opinion, les termes "situations exceptionnelles" dans la cinquième phrase du paragraphe 23 étaient trop vagues et il a donc été proposé de les remplacer par les termes "aux cas dans lesquels" qui seraient placés avant "une raison impérative d'intérêt général", qu'il faudrait faire suivre des mots "au sens restreint du terme".

Résiliation par le concessionnaire (recommandation 4 et par. 24 à 29)

228. On a fait observer que la notion de résiliation unilatérale par le concessionnaire était inconnue dans certains systèmes juridiques. Dans ces systèmes, le concessionnaire aurait uniquement la possibilité de demander à un tiers, tel que le tribunal compétent, de déclarer l'accord de projet résilié dans des circonstances exceptionnelles. On a fait observer, en réponse à cette observation, que de telles restrictions n'étaient pas universellement reconnues et que, dans la pratique, les investisseurs potentiels pourraient être réticents à investir dans des projets d'infrastructure dans les juridictions qui limitaient leur possibilité de résilier l'accord de projet dans des situations telles que celles qui étaient mentionnées dans la recommandation 4. On a fait observer que, dans les cas décrits aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 4, le concessionnaire ou les investisseurs voudraient avoir le droit de racheter les parts de la partie défaillante. On a fait valoir que, puisqu'une telle option serait intéressante pour les investisseurs étrangers, il fallait la mentionner dans les notes se rapportant à la recommandation 4. En tout état de cause, il a été déclaré qu'il ne serait pas souhaitable d'inclure dans cette recommandation une référence à l'exigence d'une décision judiciaire, qui n'existait pas dans de nombreux systèmes juridiques.

229. Ayant pris en considération les diverses vues exprimées, la Commission est convenue qu'il fallait conserver la teneur de la recommandation 4; toutefois, le chapeau devrait être reformulé de manière à indiquer plus clairement que le concessionnaire ne pouvait résilier le contrat que dans des circonstances exceptionnelles. En outre, il a été convenu que le paragraphe 24 des notes se rapportant à la recommandation 4 devrait indiquer que, dans certains systèmes juridiques, le concessionnaire n'avait pas le droit de résilier l'accord de projet unilatéralement, mais uniquement de demander à un tiers, tel que le tribunal compétent, de déclarer cette résiliation.

230. On a fait observer que l'alinéa *a* de la recommandation 4, qui concernait le cas de défaillance grave de l'autorité contractante ou d'un autre organisme public, ne donnait pas d'exemple contrairement à la recommandation 3 qui portait sur la défaillance du concessionnaire. Il a été proposé d'inclure des exemples appropriés dans les notes se rapportant à la recommandation 4.

231. En réponse à une question concernant la mention du cas de défaillance grave d'organismes publics autres que l'autorité contractante, il a été expliqué que le type de défaillance dont il était question à l'alinéa *a* de la recommandation 4 n'était pas seulement le manquement par l'autorité contractante à son obligation de paiement ou à d'autres obligations prévues dans l'accord de projet, mais également le manquement par d'autres organismes publics à leurs obligations à l'égard du concessionnaire, comme l'engagement de fournir à ce dernier certaines formes d'appui.

232. Il a été proposé d'ajouter dans la première phrase du paragraphe 25 l'adjectif "substantielle" afin de préciser qu'une partie pouvait refuser de s'acquitter de ses obligations uniquement en cas de manquement substantiel par

l'autre partie. Selon une autre opinion, il serait plus approprié de parler dans cette phrase de "certains types de" manquement dans la mesure où tout manquement n'entraînerait pas le droit de refuser l'exécution.

233. Selon un avis, il était nécessaire de développer le paragraphe 25 afin de préciser les procédures juridiques régissant la résiliation des contrats qui y étaient mentionnées, telles que l'exigence dans certains pays d'une décision judiciaire pour justifier la résiliation par le concessionnaire. Dans ces systèmes, le concessionnaire ne pourrait pas invoquer un manquement de la part de l'autorité contractante pour justifier l'inexécution de ses obligations comme cela était indiqué dans les notes. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, les notes tenaient déjà compte, de manière équilibrée, des règles pertinentes de divers systèmes juridiques à cet égard, et le paragraphe 25 pouvait être conservé en l'état.

Résiliation par l'une ou l'autre partie (recommandation 5 et par. 30 et 31)

234. De l'avis d'un intervenant, l'alinéa *a* de la recommandation 5 était redondant et devait être rattaché à l'alinéa *b* de la recommandation 4. On a répondu que l'alinéa *a* de la recommandation 5 traitait des empêchements exonératoires pouvant jouer en faveur de l'une ou l'autre partie, tandis que l'alinéa *b* de la recommandation 4 concernait les changements imprévus des conditions, qui ne donnent le droit de résilier l'accord de projet qu'au seul concessionnaire.

235. On s'est interrogé sur la nécessité d'inclure une recommandation sur la possibilité, pour les parties, de résilier l'accord de projet par consentement mutuel, comme il est prévu au paragraphe 31. On a noté à ce sujet qu'il se pouvait que dans certains systèmes juridiques l'autorité contractante n'ait pas le pouvoir de prendre une décision qui reviendrait à interrompre des services sans l'approbation des autorités publiques compétentes.

Transfert d'actifs à l'autorité contractante (recommandation 6 et par. 33 à 35)

236. On a suggéré de reformuler le paragraphe 33 et d'évoquer, dans les notes portant sur le transfert d'actifs associés au projet, les actifs construits par le concessionnaire. On a fait observer que les actifs incorporels ne semblaient pas être pris en compte dans ces notes.

237. On a noté que les recommandations 6 et 7 ne faisaient pas la différence entre l'expiration de la concession à la fin de la période prévue dans l'accord et la résiliation de l'accord avant la fin de cette période. On a avancé que cette différenciation était nécessaire parce que le concessionnaire n'aurait pas droit à indemnisation dans les deux cas, contrairement à ce qui ressortait des recommandations 6 et 7. Selon un autre avis, ces recommandations indiquaient assez clairement ce qu'il devait advenir des actifs du projet au terme de la concession, quelle que soit la façon dont elle prenait fin.

238. On a fait remarquer qu'il était question d'achat contre paiement à une juste valeur marchande dans la recommandation 6, mais de transfert moyennant une indemnisation appropriée dans la recommandation 7, et qu'il faudrait utiliser des termes cohérents.

239. On a fait observer que, même lorsque le concessionnaire était supposé poursuivre l'exploitation de l'ouvrage, il se pouvait que l'autorité contractante souhaite devenir propriétaire des actifs du projet. On a donc suggéré de revoir l'alinéa *a* du paragraphe 35 en conséquence. On a proposé de supprimer, à l'avant-dernière phrase de l'alinéa *b* du paragraphe 35, le terme "s'attendre à". On a par ailleurs jugé que la référence à des actifs dont on s'attendait qu'ils soient entièrement amortis et pour lesquels il pourrait n'être payé qu'un prix nominal n'était pas claire et devait être revue.

240. On a estimé qu'à la dernière phrase de l'alinéa *b* du paragraphe 35 le terme "rétention" avait un sens trop étroit, les pouvoirs publics pouvant souhaiter acquérir une sûreté réelle sans conserver les actifs. On a également jugé qu'il était nécessaire, à l'alinéa *c* du paragraphe 35, de renvoyer aux alinéas *a* et *b* de ce même paragraphe; ainsi, les actifs demeurant la propriété privée du concessionnaire seraient ceux qui n'auraient pas à être transférés à l'autorité contractante en vertu de l'alinéa *a* du paragraphe 35 ni ne pourraient être acquis par elle, à son gré, en vertu de l'alinéa *b* du paragraphe 35.

Transfert d'actifs à un nouveau concessionnaire (recommandation 7 et par. 36)

241. On a proposé de supprimer dans la dernière phrase du paragraphe 36 les mots "pendant la vie du projet". On a fait observer que la première phrase de l'alinéa *b* de ce paragraphe n'était pas claire et qu'il fallait expliquer la relation entre la valeur résiduelle et les modalités de financement choisies par le concessionnaire.

242. Il a été suggéré de préciser le sens de l'avant-dernière phrase du paragraphe 37 en indiquant que les actifs devaient être remis à l'autorité contractante dans des conditions qui permettraient à l'infrastructure de fonctionner normalement, compte tenu des besoins du service.

Arrangements financiers lors de la résiliation (recommandation 8 et par. 39 à 45)

243. On a relevé que, dans la recommandation 8, le manque à gagner était pris en compte pour le calcul de l'indemnisation du concessionnaire en vertu de l'alinéa *b*, mais non en vertu de l'alinéa *c*. On a estimé qu'une cohérence était nécessaire, tant dans les deux alinéas de cette recommandation que dans les notes correspondantes. On a fait remarquer qu'une recommandation de tenir compte du manque à gagner pour calculer l'indemnisation du concessionnaire serait appréciée par les investisseurs.

244. On a fait observer que les paragraphes 37 et 38 non plus ne faisaient pas de distinction entre l'expiration de

l'accord de projet et la résiliation anticipée, comme cela avait été indiqué précédemment. Par exemple, le droit qu'avait l'autorité contractante de recevoir les actifs en bonne condition de fonctionnement, dont il était question au paragraphe 37, ne serait pas nécessairement applicable en cas de résiliation anticipée.

245. Selon un avis, le terme "négociation" employé dans la dernière phrase du paragraphe 39 ne reflétait pas exactement la manière dont étaient véritablement conclus les accords d'indemnisation. Lorsque l'autorité contractante avait recours à des procédures structurées d'appel à la concurrence pour sélectionner le concessionnaire, il arrivait souvent que les règles d'indemnisation soient fixées à l'avance dans le projet d'accord joint à la sollicitation de propositions. On a également fait observer que le paragraphe 39 *b* n'indiquait pas que la notion de coût de remplacement pouvait être utilisée pour établir la valeur de l'ouvrage inachevé.

246. Il a été indiqué que l'emploi du terme "amortissement" au paragraphe 39 posait problème. Selon une des interprétations proposées, le terme, tel qu'il était employé dans le guide, désignait seulement le recouvrement de l'investissement; étant donné que les investissements destinés aux infrastructures à financement privé se composaient généralement à la fois d'une prise de participation et de dettes, l'amortissement des intérêts de la dette était déjà compris dans cette interprétation. Selon un avis, la définition du terme "amortissement", qui était donnée à la dernière phrase du paragraphe 39, apparaissait trop tard dans le projet de chapitre et il a été suggéré de la déplacer, de manière à la faire apparaître plus tôt, à l'endroit où ce terme était utilisé pour la première fois.

247. Il a été indiqué qu'au paragraphe 41 *b* le concessionnaire quittant le projet pourrait être celui qui soumettrait une offre pour les actifs du projet en question. On a également fait observer que le mot "offerts" pourrait être interprété comme signifiant que les actifs du projet seraient cédés gratuitement. Il a été estimé que la possibilité pour l'autorité contractante d'acquérir les actifs, même si elle n'était pas prévue dans l'accord de projet, pouvait donner lieu à des abus de pouvoir et que, de ce fait, le passage faisant référence à cette idée devait être supprimé.

248. Selon un commentaire, la méthode de calcul de l'indemnisation décrite au paragraphe 42 étant inexacte, il ne serait pas approprié de baser le calcul uniquement sur les recettes réalisées par le concessionnaire pendant les exercices précédents car, surtout en cas de résiliation anticipée, le projet pourrait ne pas encore avoir été rentabilisé. Le même commentaire a été formulé à propos de la deuxième phrase du paragraphe 45 *b*.

249. Il a été noté que la dernière phrase du paragraphe 45 *a* indiquait que, dans la pratique contractuelle de certains pays, les organismes publics n'étaient assujettis à aucune obligation d'indemniser le concessionnaire pour manque à gagner lorsqu'un grand contrat de travaux était résilié au gré de l'autorité contractante. Il a été estimé toutefois qu'une telle pratique contractuelle n'était pas louable et que la dernière phrase du paragraphe 45 *a* devait être supprimée.

Mesures de liquidation et mesures transitoires (recommandation 9 et par. 46 à 58)

250. À titre d'observation générale, il a été estimé que les paragraphes 46 à 58 devraient indiquer plus clairement que les mesures de liquidation et les mesures transitoires évoquées pouvaient intervenir de nombreuses années après l'achèvement des travaux de construction, ce qui n'était pas le cas des mesures similaires prises en rapport avec les contrats de construction d'installations industrielles. Il a également été estimé que la question traitée dans ces paragraphes, qui comportait plusieurs aspects contractuels, ne se posait pas uniquement au moment du transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante et que, de ce fait, elle devait être incorporée au chapitre IV, "L'accord de projet" (A/CN.9/458/Add.5).

251. On a fait observer que les mesures de liquidation et les mesures transitoires mentionnées aux paragraphes 46 à 58 seraient généralement pertinentes en cas d'expiration normale de la concession. Dans la pratique, il pourrait être difficile d'appliquer les dispositions contractuelles régissant ces questions si l'accord de projet était résilié par l'autorité contractante contre le gré du concessionnaire.

252. S'agissant des paragraphes 47 à 51, il a été estimé que les obligations concernant le transfert de technologie ne pouvaient pas être imposées unilatéralement au concessionnaire et que, dans la pratique, ces questions faisaient l'objet de longues négociations entre les parties concernées. Le pays hôte avait certes un intérêt légitime à accéder aux technologies nécessaires pour exploiter l'ouvrage, mais il fallait tenir dûment compte des stratégies et intérêts commerciaux des investisseurs privés.

253. On a fait observer que le concessionnaire pourrait ne pas être à même d'appliquer certaines des mesures transitoires mentionnées aux paragraphes 46 à 58 car, dans la plupart des cas, le concessionnaire aurait été constitué dans le seul but de mener à bien le projet et devrait acheter les technologies ou pièces détachées nécessaires à des tiers.

Chapitre VII. Droit applicable (A/CN.9/458/Add.8)

Remarques générales

254. La Commission a noté que les sections A et B du projet de chapitre VII étaient nouvelles, mais que la teneur des sections C et D était reprise d'une version antérieure du projet de chapitre premier, "Considérations générales sur la législation" (A/CN.9/444/Add.2). Elle a été informée qu'après un débat approfondi sur la question lors de sa trente et unième session[15] les sections traitant de l'impact que peuvent avoir d'autres domaines du droit sur le succès des projets d'infrastructure à financement privé avaient été considérablement augmentées.

255. On a exprimé la crainte que ce projet de chapitre ne soit trop ambitieux. Si l'on a reconnu que divers autres domaines du droit influeraient effectivement sur la conception et l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé, on a estimé toutefois que les sections C

[15]Ibid., par. 63 à 95.

et D portaient sur des questions quelque peu périphériques par rapport aux questions centrales examinées dans le guide. Il serait difficile, dans le cadre de ce projet de chapitre, de mentionner tous les domaines du droit pertinents ou d'examiner l'un quelconque d'entre eux avec précision et concision. Il a donc été proposé de résumer les dispositions du projet de chapitre VII et de les réincorporer au projet de chapitre premier.

256. Selon une autre opinion, ce projet de chapitre constituait l'une des parties les plus importantes du guide car il présentait les questions fondamentales du régime juridique interne qui auraient des répercussions directes sur les chances d'investissement dans les projets d'infrastructure à financement privé. On a fait remarquer que les points examinés dans les sections C et D étaient essentiels pour informer les gouvernements de la nécessité d'une réforme législative et de la complexité de ce type de projets. On pouvait craindre qu'une fois le contenu du projet de chapitre fusionné avec une autre partie du projet du guide on n'en discerne plus l'importance. Il a donc été convenu de conserver le projet de chapitre VII, et le débat a ensuite porté sur le choix d'un titre approprié.

257. Selon une opinion, le titre "Droit applicable" prêtait à confusion dans la mesure où la totalité du guide portait sur le droit applicable au projet. Selon une opinion contraire, il reflétait bien le contenu du projet de chapitre, à savoir les lois qui régiraient les projets d'infrastructure à financement privé. Selon une autre opinion encore, le titre donnait à penser que le chapitre était limité aux questions de choix de la loi applicable ou de droit international privé. Les titres "Droit applicable aux risques du projet" et "Sécurité juridique nécessaire pour l'investissement privé dans les infrastructures" ont été proposés à la Commission pour examen.

Droit applicable à l'accord de projet (recommandation 1 et par. 4 et 5)

258. Des doutes ont été exprimés concernant l'objet et l'utilité de la recommandation 1. On a noté que, selon toute probabilité, aucun gouvernement n'avait promulgué des dispositions indiquant toutes les dispositions législatives applicables, ni ne serait en mesure de le faire. En outre, on a fait observer que, dans la mesure où le régime juridique du pays hôte régirait l'accord de projet, il ne serait pas nécessaire de préciser laquelle des lois s'appliquerait. Par ailleurs, le concessionnaire et ses prêteurs demanderaient, avant de signer un accord de projet, des avis juridiques qui indiqueraient les dispositions législatives applicables.

259. En réponse à ces remarques, on a fait observer qu'il ne s'agissait pas, dans la recommandation 1, de laisser entendre que le pays hôte devait énumérer toutes les lois concernant de près ou de loin les projets d'infrastructure à financement privé. Un pays souhaitant adopter une législation sur ce type de projets pouvait désirer traiter les questions examinées dans les projets de chapitres précédents du guide dans plus d'un instrument législatif. Un pays hôte pourrait aussi adopter une législation portant uniquement sur certaines questions qui n'étaient pas encore traitées de manière satisfaisante dans les lois et les textes réglementaires existants. Par exemple, la législation générale sur les projets d'infrastructure à financement privé pouvait ne pas prévoir tous les détails des procédures de sélection du concessionnaire, mais faire uniquement référence, selon qu'il convenait, à la législation existante sur l'adjudication des contrats publics. De même, lorsqu'ils adoptaient une législation sur les projets d'infrastructure à financement privé, les pays hôtes pouvaient avoir besoin d'abroger certaines lois et réglementations qui, de l'avis de leurs organes législatifs, en entravaient l'exécution. À des fins de clarté, la recommandation 1 invitait le pays hôte à énoncer, selon qu'il convenait, les principaux textes législatifs ou réglementaires régissant l'accord de projet et ceux dont l'application était exclue.

260. Après prise en considération des diverses vues exprimées, il a été généralement estimé qu'il serait certes utile d'inclure les explications concernant l'objet de la recommandation dans les notes correspondantes, mais que la recommandation elle-même devrait être considérablement remaniée. Il a été proposé de la remplacer par une disposition telle que: "Le pays hôte voudra peut-être disposer que le droit applicable à l'accord de projet est, à moins de dispositions contraires, le droit du pays hôte".

261. On a exprimé la crainte, toutefois, que la formulation proposée ne donne lieu à différentes interprétations. Le texte pourrait ainsi laisser penser que l'autorité contractante devrait, avant de convenir d'un droit applicable à l'accord de projet autre que celui du pays hôte, obtenir une autorisation du législateur. On pourrait penser aussi que la recommandation 1, tout en reconnaissant de manière générale que les lois du pays hôte s'appliquaient à l'accord de projet, indiquait que l'autorité contractante devrait être habilitée à exclure l'application de certains domaines du droit ou de certaines lois. Enfin, le libellé proposé pourrait donner à penser que le droit applicable serait celui du pays hôte, sauf si les règles applicables du droit international privé imposaient l'application du droit d'une autre juridiction. Ces interprétations pourraient susciter de nombreuses craintes, en particulier dans les systèmes juridiques qui n'habilitaient pas les organismes publics à convenir de l'application à leurs contrats d'un droit étranger ou dont les règles de droit international privé imposaient l'application du droit interne aux contrats publics.

262. La Commission a pris note de ces préoccupations. Toutefois, il a été généralement estimé que le nouveau libellé proposé (voir par. 260 ci-dessus) traduisait plus clairement que le texte actuel l'objet du projet de chapitre. On a certes reconnu que l'objectif premier du projet de chapitre VII n'était pas d'examiner les questions de choix de la loi applicable ou de droit international privé, mais la recommandation devrait être formulée, a-t-on estimé, d'une manière qui confirme le principe de la liberté contractuelle. Dans certaines circonstances, les pouvoirs publics devraient avoir la faculté de choisir comme droit applicable le droit d'un autre État et pourraient en user. Il faudrait faire ressortir dans les notes les obstacles juridiques pouvant entraver l'application de ce principe dans certains systèmes juridiques.

263. On a estimé qu'il faudrait, par souci de prudence, ajouter au paragraphe 5 une explication selon laquelle, si le pays hôte décidait d'énumérer dans son droit les textes

législatifs et réglementaires s'appliquant directement aux projets d'infrastructure à financement privé, il devrait préciser qu'une telle liste n'était pas exhaustive. Selon une opinion, l'endroit le plus adéquat où l'insérer serait un document non législatif, tel qu'une brochure promotionnelle, plutôt que des dispositions législatives.

Droit applicable aux contrats conclus par le concessionnaire (recommandation 2 et par. 6 à 8)

264. On a demandé si la recommandation 2 (portant sur la faculté de choisir le droit applicable aux contrats) et les paragraphes 6 à 8 correspondants couvraient également, par exemple, les garanties et assurances fournies par les pouvoirs publics, l'engagement pris par un organisme public d'acheter de l'électricité ou de fournir du carburant et les contrats passés entre le concessionnaire et les prêteurs locaux. On a répondu que la faculté de choisir le droit applicable aux contrats et aux autres relations juridiques, y compris celles mentionnées dans la question, était soumise à des conditions et restrictions découlant de règles de droit international privé et de certaines règles de droit public en vigueur dans le pays hôte. On a relevé que, si les règles de droit international privé donnaient, dans une très large mesure, la possibilité de choisir le droit applicable aux contrats commerciaux, cette faculté était limitée, dans certains pays, lorsqu'il s'agissait de contrats et relations juridiques non qualifiés de commerciaux (comme certains contrats conclus par des organismes publics ou les contrats passés avec des consommateurs).

265. On a proposé de revoir la deuxième phrase du paragraphe 7; on a noté à cet égard que les États parties à certains accords d'intégration économique régionale étaient tenus de promulguer des dispositions harmonisées de droit international privé relatives aux contrats liant le concessionnaire à ses contractants.

Autres domaines pouvant appeler des mesures législatives (recommandation 3 et par. 9)

266. On a estimé que la recommandation 3 fournissait aux États peu d'orientations concrètes, en particulier parce qu'elle cherchait à couvrir un domaine trop large et parce que ces conseils prenaient la forme d'exemples et n'avaient pas un caractère exhaustif. On a toutefois reconnu que les sujets traités aux sections C et D du projet de chapitre ne se prêtaient pas à l'énonciation de principes qu'il serait possible d'incorporer dans la législation. La recommandation 3 n'en permettait pas moins de rappeler utilement aux législateurs nationaux qu'il était nécessaire, pour mener à bien des projets d'infrastructure à financement privé, de disposer de règles adaptées dans un certain nombre de domaines du droit.

Promotion et protection des investissements (par. 10 et 11)

267. On a suggéré d'indiquer expressément que les dispositions relatives à la protection contre la nationalisation ou l'expropriation s'appliquaient au concessionnaire. La Commission a discuté de la façon dont cette protection devait être décrite et elle est convenue que la formulation la mieux adaptée dont on disposait était celle utilisée au paragraphe 25 du projet de chapitre IV intitulé "L'accord de projet" (A/CN.9/458/Add.5).

268. S'agissant des accords d'investissement bilatéraux dont il est question au paragraphe 11, on a déclaré que, dans un certain nombre de pays, les règles visant à faciliter et protéger les flux d'investissements (et dont certaines relevaient de domaines tels que le droit de l'immigration, le contrôle des importations et la réglementation des changes) reposaient sur une législation ne découlant pas nécessairement d'un traité bilatéral et que ce paragraphe devait en tenir compte. On a ajouté que les traités multilatéraux pouvaient eux aussi comporter des dispositions relatives à la protection des investissements.

Droit de la propriété (par. 12 à 14)

269. Les paragraphes 12 à 14 n'ont donné lieu à aucune observation de fond particulière.

Règles et procédures d'expropriation (par. 15 et 16)

270. On a fait remarquer que les terrains ou l'accès aux terrains dont il est question aux paragraphes 15 et 16 pouvaient être obtenus par une procédure judiciaire ou administrative d'expropriation ou par une loi ad hoc. On est convenu que ces paragraphes devaient être revus de façon à souligner qu'il fallait trouver un équilibre approprié entre la nécessité de disposer de procédures rapides et efficaces d'expropriation et celle de respecter les droits des propriétaires concernés. Quant à l'utilisation du terme "expropriation", qui a dans certaines langues une connotation négative (pouvant évoquer une confiscation sans dédommagement convenable), on a décidé, tout compte fait, de le conserver, étant donné que les autres termes envisageables revêtaient une signification technique propre à certains systèmes juridiques seulement et étaient difficilement traduisibles ou compréhensibles pour le large lectorat auquel le guide s'adressait.

Droit de la propriété intellectuelle (par. 17 à 21)

271. On a proposé de préciser, dans la partie portant sur le droit de la propriété intellectuelle, qu'il était souhaitable que le pays hôte promulgue des dispositions de droit pénal visant à lutter contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

272. On a également proposé d'indiquer que certains États s'étaient dotés d'une législation destinée à protéger les droits de propriété intellectuelle liés à la conception de logiciels et de matériels informatiques et de mentionner, au paragraphe 18, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) conclu sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce.

Sûretés (par. 22 à 30)

273. À titre d'observation générale, on a relevé que les paragraphes 22 à 30 ne faisaient pas suffisamment ressortir

le fait qu'en vertu de la tradition juridique de certains pays la constitution de sûretés, dans le cadre de projets d'infrastructure à financement privé (en particulier en ce qui concerne les biens du domaine public), était soumise à des restrictions visant à protéger l'intérêt général. Les conseils donnés dans ces paragraphes n'étaient donc pas compatibles avec ce type de systèmes juridiques. Il a été décidé d'harmoniser le texte des paragraphes 22 à 30 de ce projet de chapitre avec le texte sur les sûretés figurant aux paragraphes 32 à 40 du projet de chapitre IV intitulé "L'accord de projet" (A/CN.9/458/Add.5). On est également convenu que le projet de chapitre VII devait faire apparaître de façon appropriée qu'il existait dans certains pays des obstacles juridiques à la constitution de sûretés en raison du caractère inaliénable de certaines catégories de biens du domaine public.

274. On a fait remarquer que le produit de la vente, par le concessionnaire, de biens ou de services ou les créances en résultant ne découlaient pas toujours d'un contrat liant le concessionnaire et ses clients, mais pouvaient découler d'autres types de relations qui, dans certains systèmes juridiques, n'étaient pas considérées comme contractuelles. On a jugé que le paragraphe 28 devrait en tenir compte.

275. Il a été proposé d'indiquer au paragraphe 24, peut-être dans l'avant-dernière phrase, qu'une limitation des moyens de recours pouvant être invoquée en vertu des lois du pays hôte augmenterait le coût des prêts aux projets dans ce pays.

Droit des sociétés (par. 31 à 34)

276. Aucun commentaire n'a été formulé sur la teneur des paragraphes 31 à 34.

Pratiques comptables (par. 35)

277. Il a été convenu que, si la troisième phrase du paragraphe 35 était maintenue dans le projet de chapitre, elle devrait faire l'objet d'un paragraphe distinct.

278. Il a été suggéré d'évoquer, dans la discussion sur les pratiques comptables, l'opportunité de recourir aux services de comptables ou de vérificateurs de comptes professionnels. La question a été posée de savoir si la notion de pratiques comptables "modernes" et "généralement acceptées" était appropriée et pouvait être comprise de la même manière dans les différents pays; d'autres expressions possibles ont été mentionnées, telles que les pratiques comptables "contemporaines" ou "internationalement acceptables".

Droit des contrats (par. 36 et 37)

279. On a estimé qu'il fallait revoir les paragraphes 36 et 37 afin de tenir compte du fait que, dans certains pays, certains des contrats conclus par le concessionnaire n'entraient pas dans la catégorie des contrats régis par le droit commercial ou civil, mais relevaient plutôt du domaine des contrats publics ou administratifs. Les paragraphes 36 et 37 devraient se limiter au droit des contrats privés et le titre devrait être modifié en conséquence.

Règles applicables aux marchés publics et droit administratif (par. 38 à 41)

280. La teneur des paragraphes 38 à 41 a été approuvée.

Droit de l'insolvabilité (par. 42 à 44)

281. On a fait observer que, dans certains systèmes juridiques, des limites pouvaient exister concernant la liberté qu'avaient les créanciers et le débiteur de conclure des accords établissant la priorité de certaines créances sur d'autres dettes du débiteur (question évoquée au par. 42) et que des précisions devaient être apportées à ce sujet. Il a été suggéré de supprimer l'expression "économiquement viables" dans la deuxième phrase du paragraphe 42. S'agissant du paragraphe 43, il a été estimé que le terme "priorité" ne convenait pas pour décrire le lien entre l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers.

Droit fiscal (par. 45 à 50)

282. On a fait observer que, dans certains systèmes juridiques, le niveau d'imposition changeait d'une année sur l'autre en fonction de l'évolution de la situation sociale. Dans les pays concernés, les investisseurs pourraient être favorisés en raison de circonstances économiques qui permettraient d'abaisser progressivement le niveau d'imposition. Il a été proposé que le libellé du paragraphe 46, qui insistait sur l'importance de la stabilité et de la prévisibilité du régime fiscal, soit modifié afin de tenir compte de cette possibilité.

Protection de l'environnement (par. 51 à 54)

283. Il a été noté que l'importance de la législation relative à la protection de l'environnement avait été examinée dans d'autres parties du projet de guide législatif et que le projet de chapitre devait être axé sur les mesures pouvant être incorporées dans cette législation, afin de réduire les risques que l'on jugeait associés aux investissements dans les projets d'infrastructure à financement privé. On a fait observer qu'outre les instruments internationaux mentionnés au paragraphe 51 il fallait mentionner les différents instruments régionaux. Il a également été suggéré d'évoquer la nécessité et l'utilité des études d'impact sur l'environnement. Il a été estimé que le paragraphe 54, qui touchait à des questions sensibles, n'était pas nécessaire dans ce projet de chapitre et il a été proposé de le supprimer.

Droit relatif à la protection des consommateurs (par. 55)

284. On a fait observer qu'un seul paragraphe était un peu court pour aborder le droit relatif à la protection des consommateurs, en regard notamment des parties consacrées à d'autres domaines du droit dans le projet de chapitre. Il a été indiqué que, dans certaines régions, les organes législatifs étaient de plus en plus sensibles à ces questions. Il a été suggéré d'ajouter un renvoi aux dispositions du projet de chapitre VIII, intitulé "Règlement des différends" (A/CN.9/458/Add.9), qui portait sur les

moyens dont disposaient les consommateurs pour le règlement des différends. Il a été estimé par ailleurs que le passage faisant référence au droit qu'a le concessionnaire de cesser de fournir des services à des clients qui ne "paient pas leurs factures" pourrait être reformulé en des termes plus bienveillants.

Mesures anticorruption (par. 56 à 58)

285. Il a été suggéré d'inverser l'ordre des paragraphes 56 et 57. Il a également été estimé que les mesures évoquées pourraient comprendre des dispositions visant à conférer le caractère d'infraction pénale aux actes de corruption active et passive et aux pratiques illicites connexes, afin de décourager ce type d'activité. On a fait observer que la deuxième phrase du paragraphe 56, selon laquelle les règles relatives au fonctionnement des autorités contractantes et à la surveillance des marchés publics devraient être "revues", pourrait avoir un sens négatif dans certaines langues et devrait être reformulée. Il a été estimé que, si des initiatives régionales devaient être mentionnées au paragraphe 58, il faudrait alors inclure toutes les régions.

Accords internationaux (par. 59 à 63)

286. Il a été suggéré d'ajouter dans le paragraphe 59 le membre de phrase "outre les autres instruments internationaux mentionnés dans le projet de guide législatif" de sorte que l'examen de certains accords internationaux faisant suite à ce paragraphe ne semble pas exclure d'autres accords. Il a été suggéré de mentionner également des accords régionaux.

Chapitre VIII. Règlement des différends (A/CN.9/458/Add.9)

Remarques générales

287. À titre d'observation générale, il a été indiqué que les informations de base sur les modes de règlement des différends étaient certes utiles (en particulier celles sur les modes qui n'étaient pas très connus ou qui étaient apparus récemment), mais que le projet de chapitre devait être davantage axé sur les projets d'infrastructure à financement privé et se fonder sur l'expérience pratique des différents pays. Il a été généralement considéré que, si les questions traitées n'étaient pas suffisamment axées sur le sujet du guide et n'étaient pas présentées de façon plus concise, les messages importants adressés aux législateurs ne ressortiraient pas assez clairement.

288. Il a été déclaré que le projet de chapitre devrait mentionner les différentes phases d'un projet d'infrastructure à financement privé et les divers modes de règlement des différends qui convenaient ou seraient probablement utilisés pour chacune de ces phases. Il a été estimé que le projet de chapitre devait examiner les différents modes de règlement des différends en fonction de leur contribution possible à la bonne exécution des projets et à la prévention des litiges ouverts.

289. Dans la mesure où les plaintes contre des décisions prises par des organismes de réglementation seraient abordées dans le projet de chapitre, il a été proposé que ce dernier examine également la question de l'utilisation des mécanismes de règlement non judiciaire, tels que les groupes d'experts, les organismes consultatifs ou l'arbitrage.

290. On a généralement fait observer que certains pays, en particulier ceux où les contrats conclus entre l'autorité contractante et le concessionnaire étaient considérés comme des contrats administratifs, imposaient traditionnellement d'importantes restrictions à la liberté de recourir à l'arbitrage. Si quelques exceptions à ces restrictions avaient été introduites, elles étaient en règle générale étroitement délimitées par la loi ou se fondaient sur un traité. En outre, elles n'avaient pas, du moins dans certains de ces pays, modifié le principe selon lequel les projets d'infrastructure à financement privé étaient considérés comme des contrats administratifs et, partant, les différends découlant de ces contrats n'étaient pas arbitraux. Il a été indiqué que le projet de chapitre devait rendre dûment compte de la position de ces systèmes juridiques.

291. S'agissant de l'arbitrage, il a été dit que le projet de chapitre semblait sous-estimer les difficultés que pouvait poser ce mode de règlement des différends, telles que le coût potentiellement élevé de la procédure, les risques de retard ou les conséquences éventuellement négatives de la confidentialité de la procédure.

292. D'un autre côté, il a été souligné que la présence d'une clause compromissoire dans l'accord de projet était considérée par de nombreux investisseurs comme une garantie que tout différend serait réglé de manière efficace et équitable et que, du fait que cette garantie était souvent perçue comme une condition essentielle pour attirer des capitaux privés en faveur des projets, l'autorité contractante devrait être libre de se soumettre à l'arbitrage. En outre, il a été estimé que le chapitre devrait mettre davantage l'accent sur la liberté de choisir le lieu de l'arbitrage (dans le pays hôte ou ailleurs, ce qui aurait une incidence sur la possibilité pour les tribunaux du pays hôte d'intervenir dans la procédure arbitrale), la liberté de choisir les arbitres et la confidentialité de la procédure. Il a toutefois été ajouté qu'à première vue le lieu d'exécution du projet était le plus approprié pour une procédure d'arbitrage (du fait que les éléments de preuve s'y trouvaient et que le coût de la procédure y serait très probablement le plus faible).

293. Il a été estimé que le projet de chapitre devait établir une distinction entre l'arbitrage "national" (à savoir l'arbitrage entre des personnes ayant leur établissement dans le pays où la procédure avait lieu) et l'arbitrage "international" (en d'autres termes, l'arbitrage entre des personnes ayant leur établissement dans des pays différents, ou l'arbitrage qui, pour une autre raison, était considéré comme international); cette distinction et les conséquences en découlant étaient importantes dans les pays où des dispositions législatives différentes s'appliquaient à l'arbitrage national et à l'arbitrage international. En outre, il fallait davantage insister sur le mécanisme de règlement des

différends du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) issu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 1965).

Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire (recommandation 1 et par. 4 à 64)

294. Concernant l'alinéa *a* de la recommandation 1, il a été dit que la signification du mot "inutiles" n'était pas claire et que ce mot devait être supprimé. Si certains étaient favorables à cette suppression, d'autres ont déclaré que le mot avait pour but d'indiquer, à juste titre, que la disposition recommandant la suppression des restrictions légales à la liberté de l'autorité contractante d'accepter des modes de règlement des différends ne concernait que les restrictions jugées inutiles selon l'appréciation souveraine du pays hôte; aussi, un libellé plus clair était-il préférable à la suppression de ce mot.

295. En ce qui concerne les alinéas *b* et *c* du paragraphe 2 des notes, il a été indiqué que, dans certains systèmes juridiques, certaines des rubriques mentionnées dans ces alinéas pourraient ne pas être considérées comme des contrats ou comme des contrats commerciaux (par exemple, un péage pour l'utilisation d'une route, ou les contrats conclus par l'autorité contractante).

296. Il a été suggéré d'indiquer, au paragraphe 8, que la procédure arbitrale pouvait également se fonder sur une disposition législative et non, comme cela était généralement le cas, sur un accord d'arbitrage. Il a également été indiqué que le passage concernant le caractère exécutoire des sentences arbitrales devait être nuancé par un libellé expliquant que, dans certains pays, l'exécution d'une sentence arbitrale exigeait une décision judiciaire (*exequatur*) et que l'exécution était précédée d'une vérification, certes limitée, visant à déterminer si certains principes fondamentaux d'ordre public n'avaient pas été enfreints.

297. La question a été posée de savoir si les paragraphes 11 et 12 (concernant la négociation) étaient nécessaires. S'agissant du règlement des différends par un expert-arbitre ou par un conseil de règlement des différends (par. 21 à 29), pratique courante dans les contrats de construction, il a été estimé qu'on pourrait, d'après les enseignements tirés de l'utilisation de ces techniques de règlement des différends pendant la période suivant la construction, déterminer si elles étaient applicables pendant l'exécution de l'accord de projet. Il a été demandé de préciser, au paragraphe 23, la nature juridique d'une décision rendue par un expert-arbitre ou par un conseil de règlement des différends.

298. Un certain nombre de déclarations ont été faites au sujet de l'immunité de l'État souverain, dont il était question à l'alinéa *b* de la recommandation 1 et aux paragraphes 51 à 55. On a fait remarquer que la question de savoir si le pays hôte ou l'autorité contractante pouvait invoquer l'immunité de l'État souverain (pour empêcher l'exercice de la compétence ou l'exécution de la sentence) était considérée par les investisseurs comme essentielle. S'agissant de la position des pouvoirs publics, on a déclaré qu'en raison de considérations d'intérêt général il ne devait pas y avoir de renonciation automatique au droit d'invoquer l'immunité souveraine, ou toute renonciation devrait être laissée à l'appréciation de l'État. De l'avis d'un intervenant, le guide ne devait pas traiter une question si délicate qu'il était impossible de trancher; si la question devait être abordée, aucune suggestion ne devait figurer dans le guide. Selon un autre intervenant, il était nécessaire de revoir les lois nationales sur le sujet, puisque c'était de clarté dont on avait besoin; les investisseurs en particulier avaient besoin de savoir de façon claire si l'autorité contractante, qui contractait des obligations en concluant un accord de projet, était réputée avoir renoncé à son immunité. Quant au libellé de l'alinéa *b* de la recommandation 1, on l'a critiqué au motif que son objet n'était pas clair, ou qu'il était interventionniste sur un point politiquement sensible. En réponse à ces critiques, on a fait valoir que les investisseurs ayant besoin de clarté en la matière et aucune solution harmonisée n'ayant encore été trouvée, la recommandation ne devait pas avoir pour objet ni pour idée maîtresse de suggérer une solution particulière, mais simplement d'inciter les États à rendre aussi claire que possible leur législation relative à l'immunité de l'État souverain. On a ajouté que des précisions s'imposaient sur plusieurs aspects de ce sujet, y compris sur la question de savoir si l'immunité s'appliquait aux instances tant étrangères que nationales.

Règlement des différends commerciaux (recommandation 2 et par. 65 à 76)

299. On a jugé que le titre de la recommandation 2 était susceptible de créer une confusion et qu'il fallait le modifier de façon à indiquer qu'il s'agissait du règlement des différends entre le concessionnaire et des entités autres que l'autorité contractante.

300. On s'est dit préoccupé tant par le fond que par la forme des paragraphes 60 à 64, qui traitaient de la procédure judiciaire. On a estimé qu'il y avait un manque d'équilibre, aussi bien pour ce qui était de la longueur que du ton employé, entre ces paragraphes et d'autres parties du projet de chapitre qui portaient sur d'autres mécanismes de règlement des différends. Ainsi, le texte relatif aux autres méthodes possibles, telles que l'arbitrage, en donnait une description, ce qui n'était pas le cas pour la procédure judiciaire. En outre, les paragraphes portant sur la procédure judiciaire semblaient laisser entendre que cette dernière n'était pas une solution souhaitable pour régler les différends. On a suggéré de formuler lesdits paragraphes de façon plus nuancée. En réponse à l'observation selon laquelle il était déplacé de donner à penser, au paragraphe 62, que les tribunaux pouvaient favoriser l'autorité contractante, on a précisé que l'on entendait indiquer en fait que les parties à l'accord de projet risquaient d'avoir une telle crainte.

301. Il a été suggéré que, lors de la future révision du paragraphe 65, on tienne compte des caractéristiques d'un contrat qui en faisaient un contrat commercial. On a cité le contrat de fourniture de carburant conclu par un organisme

public comme exemple pertinent à cet égard. Selon une autre opinion, il ne serait pas souhaitable de s'attarder, dans ce projet de chapitre, sur le sens à donner aux expressions "contrat commercial" ou "différend commercial" étant donné qu'elles avaient des sens très différents en fonction des systèmes juridiques.

302. On a fait observer que la conciliation n'était généralement pas prévue dans les "instruments internes", expression utilisée dans le titre du paragraphe 67 et jugée peu claire. On a également estimé que le terme "*volontary*", qui apparaît dans le texte anglais, exigeait des précisions étant donné qu'il laissait entendre que la conciliation pouvait être "volontaire" ou "involontaire".

303. On a relevé que le paragraphe 69, qui porte sur les contrats de travaux, n'avait pas de rapport direct avec le règlement des différends. On a par ailleurs proposé de mentionner, dans la partie consacrée aux contrats de travaux, les mécanismes de règlement des différends mis au point par la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC).

Différends entre d'autres parties
(recommandations 3 et 4 et par. 77 à 82)

304. On a fait remarquer que le terme "consommateurs" des biens ou des services produits par un concessionnaire pouvait recouvrir des réalités très diverses: il pouvait aussi bien s'agir d'une seule entreprise de services publics appartenant à l'État et achetant de l'électricité ou de l'eau au concessionnaire que de plusieurs milliers de particuliers empruntant une route à péage. Le type de mécanisme de règlement des différends retenu devrait donc être adapté à chaque situation. On a fait remarquer que, si la distinction entre ces différents types de consommateurs était effectivement faite dans les notes, elle devait l'être également dans la recommandation 3.

305. Selon un intervenant, étant donné que le nombre et le volume des projets d'infrastructure à financement privé allaient augmenter, les différends avec les consommateurs deviendraient plus fréquents et la nécessité de disposer de mécanismes de règlement des différends se ferait plus fortement sentir. On a estimé que la recommandation 4, qui portait sur ce point, était importante mais que les notes correspondantes passaient trop rapidement sur le sujet.

306. Un autre intervenant a jugé qu'il serait important que les consommateurs aient le droit de recourir aux tribunaux pour régler de tels différends. On a estimé souhaitable que le pays hôte prévoie une législation qui contienne des dispositions relatives aux infractions contre les consommateurs et à la publicité mensongère, et qui reconnaisse le droit aux organismes de défense des consommateurs d'intenter des procès.

307. Il a été proposé d'aborder aussi d'autres questions telles que la relation entre organismes de réglementation et procédures d'arbitrage et le traitement des informations confidentielles divulguées lors du règlement d'un différend avec un organisme public de réglementation.

III. COMMERCE ÉLECTRONIQUE

A. Projet de règles uniformes sur les signatures électroniques

308. Il a été rappelé qu'à sa trentième session, en 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 pas décourager l'utilisation d'autres techniques d'authentification. En outre, pour ce qui était 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 envisager utilement l'établissement d'un ensemble minimal de normes que les autorités de certification devraient respecter, en particulier dans les cas de certification transnationale[16] .

309. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission a 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. Elle a réaffirmé la décision qu'elle avait prise à sa trentième session sur la faisabilité de la rédaction de telles règles uniformes[17] 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 unanimement considéré

[16]Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 250; et ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 207.

[17]Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 249 et 250.

comme un forum international particulièrement important pour les échanges de vues sur les problèmes juridiques liés au commerce électronique et la recherche des solutions correspondantes[18].

310. À sa présente session, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/454 et 457). Elle a dit sa satisfaction des efforts faits par le Groupe de travail pour rédiger le projet de règles uniformes sur les signatures électroniques. On s'est généralement accordé à penser que des progrès sensibles avaient été faits lors de ces sessions concernant la définition d'une position commune sur les aspects juridiques des signatures électroniques, mais on a également estimé que le Groupe de travail avait eu du mal à parvenir à un consensus sur les principes législatifs sur lesquels les règles uniformes devraient être fondées.

311. Selon une opinion, l'approche qu'avait adoptée jusqu'ici le Groupe de travail ne tenait pas suffisamment compte de la nécessité, dans le monde des affaires, d'une souplesse dans l'utilisation des signatures électroniques et autres techniques d'authentification. Les règles uniformes, telles qu'actuellement envisagées, mettaient trop l'accent sur les signatures numériques et, dans cette technique même, sur une application particulière impliquant la certification d'un tiers. On a donc proposé de limiter les travaux sur les signatures électroniques aux aspects juridiques de la certification transnationale ou de les reporter purement et simplement jusqu'à ce que la pratique commerciale soit mieux établie. Selon une opinion allant dans le même sens, aux fins du commerce international, la plupart des questions juridiques liées à l'utilisation des signatures électroniques avaient déjà été résolues dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Une réglementation de certaines utilisations des signatures électroniques était peut-être nécessaire en dehors du droit commercial, mais le Groupe de travail ne devrait participer à aucune activité de ce type.

312. Selon l'avis qui a largement prévalu, le Groupe de travail devrait poursuivre sa tâche sur la base de son mandat original (voir par. 308 ci-dessus). S'agissant du besoin de règles uniformes sur les signatures électroniques, on a expliqué que, dans de nombreux pays, les gouvernements et les organes législatifs qui avaient entrepris l'élaboration d'une législation sur les questions relatives aux signatures électroniques, y compris la mise en place d'une infrastructure fondée sur la clef publique ou d'autres projets sur des questions étroitement liées (voir A/CN.9/457, par. 16), attendaient des orientations de la CNUDCI. Quant à la décision prise par le Groupe de travail de se concentrer sur les questions et la terminologie de la cryptographie à clef publique, on a rappelé que le jeu des relations entre trois types distincts de parties (les détenteurs des clefs, les autorités de certification et les parties se fiant aux clefs) correspondait à un modèle possible de cryptographie à clef publique, mais que d'autres étaient aussi concevables (par exemple, sans intervention d'une autorité de certification indépendante). L'un des principaux avantages qu'il y avait à se concentrer sur les questions relatives à la cryptographie à clef publique était que l'on pouvait ainsi structurer plus facilement les règles uniformes par référence à trois fonctions (ou rôles) associées aux paires de clefs, à savoir la fonction d'émetteur de la clef (ou abonné), la fonction de certification et la fonction de confiance. On s'est généralement accordé à penser que ces trois fonctions étaient communes à tous les modèles de cryptographie à clef publique et qu'il fallait les traiter, qu'elles soient exercées par trois entités séparées ou que deux d'entre elles soient assurées par la même personne (par exemple, lorsque l'autorité de certification était également une partie se fiant à la clef). En outre, il a été largement estimé qu'en se concentrant sur les fonctions typiques de la cryptographie à clef publique et non sur un modèle particulier on parviendrait peut-être plus facilement à élaborer, à un stade ultérieur, une règle tout à fait neutre sur le plan technique (ibid., par. 68).

313. À l'issue du débat, la Commission a réaffirmé ses décisions précédentes quant à la faisabilité de la rédaction de règles uniformes (voir par. 309 ci-dessus) et s'est déclarée certaine que le Groupe de travail pourrait progresser encore à ses prochaines sessions.

314. S'agissant des délais dans lesquels le Groupe de travail devrait s'acquitter de sa tâche, il a été déclaré que le projet de règles uniformes devrait être prêt pour examen et adoption par la Commission à sa trente-troisième session. Selon l'avis qui a prévalu, aucun délai précis ne devrait être fixé. Toutefois, la Commission a instamment prié le Groupe de travail de s'employer à terminer le plus vite possible ses travaux. Dans le cadre de ce débat, un appel a été lancé à toutes les délégations pour qu'elles s'engagent de nouveau à rechercher activement un consensus concernant l'objet et la teneur du projet de règles uniformes.

B. Travaux futurs dans le domaine des signatures électroniques

315. Diverses suggestions ont été faites concernant les travaux futurs dans le domaine du commerce électronique que la Commission et le Groupe de travail pourraient examiner une fois terminée la rédaction des règles uniformes sur les signatures électroniques. Il a été rappelé qu'à la fin de la trente-deuxième session du Groupe de travail il avait été proposé que ce dernier examine, à titre préliminaire, la possibilité d'élaborer une convention internationale fondée sur les dispositions pertinentes de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et du projet de règles uniformes (voir A/CN.9/446, par. 212)[19]. La Commission a été informée qu'un certain nombre de pays s'étaient déclarés intéressés par l'élaboration d'un tel instrument.

316. L'attention de la Commission a été appelée sur un projet de recommandation adopté le 15 mars 1999 par le Centre pour la facilitation des procédures et pratiques dans l'administration, le commerce et les transports (CEFACT) de la Commission économique pour l'Europe (CEE/ONU). Dans ce texte, le Centre recommandait que la CNUDCI envisage les mesures à prendre pour veiller à ce que les

[18]Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 208.

[19]Ibid., par. 209.

termes “écrit”, “signature” et “document” dans les conventions et accords relatifs au commerce international soient entendus comme autorisant les équivalents électroniques. L’élaboration d’un protocole général visant à modifier les régimes juridiques des traités multilatéraux pour faciliter le recours accru au commerce électronique a bénéficié d’un appui.

317. D’autres sujets ont été proposés, à savoir: transactions électroniques et droit des contrats; transfert électronique de droits sur des biens corporels; transfert électronique de droits incorporels; droits sur les données électroniques et les logiciels (éventuellement en coopération avec l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)); clauses types pour la formation de contrats par des moyens électroniques (éventuellement en coopération avec la Chambre de commerce internationale (CCI) et l’Internet Law and Policy Forum (ILPF); droit applicable et compétence (éventuellement en coopération avec la Conférence de La Haye de droit international privé); et systèmes de règlement des litiges en ligne[20].

318. La Commission a pris note des propositions susmentionnées. Il a été décidé que, lorsqu’il aurait terminé sa tâche actuelle, à savoir la rédaction du projet de règles uniformes sur les signatures électroniques, le Groupe de travail pourrait, dans le cadre de la fonction consultative générale qu’il exerce en matière de commerce électronique, examiner une partie ou la totalité des sujets susmentionnés ainsi que tout autres sujets, en vue de faire à la Commission des propositions plus précises concernant les travaux futurs.

IV. FINANCEMENT PAR CESSION DE CRÉANCES

319. 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)[21] et qu’à sa vingt-huitième session, tenue en 1995, elle avait chargé le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de préparer une loi uniforme sur le financement par cession de créances[22].

320. Il a été noté que le Groupe de travail avait commencé ses travaux à sa vingt-quatrième session et tenu cinq sessions entre la vingt-huitième et la trente et unième sessions de la Commission. Il a également été noté qu’à sa vingt-quatrième session le Groupe de travail avait été instamment prié de s’efforcer d’élaborer un texte juridique ayant 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 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). De plus, il a été noté, d’une part, qu’à sa vingt-septième session le Groupe de travail avait décidé que les règles fondamentales régissant les questions de priorité dans le projet de Convention seraient les règles du droit international privé et que les règles du droit matériel applicables à ces mêmes questions dans le projet seraient facultatives pour les États (A/CN.9/445, par. 26 et 27). À sa vingt-huitième session, le Groupe de travail avait adopté, quant au fond, les projets d’articles 14 à 16, concernant les liens entre le cédant et le cessionnaire, et les projets d’articles 18 à 22, portant sur les liens entre le cessionnaire et le débiteur (A/CN.9/447, par. 161 à 164).

321. À sa trente-deuxième session, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses vingt-neuvième et trentième sessions (A/CN.9/455 et A/CN.9/456). Il a été noté qu’à sa vingt-neuvième session le Groupe de travail avait adopté, quant au fond, le préambule et les projets d’articles 1-1 et 2 (champ d’application), 5 *g* à *j* (définitions), 18-5 *bis* (paiement libératoire du débiteur), 23 à 33 (priorité et règles de droit international privé) et 41 à 50 (clauses finales) (A/CN.9/455, par. 17). À sa trentième session il avait adopté l’intitulé, le préambule et les projets d’articles 1er à 24 (A/CN.9/456, par. 18). En conséquence, l’ensemble du projet de Convention avait été adopté à l’exception des règles de droit matériel facultatives s’appliquant aux questions de priorité.

322. Notant que le projet de Convention avait suscité l’intérêt de la communauté commerciale et financière internationale, la Commission s’est félicitée des progrès considérables accomplis par le Groupe de travail. Dans l’ensemble, il a été estimé que le projet de Convention pouvait accroître l’offre de crédits à des taux plus abordables. Il a été indiqué que l’absence totale de crédits sur la base de créances internationales ou leur offre uniquement à des taux élevés entravaient gravement le commerce international dans la mesure où de nombreuses transactions internationales n’auraient pas lieu faute de crédits ou de crédits à des taux abordables. On a également fait observer que cette situation réduisait la compétitivité des parties des pays en développement, puisque celles-ci avaient un accès limité aux crédits à plus faibles taux.

323. En même temps, la Commission a noté qu’un certain nombre de questions spécifiques n’avaient pas encore été traitées par le Groupe de travail, notamment les suivantes: la Convention ne s’appliquerait-elle qu’aux cessions réalisées à des fins de financement ou à d’autres cessions également; certaines cessions (par exemple, dans le cadre d’opérations sur titres ou d’opérations de compensation) devaient-elles être exclues ou simplement traitées de façon différente; la situation géographique d’une société devait-elle être définie, aux fins du champ d’application de la Convention et des règles de priorité, par référence à son établissement, à son lieu d’immatriculation ou à son lieu d’administration centrale; les clauses de non-cession figurant dans des contrats d’attribution de marchés publics devaient-elles être traitées de façon différente de celles figurant dans d’autres types de contrats; s’agissant du produit des créances, la règle de priorité devait-elle être appliquée de la même façon que pour les créances; devait-on avoir recours aux règles du droit international

[20]Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 251; et ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 211.

[21]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.

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

privé pour combler les lacunes des dispositions de droit matériel du projet de Convention ou pour unifier le droit international privé portant sur les cessions en général (au-delà du champ d'application de la Convention); et les règles de droit matériel facultatives concernant la priorité devaient-elles être élargies ou, au contraire, être conservées comme principes généraux.

324. Certains représentants ont donné des avis sur la façon dont le Groupe de travail pouvait traiter ces questions. Il a par exemple été avancé: que le projet de Convention ne devrait s'appliquer qu'aux opérations de financement; qu'il ne faudrait pas aller à l'encontre des pratiques nationales; qu'il faudrait faire preuve d'une prudence particulière s'agissant de certaines opérations de financement telles que les opérations portant sur des produits dérivés et les opérations de compensation pour éviter de gêner le fonctionnement de pratiques efficaces; qu'il faudrait revenir sur l'exclusion des cessions de créances extra-contractuelles; et qu'il faudrait définir la situation géographique d'une société de façon appropriée (par exemple, par référence à son siège statutaire, à son lieu d'administration centrale ou à son établissement principal). On a également estimé que le projet de Convention devait reconnaître: le principe de l'autonomie des parties, s'agissant de la relation entre le cédant et le cessionnaire; le principe de la protection du débiteur, s'agissant de la relation entre le cessionnaire et le débiteur; et la nécessité d'éviter toute incertitude quant aux droits de tiers tels que les créanciers du cédant.

325. En ce qui concerne la disposition du projet de Convention donnant au cessionnaire un droit réel sur le produit des créances, on a exprimé la crainte qu'elle soit incompatible avec des principes fondamentaux du droit dans certains pays. On a répondu que, conformément aux lois en vigueur dans de nombreux pays, un droit réel du cessionnaire sur le produit de créances cédées n'était reconnu, dans le projet de Convention, que dans un nombre limité de cas (à savoir lorsque le cédant avait reçu un paiement en espèces au nom du cessionnaire et détenait le produit du paiement sur un compte séparé et facilement identifiable). Il a été ajouté qu'en tout état de cause les États devraient comparer les inconvénients potentiels, minimes, d'une telle disposition à ses retombées positives potentielles, considérables, sur le coût et la disponibilité du crédit dans le cadre d'opérations telles que la titrisation ou l'escompte de factures sans divulgation. La Commission a renvoyé ces déclarations et observations au Groupe de travail sans en discuter.

326. S'agissant du champ d'application du projet de Convention, on s'est demandé s'il était de la compétence du Groupe de travail de décider que la Convention devait s'appliquer à des opérations qui n'étaient pas réalisées à des fins de financement au sens strict. En réponse, la Commission a réaffirmé qu'elle avait donné un large mandat au Groupe de travail l'autorisant à déterminer le champ d'application de la Convention.

327. En ce qui concerne la relation entre, d'une part, le projet de Convention et, d'autre part, la Convention sur l'affacturage international (Ottawa, 1988), la Convention de l'Union européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980) et le projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et ses protocoles relatifs aux aéronefs, au matériel d'équipement spatial et au matériel roulant ferroviaire ("le projet de Convention d'UNIDROIT") actuellement élaboré par un groupe constitué de représentants de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), de l'Organisation de l'aviation civile internationale et d'autres organisations, la Commission s'est félicitée des progrès réalisés par le Groupe de travail en vue d'éviter ou de réduire au minimum les possibilités de conflit.

328. Au sujet de la relation entre le projet de Convention et le projet de Convention d'UNIDROIT, la Commission a noté qu'à sa trentième session le Groupe de travail avait envisagé différents moyens d'éviter tout conflit (A/CN.9/456, par. 232 à 239). On a relevé qu'à ladite session le Groupe de travail avait retenu deux solutions, à savoir exclure du champ d'application du projet de Convention ou de la Convention d'UNIDROIT la cession des créances découlant de la vente ou de la location de matériel de grande valeur et, plutôt que de régler le problème par exclusion, décider de faire prévaloir l'un ou l'autre de ces textes en cas de conflit.

329. Un certain nombre d'opinions ont été exprimées sur la façon dont le Groupe de travail pouvait traiter la question. Selon une opinion, les cessions des créances découlant de la vente ou de la location de matériel de grande valeur devaient être exclues du champ d'application de la Convention, étant donné que ces créances étaient, en pratique, un élément du financement du matériel. Selon un autre avis, il serait peut-être préférable, au lieu d'exclure ces cessions du champ d'application de la Convention quelles que soient les circonstances, que la Convention d'UNIDROIT s'applique ou non (ce qui risquerait de créer des vides juridiques si le projet d'Unidroit n'était pas largement adopté), de ne faire prévaloir la Convention d'UNIDROIT à l'égard de ces créances que si elle était applicable dans un cas particulier. À ce sujet, on a fait remarquer que la question de savoir lequel de ces textes devait prévaloir en cas de conflit pouvait être abordée de façon différente selon le type de matériel visé dans chaque cas particulier, étant donné que, selon certaines pratiques du financement du matériel, les créances étaient un élément du financement du matériel tandis que, selon d'autres, elles ne l'étaient pas. Une autre opinion encore était qu'il fallait également envisager la possibilité d'exclure certaines cessions du champ d'application de la Convention d'UNIDROIT. La Commission a renvoyé ces opinions au Groupe de travail.

330. La Commission s'est félicitée du travail accompli par le Groupe de travail, qu'elle a prié de poursuivre sa tâche sans retard de façon que le projet de Convention, ainsi que le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa prochaine session puissent être distribués en temps voulu aux gouvernements pour observations et que le projet de Convention soit examiné par la Commission à sa trente-troisième session (en 2000) pour adoption. S'agissant de la procédure ultérieure d'adoption de la Convention, la Commission a noté qu'elle devrait décider à sa prochaine session si elle recommanderait une adoption par l'Assemblée générale ou par une conférence diplomatique qui serait spécialement convoquée par l'Assemblée générale à cette fin.

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

331. Il a été rappelé que la Commission, à sa vingt-huitième session tenue en 1995, avait approuvé le projet, entrepris conjointement avec le Comité D de l'Association internationale du barreau, qui visait à suivre l'application, dans les lois nationales, de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)[23] . Il a été 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.

332. Jusqu'à la présente session de la Commission, le secrétariat avait reçu des réponses de 59 États (sur les 121 actuellement parties à la Convention). La Commission a demandé aux États parties à la Convention qui n'avaient pas encore répondu au questionnaire de le faire le plus rapidement possible ou, au besoin, d'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.

VI. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL: TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

A. Introduction

333. Durant sa trente et unième session, la Commission a organisé, le 10 juin 1998, la Journée de la Convention de New York, afin de 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 d'États membres de la Commission et d'observateurs, environ 300 invités ont participé à cette manifestation. La déclaration d'ouverture a été prononcée par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. En sus des discours d'anciens participants à la conférence diplomatique ayant adopté la Convention, d'éminents spécialistes de l'arbitrage ont présenté des exposés sur des questions telles que la promotion de la Convention, son adoption et son application. Des exposés ont également été présentés sur des questions dépassant la Convention elle-même, par exemple, l'interaction entre la Convention et d'autres textes juridiques internationaux relatifs à l'arbitrage commercial international et les problèmes rencontrés dans la pratique, mais non traités dans les textes actuels, législatifs ou non, sur l'arbitrage[24].

334. Dans les exposés présentés lors de cette conférence, diverses propositions ont été faites tendant à soumettre à la Commission certains des problèmes mis en évidence dans la pratique, afin qu'elle puisse déterminer s'il serait souhaitable et possible qu'elle entreprenne des travaux dans ce domaine.

335. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission, se référant aux débats ayant eu lieu lors de la Journée de la Convention de New York, a considéré qu'il serait utile d'étudier les travaux futurs possibles dans le domaine de l'arbitrage à sa trente-deuxième session, en 1999. Elle a prié le secrétariat d'établir une note qui servirait de base aux débats de la Commission[25].

336. À la session en cours, la Commission était saisie de la note demandée, publiée sous la cote A/CN.9/460. Cette note se fondait sur les idées, suggestions et observations présentées dans différents contextes, notamment la Journée de la Convention de New York, le Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial (Paris, 3-6 mai 1998)[26] et d'autres conférences et réunions internationales, telles que la Conférence "Freshfields" de 1998[27]. La note examinait certains des problèmes et questions mis en évidence par la pratique arbitrale, afin d'aider la Commission à déterminer s'il serait bon d'inscrire certaines de ces questions à son programme de travail. Les débats de la Commission sur ces questions sont résumés ci-après (par. 337 à 376 et 380). Durant ces débats, les participants ont mentionné diverses autres questions qu'il serait peut-être possible d'inscrire au programme de travail futur de la Commission (par. 339 et 340).

B. Remarques générales

337. La Commission s'est félicitée de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international. Il a été jugé dans l'ensemble que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) et l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que d'étudier, au sein de l'instance universelle que constituait la Commission, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage.

338. La Commission a ouvert ses débats sans avoir une idée arrêtée sur la forme que prendraient en définitive ses travaux futurs. Il a été convenu que tout débat quant à cette forme ne pourrait être que provisoire à ce stade et que des décisions plus fermes seraient prises ultérieurement, lorsque la teneur des solutions proposées serait plus claire. Des dispositions uniformes pourraient ainsi prendre la forme d'un texte législatif (par exemple, des disposi-

---

[23]Ibid., *cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 401 à 404; et ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 238 à 243.

[24]*L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York: expérience et perspectives* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.2).

[25]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 235.

[26][Sera publié en tant que "ICCA Congress Series No. 9".]

[27]Gerold Herrmann, *Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration?* [sera publié dans *Arbitration International*, vol. 15 (1999), n° 3.]

tions législatives types ou un traité) ou d'un texte non législatif (par exemple, des règles contractuelles types ou un guide de pratique). Il a été souligné que, même si on envisageait d'adopter un traité international, l'intention n'était pas de modifier la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (voir par. 347 et 349 ci-après). On a jugé que, même si, en dernière analyse, aucun nouveau texte uniforme n'était établi, une discussion approfondie à laquelle prendraient part des représentants de tous les grands systèmes juridiques, sociaux et économiques représentés à la Commission, éventuellement accompagnée de suggestions visant à promouvoir une interprétation uniforme, constituerait une contribution utile pour la pratique de l'arbitrage commercial international.

339. À divers stades du débat, les questions suivantes, outre celles qui étaient présentées dans le document A/CN.9/460, ont été citées parmi celles qu'il serait sans doute utile que la Commission aborde ultérieurement:

a) Lacunes laissées par les parties dans leurs contrats et comblement de ces lacunes par un tiers ou un tribunal arbitral sur la base d'une autorisation donnée par les parties;

b) Changement de circonstances après la conclusion d'un contrat et possibilité pour les parties de charger un tiers ou un tribunal arbitral d'adapter le contrat au changement de circonstances;

c) Liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par une personne de leur choix et restrictions apportées à cette liberté sur la base, par exemple, de la nationalité, ou de l'appartenance à une association professionnelle;

d) Questions liées à l'interprétation de dispositions législatives telles que l'article II-3 de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ou l'article 8-1 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international) qui, dans la pratique, aboutissent à des résultats divergents, notamment pour ce qui est des pouvoirs dont dispose le tribunal judiciaire: i) pour décider de renvoyer ou non les parties à l'arbitrage; ii) pour étudier si la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée; et iii) lorsque le défendeur fait valoir qu'une procédure arbitrale est en cours ou qu'une sentence arbitrale a été rendue;

e) Questions liées aux cas où une demande de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement étranger a été présentée, mais où le défendeur invoque à titre d'exception: i) l'existence d'une convention d'arbitrage; ou ii) le fait qu'une procédure arbitrale est en cours; ou iii) le fait qu'une sentence arbitrale a été rendue sur la même question. Il a été noté que ces cas n'étaient en général pas régis par les traités relatifs à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Des problèmes se posaient en particulier lorsque le traité applicable était conçu pour faciliter la reconnaissance et l'exécution des jugements, mais ne permettait pas de refuser la reconnaissance ou l'exécution au motif que le litige ayant fait l'objet du jugement entrait dans le champ d'application d'une convention d'arbitrage, était examiné dans le cadre d'une procédure arbitrale en cours, ou avait fait l'objet d'une sentence arbitrale.

C. Examen de certains points

a. Conciliation (A/CN.9/460, par. 8 à 19)

340. On s'est accordé à penser que les trois sujets indiqués dans la note du secrétariat (à savoir l'admissibilité de certains moyens de preuve dans les procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures; le rôle du conciliateur dans les procédures ultérieures; et la procédure d'exécution des accords de transaction) étaient particulièrement importants et faisaient actuellement l'objet de débats parmi les professionnels du règlement des différends (voir A/CN.9/460, par. 8 à 19). Selon un avis largement partagé, il serait bon d'examiner, en plus de ces trois sujets, l'interruption possible des délais de prescription du fait de l'ouverture d'une procédure de conciliation.

341. Selon un avis, les questions relatives à la conciliation pourraient ne pas se prêter facilement à une unification internationale par le biais d'une législation uniforme. On s'est demandé s'il était vraiment souhaitable d'établir des règles législatives uniformes, étant donné que le souci général était de préserver la souplesse des règles régissant la conciliation. On a déclaré que la plupart des difficultés de procédure pouvant surgir dans le domaine de la conciliation pourraient probablement être résolues par accord entre les parties.

342. Selon l'avis qui a largement prévalu, toutefois, la Commission devrait examiner la possibilité d'établir des règles législatives uniformes visant à promouvoir un recours accru à la conciliation. On a expliqué que certaines questions (telles que l'admissibilité de certains moyens de preuve dans les procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures, ou le rôle du conciliateur dans les procédures ultérieures) pourraient généralement être résolues par référence à un ensemble de règles, telles que le Règlement de conciliation de la CNUDCI, mais que, dans de nombreux cas, on ne convenait pas de telles règles. La conciliation pourrait ainsi bénéficier de l'élaboration de dispositions législatives facultatives, qui seraient applicables lorsque toutes les parties souhaitaient une conciliation mais n'étaient pas convenues d'un ensemble de règles de conciliation. En outre, dans les pays où, en matière civile ou commerciale, ces accords avaient un effet incertain, une législation uniforme pourrait clarifier utilement les choses. Par ailleurs, on a fait observer, s'agissant de questions telles que la facilitation de l'application des accords de transaction résultant d'une conciliation (par exemple, les faire appliquer de la même façon que les sentences arbitrales) et l'effet de la conciliation sur le délai de prescription, qu'il ne serait possible de parvenir à la prévisibilité et à la certitude nécessaires pour favoriser la conciliation que par l'adoption d'une loi. Il a été largement considéré que ces questions devraient être traitées par la Commission à titre hautement prioritaire.

343. Après un débat, la Commission a décidé qu'un groupe de travail auquel serait confié le sujet (voir par. 380 ci-après) devrait examiner la question de savoir si, pour encourager et faciliter la conciliation, il serait utile d'établir des dispositions législatives types harmonisées qui traiteraient des questions susmentionnées et éventuellement d'autres questions.

b. Prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage (A/CN.9/460, par. 20 à 31)

344. On a constaté dans l'ensemble que l'alinéa 2 de l'article II de la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), exigeant que la convention d'arbitrage se présente sous forme écrite "dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes", et les dispositions uniformes qui se sont ultérieurement inspiré de cet article étaient souvent jugés dépassés. La discussion a donc été axée sur la mesure dans laquelle il était nécessaire d'actualiser la Convention de New York pour ce qui est de la formation de la convention d'arbitrage, ainsi que sur la nature et l'urgence des travaux susceptibles d'être entrepris par la Commission aux fins d'une telle actualisation. Selon une opinion, dans la majorité des cas les parties n'avaient aucune difficulté à se conformer aux prescriptions de forme actuelles, ces prescriptions obligeaient les parties à réfléchir très sérieusement à l'exclusion de la procédure judiciaire et, par conséquent, si des travaux devaient être entrepris, ils devraient se limiter à l'élaboration d'un guide pratique. Bien que cette opinion ait eu des partisans, la Commission a décidé que des travaux devraient être entrepris à propos des questions découlant de l'alinéa 2 de l'article II de la Convention de New York et que l'on devait envisager, entre autres possibilités, d'entreprendre un travail législatif.

345. S'agissant de l'ampleur des travaux qui seraient menés sur l'alinéa 2 de l'article II de la Convention de New York, on a en général estimé que ces travaux pourraient porter sur les deux points généraux traités dans la note du secrétariat (A/CN.9/460, par. 22 à 31), à savoir: la question de la prescription de la forme écrite et ses implications pour ce qui est des moyens de communication modernes et du commerce électronique, et la question plus fondamentale de l'accord des parties à une convention d'arbitrage lorsque cette dernière n'avait pas été consignée dans un échange de lettres ou de télégrammes.

346. Outre ces deux points généraux, on a fait remarquer qu'il serait peut-être nécessaire d'accorder une attention particulière à des cas concrets qui posaient des problèmes graves au regard de la Convention de New York; il s'agit notamment de l'acceptation tacite ou verbale d'un bon de commande écrit ou d'une confirmation écrite de vente; d'un contrat conclu verbalement avec référence à des conditions générales écrites (par exemple, une référence verbale à une forme de sauvetage); ou certaines notes de courtiers, connaissements et autres instruments ou contrats qui transmettent des droits ou des obligations à des tiers non-signataires (à savoir des tiers qui n'étaient pas parties à l'accord initial). On peut citer à cet égard les exemples suivants: transmissions à titre universel (successions, fusions, scissions et acquisitions de sociétés) ou à titre particulier (cession de contrat, de créances ou de dettes, novation, subrogation, stipulation pour autrui); ou encore, en cas de parties multiples, de groupe de contrats ou de groupe de sociétés, extension implicite de la convention d'arbitrage à des personnes qui n'y sont pas expressément parties (A/CN.9/460, par. 25).

347. Divers avis ont été exprimés quant à la façon de procéder pour actualiser la Convention de New York. On a notamment estimé que les questions relatives à la formation de la clause compromissoire devraient être traitées par le biais d'un protocole additionnel à la Convention de New York. On a expliqué que le remaniement de l'alinéa 2 de l'article II ou la promotion d'une interprétation uniforme de cet alinéa n'atteindraient leur objectif que s'ils étaient dotés de l'autorité nécessaire, sous la forme de dispositions conventionnelles de nature analogue à celles de la Convention de New York. Si certains intervenants se sont rangés à cet avis, d'autres ont craint qu'une tentative de révision de la Convention de New York ne mette en danger les excellents résultats obtenus au cours de plus de quarante années de reconnaissance et d'application internationales des sentences arbitrales étrangères grâce à l'acceptation de la Convention dans le monde entier. En réponse à cette crainte, on a toutefois fait remarquer que le succès même de la Convention de New York et son statut de norme mondiale devraient permettre à la CNUDCI d'entreprendre une révision limitée du texte si cela était nécessaire, afin d'adapter les dispositions de la Convention à l'évolution des réalités commerciales et pour faire en sorte qu'elle conserve, ou pour lui rendre, la place centrale qui est la sienne dans le domaine de l'arbitrage commercial international.

348. D'autres intervenants ont estimé que l'on ne devrait pas entreprendre de réviser la Convention de New York directement, mais qu'il était possible de parvenir au résultat souhaité concernant l'alinéa 2 de l'article II en élaborant une loi type. Cette dernière, qui pourrait être à l'intention des législateurs nationaux, viserait à remplacer les dispositions dépassées de cet alinéa 2 de l'article II en se fondant sur la disposition sur la loi la plus favorable énoncée à l'article VII de la Convention. Si certains se sont déclarés partisans de cette solution, on a fait remarquer qu'elle ne serait envisageable que si l'alinéa 2 de l'article II n'était plus considéré comme une règle uniforme établissant la prescription de la forme écrite minimale, mais plutôt la prescription de forme maximale. On a fait remarquer qu'il n'était pas garanti actuellement qu'une telle interprétation soit acceptée dans le monde entier, et qu'elle ne pourrait l'être qu'à l'issue d'un long processus d'harmonisation s'appuyant sur la jurisprudence. On a toutefois indiqué que la Commission pouvait contribuer utilement à l'accélération de ce processus en élaborant (outre une loi type) des principes directeurs ou d'autres textes n'ayant pas force obligatoire à l'intention des tribunaux qui les utiliseraient comme des conseils donnés par la communauté internationale pour l'application de la Convention de New York. On a également émis l'idée que toute loi type susceptible d'être élaborée au sujet de la formation de la convention d'arbitrage pourrait comporter une disposition s'inspirant de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, afin d'en faciliter l'interprétation par référence à des principes internationalement acceptés.

349. Selon une autre opinion encore, il faudrait rechercher une solution intermédiaire, afin d'éviter à la fois les risques que pourrait comporter une révision de la Convention de New York et les inconvénients qu'il pourrait y avoir à se contenter d'une harmonisation progressive grâce

à une loi type et à l'interprétation de la jurisprudence. On a ainsi jugé que l'on pourrait envisager d'élaborer une convention distincte de la Convention de New York, en vue de traiter des cas qui échappent au champ d'application de cette dernière, y compris (non exclusivement) les cas où la convention d'arbitrage n'a pas respecté la prescription de forme établie à l'alinéa 2 de l'article II. Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui. Selon une autre opinion, toutefois, l'expérience montrait que l'adoption et la ratification par un grand nombre de pays d'une nouvelle convention pouvaient prendre de nombreuses années et il y aurait dans l'intervalle une absence d'uniformité peu souhaitable. On a indiqué que la solution proposée serait particulièrement appropriée pour traiter d'un certain nombre de cas concrets mentionnés plus haut et posant des problèmes sérieux au regard de la Convention de New York (voir par. 346). Toutefois, pour un certain nombre de ces cas (à savoir le transfert de droits ou d'obligations à des tiers non-signataires), on a jugé dans l'ensemble que les problèmes en jeu relevaient de questions générales relatives à la teneur et à la validité de l'opération sous-jacente. On a par conséquent douté qu'il soit souhaitable et possible de tenter de régler ces problèmes par le biais d'un ensemble de dispositions visant avant tout la formation de la convention d'arbitrage.

350. S'agissant de l'établissement des priorités, on a déclaré qu'à moins qu'il ne soit envisagé de modifier la Convention de New York par un protocole ou d'élaborer des dispositions qui prendraient la forme d'un traité les travaux sur les questions posées par l'alinéa 2 de l'article II de la Convention de New York ne devraient pas constituer une priorité, étant donné qu'on ne devait s'attendre à trouver aucune solution satisfaisante. Un appui a été exprimé en faveur de cet avis. Toutefois, selon l'opinion qui a largement prévalu, la Commission devait, pour l'instant, reconnaître qu'il fallait accorder dans le programme des travaux futurs un degré de priorité élevé aux questions liées à la formation de la convention d'arbitrage et qu'aucune des solutions proposées ci-dessus ne devait être écartée avant d'avoir été examinée attentivement par le Groupe de travail auquel cette tâche serait confiée (voir par. 380).

c. Arbitrabilité (A/CN.9/460, par. 32 à 34)

351. Il a été noté que les incertitudes quant au point de savoir si l'objet de certains litiges se prêtait ou non à l'arbitrage étaient source de problèmes dans l'arbitrage commercial international (par exemple, lorsque les arbitres ou les parties, notamment s'ils étaient des étrangers dans le pays de l'arbitrage, ignoraient qu'une question donnée ne pouvait être soumise à l'arbitrage, ou lorsque la loi n'était pas claire et les parties et les arbitres ne savaient pas dans quelle mesure une question pouvait faire l'objet d'une procédure arbitrale).

352. Selon certains avis, il pourrait être utile d'inclure la question de l'arbitrabilité dans le programme de travail, ou pour le moins de prier le secrétariat d'étudier cette question plus avant. Dans la mesure où cette question devrait être examinée, l'objectif ne devrait pas être de tendre vers l'uniformité, mais de promouvoir la transparence des solutions. Les activités pourraient, par exemple, être axées sur l'élaboration d'une disposition uniforme présentant trois ou quatre questions considérées en général comme non arbitrables et priant les États d'énumérer, immédiatement à la suite, toutes les autres questions considérées par eux comme non arbitrables.

353. Cependant, on a craint qu'une liste nationale des questions non arbitrables ne soit contraire à l'objectif visé, du fait de son manque de souplesse. Il a été déclaré que la question de l'arbitrabilité évoluait sans cesse (notamment par la jurisprudence) et que certains États pourraient juger peu souhaitable d'entraver cette évolution. Il a été convenu que cette question devrait recevoir un rang de priorité peu élevé.

d. Immunité de l'État souverain (A/CN.9/460, par. 35 à 50)

354. La Commission a noté que la Commission du droit international continuait d'examiner la question de l'immunité de l'État souverain et que l'Assemblée générale, par sa résolution 53/98 du 20 janvier 1999, avait décidé de créer un groupe de travail de la Sixième Commission chargé d'examiner, à la cinquante-quatrième session, les questions de fond restant à régler concernant le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, projet établi par la Commission du droit international.

355. La Commission a prié le secrétariat de suivre ces travaux et de faire rapport sur les résultats à une date appropriée.

e. Jonction de plusieurs instances arbitrales (A/CN.9/460, par. 51 à 61)

356. Il a été noté que la jonction de plusieurs instances arbitrales n'était pas une question nouvelle et qu'elle revêtait une importance pratique dans l'arbitrage international, notamment lorsqu'un certain nombre de contrats liés entre eux, ou une chaîne de contrats, étaient conclus. Il a donc été jugé qu'il pourrait être utile d'étudier plus avant cette question. Les opinions ont divergé, cependant, quant au rang de priorité à lui donner. Il pourrait aussi être utile que la Commission élabore des principes directeurs, afin d'aider les parties à rédiger des conventions d'arbitrage envisageant la jonction d'instances.

357. Selon un autre avis, il ne serait pas réaliste d'espérer réaliser à ce stade des progrès importants dans ce domaine et la question ne devrait pas être inscrite au programme de travail actuel. Après un débat, il a été décidé que cette question recevrait un rang de priorité peu élevé.

f. Confidentialité de l'information dans les procédures arbitrales (A/CN.9/460, par. 62 à 71)

358. Il a été noté que la question de la confidentialité de l'information dans les procédures arbitrales présentait

deux aspects. Le premier se rattachait au caractère "privé" de l'arbitrage, tel qu'il ressortait des règlements, des conventions ou des méthodes par lesquels les participants à une procédure arbitrale veillaient à ce que les non-participants ne soient pas informés de la procédure. Le second se rattachait à l'obligation de confidentialité, c'est-à-dire l'obligation des participants à une procédure arbitrale de préserver la confidentialité des questions se rattachant à la procédure arbitrale. Il a été noté que, si la question du caractère privé de l'arbitrage était dans une certaine mesure traitée par les règlements d'arbitrage, tels que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, les questions liées à la confidentialité l'étaient rarement dans les règlements d'arbitrage ou dans les lois nationales.

359. Certains ont estimé que cette question devrait être prioritaire. À l'appui de cet avis, il a été expliqué que les parties aux procédures arbitrales étaient de plus en plus préoccupées par l'absence de règles relatives à la confidentialité. On a jugé qu'il serait utile d'étudier toutes ces questions, qui étaient de plus en plus complexes et épineuses. Selon un autre avis, cette question mériterait certes d'être examinée, mais la Commission ne devrait pas lui donner un rang de priorité élevé, du fait de l'absence de toute solution viable. Il semblait à certains peu probable que l'on aboutisse à autre chose qu'une règle disposant que "l'arbitrage est confidentiel, sauf si la loi en dispose autrement". Selon l'avis qui a prévalu, cette question, quoique intéressante, n'était pas prioritaire.

g. Demandes aux fins de compensation (A/CN.9/460, par. 72 à 79)

360. Il a été expliqué que, parfois, dans une procédure arbitrale, le défendeur invoquait une créance qu'il avait contre le demandeur, non en tant que demande reconventionnelle, mais en tant qu'exception aux fins d'une compensation. Il a été noté que, si l'on supposait souvent qu'une créance invoquée aux fins de compensation devait entrer dans le champ d'application de la convention d'arbitrage, il existait des règles (telles que l'article 27 du Règlement d'arbitrage international de la Chambre de commerce de Zurich) qui étaient moins restrictives, dans la mesure où elles disposaient que le tribunal arbitral avait également compétence sur les exceptions invoquées aux fins de compensation, même si la créance compensée n'entrait pas dans le champ d'application de la clause compromissoire.

361. Selon certains avis, il était en général jugé bon qu'un tribunal arbitral ne puisse connaître d'une demande que si celle-ci entrait dans le champ d'application de la convention d'arbitrage et l'examen de cette question ne serait sans doute pas productif. Il a été convenu que la question devrait recevoir un rang de priorité peu élevé.

h. Décisions prises par des tribunaux arbitraux incomplets (A/CN.9/460, par. 80 à 91)

362. Il a été noté que si, durant une procédure arbitrale devant un tribunal composé de trois arbitres, l'un des arbitres démissionnait de mauvaise foi, peut-être en collusion avec l'une des parties, il ne serait peut-être pas équitable de retarder la procédure pour trouver un remplaçant à cet arbitre et que, dans certains cas, les deux arbitres restants devraient être habilités à poursuivre la procédure et prendre une décision en tant que tribunal "incomplet". Il a été noté que, plus la démission intervenait à un stade avancé de la procédure, plus les problèmes et la perte de ressources étaient graves. Il a été noté que certains règlements d'arbitrage (comme il est indiqué dans le document A/CN.9/460) permettaient, dans certaines circonstances, que les sentences soient prononcées par des tribunaux incomplets.

363. Selon certains avis, la question devrait être étudiée plus avant par le secrétariat et être examinée par la Commission. Certains ont considéré que cette question devrait être traitée au niveau des règlements d'arbitrage, alors que d'autres ont jugé que l'on pourrait également envisager une disposition législative type. Il a été noté qu'il existait déjà des solutions dans des règlements d'arbitrage, ainsi que des exemples de solutions législatives. Selon un autre avis, les cas de tribunaux incomplets étaient rares dans la pratique. On a jugé qu'il ne serait pas souhaitable de tenter de légiférer sur cette question qui posait des problèmes délicats, notamment lorsqu'il s'agissait de reconnaître et d'exécuter une sentence prononcée par un tribunal incomplet et qu'il serait difficile d'arriver à des solutions concertées. On a fait remarquer que des tribunaux incomplets avaient statué même en l'absence de règles formelles. Il a été décidé que la question recevrait un rang de priorité peu élevé.

i. Responsabilité des arbitres (A/CN.9/460, par. 92 à 100)

364. Il a été noté que les lois nationales comportant des dispositions sur cette question se répartissaient en général en deux catégories. Dans une catégorie, l'accent était mis sur la délimitation de la responsabilité des arbitres, ainsi que, dans certains cas, d'autres participants (dans certains États de cette catégorie, les arbitres étaient considérés comme des juges et se voyaient accorder des immunités similaires). Dans l'autre catégorie, on s'attachait à décrire la norme de responsabilité (dans certains pays, les arbitres étaient considérés comme des spécialistes aux services rémunérés, auxquels s'appliquaient les normes de responsabilité applicables aux autres spécialistes). Dans de nombreux pays, cette question n'était pas traitée par la législation.

365. Selon un avis, cette question devrait être examinée plus en avant. Il a été déclaré que, comme de nombreux pays n'avaient pas de lois en la matière, il serait utile que la Commission donne des solutions types.

366. Selon un autre avis, vu les différentes approches adoptées selon les systèmes juridiques, la Commission ne devrait pas examiner cette question, car il était peu probable que l'on arrive à un consensus sur une solution viable. Si elle le faisait sans pouvoir parvenir à une solution, elle augmenterait inutilement l'importance du sujet et serait source de confusion. Il a été convenu que la question (qu'il serait plus approprié d'intituler "immunité des arbitres") devrait recevoir un rang de priorité peu élevé.

j. Pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts (A/CN.9/460, par. 101 à 106)

367. On a noté que le pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts était une question très importante sur le plan pratique, qu'elle se posait souvent et pouvait concerner des sommes d'argent considérables. On a précisé que dans certains systèmes juridiques ce pouvoir n'était pas implicite en l'absence d'accord entre les parties et que la question englobait également les règles (relevant en grande partie du droit applicable au fond du litige) relatives à des questions connexes telles que celles mentionnées au paragraphe 106 du document A/CN.9/460.

368. On a estimé que cette question était importante, qu'il pourrait être utile de l'étudier de façon plus approfondie et que l'absence de dispositions législatives types posait problème, en particulier dans les cas où cela empêchait le tribunal arbitral d'accorder des intérêts.

369. Selon une autre opinion, si cette question méritait d'être étudiée ultérieurement, elle n'était pas prioritaire, en particulier parce qu'elle était généralement traitée dans les contrats et que l'on devait laisser les parties en décider. On a déclaré toutefois que fournir des conseils et des solutions types faciliterait l'arbitrage. On a fait observer que le droit islamique interdisait d'accorder des intérêts, mais que cela n'empêchait pas de trouver des solutions appropriées pour les autres systèmes juridiques. On est convenu d'accorder un degré de priorité peu élevé à la question.

k. Frais d'arbitrage (A/CN.9/460, par. 107 à 114)

370. On a en général estimé qu'il n'était pas urgent de traiter les différentes questions relatives aux frais d'arbitrage. De nombreux règlements d'arbitrage comportaient des dispositions à cet égard et il valait mieux laisser aux parties le soin de s'accorder sur la question. On a décidé de ne pas placer cette question parmi les questions prioritaires.

l. Force exécutoire des mesures conservatoires (A/CN.9/460, par. 115 à 127)

371. On est largement convenu, au sein de la Commission, que la question de la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral était de la plus haute importance sur le plan pratique, mais que, dans de nombreux systèmes juridiques, elle n'était pas traitée de façon satisfaisante. On a estimé que les solutions que la Commission élaborerait à cet égard constitueraient une réelle contribution à la pratique de l'arbitrage commercial international. On a décidé de traiter cette question par la voie législative. Alors que certains intervenants ont estimé qu'élaborer une convention serait une façon satisfaisante de procéder, on s'est également exprimé en faveur de l'élaboration d'une législation type.

372. S'agissant de la teneur des travaux futurs, plusieurs observations et propositions ont été faites. Il a notamment été suggéré d'envisager, outre l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires dans l'État où l'arbitrage a lieu, l'exécution de ces mesures également hors du territoire de cet État. On a avancé que les travaux futurs pourraient avoir pour objectif de rendre exécutoires les mesures provisoires ou conservatoires au même titre que les sentences arbitrales, mais qu'il ne fallait pas perdre de vue que ces mesures se distinguaient des sentences arbitrales en quelques points importants (ainsi, une mesure conservatoire pouvait être ordonnée, par défaut, et revue par un tribunal arbitral à la lumière de circonstances nouvelles). En ce qui concerne les mesures adoptées par défaut, on a fait observer que, dans certains systèmes juridiques, elles ne pouvaient être ordonnées que pour une période limitée (par exemple, 10 jours) et qu'une audience devait par la suite se tenir afin de revoir ladite mesure. Il a aussi été proposé d'examiner la question de l'aide des juridictions étatiques dans l'arbitrage (sous forme de mesures provisoires ou conservatoires avant le début de la procédure arbitrale).

373. On est convenu de ranger cette question parmi les premières priorités.

m. Possibilité d'exécution d'une sentence annulée dans l'État d'origine (A/CN.9/460, par. 128 à 144)

374. On est généralement convenu que les cas d'exécution d'une sentence annulée dans l'État d'origine, quoique rares, pourraient être la source de problèmes graves; ils donnaient lieu à des clivages et, à moins de trouver des solutions harmonisées, risquaient de gêner le bon fonctionnement du système d'arbitrage commercial international. On a donc jugé nécessaire que la Commission inscrive cette question à son ordre du jour et charge un groupe de travail d'étudier diverses solutions envisageables. Plusieurs solutions possibles ont été évoquées, sans que l'on en discute de façon approfondie.

375. Une de ces solutions consistait à faire une distinction entre les motifs de refus de l'exécution d'une sentence qui étaient reconnus internationalement et ceux qui ne l'étaient pas; cette solution pouvait s'inspirer de l'article IX de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961). Une autre solution était d'élaborer des dispositions qui compléteraient et préciseraient l'article VII de la Convention de New York, en vertu duquel une partie peut demander l'exécution d'une sentence arbitrale dans un État autre que celui où cette sentence a été prononcée, en se fondant sur des dispositions de droit plus favorables que celles de la Convention de New York. On a avancé qu'une autre solution pouvait être de ne pas tenir compte, aux fins de l'exécution, du seul fait que la sentence ait été annulée. On a noté qu'il pourrait être utile que la Commission publie une déclaration de principes sur la question.

376. On est convenu d'accorder à cette question un degré élevé de priorité.

n. Examen et révision possible de la Convention européenne (1961) de la Commission économique pour l'Europe

377. Pour ce qui est de l'examen actuel et d'une révision future possible de la Convention européenne sur l'arbi-

trage commercial international [conclue en 1961 à Genève sous les auspices de la Commission économique pour l'Europe (CEE)], mentionnés dans la note du secrétariat (A/CN.9/460, par. 6), des déclarations ont été faites par l'observateur de la CEE (ONU) et les deux vice-présidents du Groupe de travail spécial officieux (le "Groupe de travail du WP.5 sur la Convention d'arbitrage") établi à cette fin par le Groupe de travail des contrats internationaux en usage dans l'industrie (WP.5) de la CEE (ONU). La Commission a été informée que le Groupe de travail du WP.5 sur la Convention d'arbitrage avait pour mandat d'examiner la Convention européenne de 1961 pour déterminer si elle était toujours utile, si son utilité n'était pas remise en cause par les conventions existantes, et s'il était souhaitable de réviser cette convention afin d'en renforcer l'utilité pour les signataires actuels et les nouveaux signataires potentiels (et peut-être de la faire accepter à l'échelon mondial), ainsi que de faire rapport sur les problèmes actuels de l'arbitrage international et de faire des suggestions sur la manière dont ces problèmes pourraient être traités et sur l'organisation qui serait le mieux à même de le faire. La Commission a été invitée à envisager d'entreprendre conjointement cette tâche avec la CEE (ONU) dans l'exécution de son mandat de coordination et de coopération, et afin d'éviter tout double emploi.

378. La Commission est convenue qu'il faudrait éviter tout double emploi, qui serait source d'un gaspillage de ressources. C'est pourquoi, et de manière à éviter des résultats qui ne seraient pas cohérents, il était hautement souhaitable d'assurer une coordination et une coopération étroites. Afin de déterminer quel était le meilleur moyen d'arriver à ces fins, il fallait tenir dûment compte de la composition et du mandat des organisations en question. Dans ce contexte, il a été noté: que tous les États européens et les quelques États membres non européens de la CEE (ONU) soit étaient membres de la Commission, soit pouvaient activement participer à ses délibérations; que la Commission était l'organe juridique central, au sein du système des Nations Unies, dans le domaine du droit commercial international; et que l'arbitrage commercial international était une question qui avait un caractère universel que la Commission était mieux à même de traiter. Il a également été noté qu'il serait plus approprié qu'une organisation régionale traite des questions particulières intéressant essentiellement ou exclusivement sa région.

379. Par conséquent, la Commission a instamment prié la CEE (ONU), en particulier son Comité pour le développement du commerce, de l'industrie et des entreprises, lorsqu'ils détermineraient le mandat du Groupe de travail du WP.5 sur la Convention d'arbitrage, de se concentrer sur les questions propres à la région européenne ou sur le fonctionnement de la Convention européenne de 1961 (par exemple, son article IV et le mécanisme qui s'y rattache) et d'éviter d'examiner des questions d'intérêt général concernant l'arbitrage, qui seraient probablement traitées par le Groupe de travail de la CNUDCI sur l'arbitrage. La Commission a prié son secrétariat, dans la limite des ressources existantes, d'aider le Groupe de travail de la CEE (ONU) dans cette tâche. Il a été convenu que les mesures concrètes qui seraient prises pour assurer la coopération future entre les deux organisations devraient être adaptées à l'évolution de ces deux projets.

D. Conclusion

380. Après avoir conclu le débat et l'échange de vues sur ses travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage commercial international, la Commission a décidé de confier ces travaux à un groupe de travail et a prié le secrétariat de préparer les études nécessaires. On a décidé que les thèmes que le groupe de travail devrait aborder en priorité seraient la conciliation (voir par. 340 à 343 ci-dessus), la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage (voir par. 344 à 350 ci-dessus), la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires (voir par. 371 à 373 ci-dessus) et la possibilité d'exécution d'une sentence annulée dans l'État d'origine (voir par. 374 et 375 ci-dessus). Le secrétariat devrait établir pour la première session du groupe de travail les documents nécessaires pour étudier au moins deux, éventuellement trois, de ces quatre thèmes. Concernant les autres thèmes abordés dans le document A/CN.9/460 et ceux proposés lors de la session de la Commission (voir par. 339 ci-dessus) et que l'on n'a pas jugé prioritaires, le groupe de travail devrait décider du moment et de la manière de les traiter.

VII. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES DANS LE DOMAINE DU DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

381. La Commission était saisie d'une proposition de l'Australie (A/CN.9/462/Add.1) relative aux travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Cette proposition faisait référence aux récentes crises financières régionales et mondiales et aux travaux entrepris au sein d'instances internationales pour y faire face. Les rapports établis par ces instances soulignaient la nécessité de renforcer le système financier international dans trois domaines: transparence; responsabilisation; et gestion des crises financières internationales par les systèmes financiers nationaux. Selon ces rapports, des régimes solides en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers constituaient un moyen important de prévenir ou de circonscrire les crises financières et de faciliter la restructuration rapide et ordonnée d'un endettement excessif. Dans la proposition dont était saisie la Commission, il était avancé que, vu le caractère universel de sa composition et les travaux qu'elle avait déjà menés à bien sur l'insolvabilité internationale, ainsi que ses relations de travail avec des organisations internationales ayant des compétences et des intérêts particuliers dans le domaine du droit de l'insolvabilité, la Commission constituait une instance appropriée pour examiner la question du droit de l'insolvabilité. Dans cette proposition, la Commission était instamment priée d'envisager de confier à un groupe de travail l'élaboration d'une loi type sur l'insolvabilité des sociétés, afin de promouvoir et d'encourager l'adoption de régimes nationaux efficaces en la matière.

382. La Commission s'est félicitée de cette proposition. Elle a noté que divers projets avaient déjà été entrepris par d'autres organisations internationales, telles que le Fonds monétaire international, la Banque mondiale et l'Association internationale du barreau dans le domaine de l'élaboration de normes et de principes pour les régimes d'insol-

vabilité. Elle a noté que l'objectif de ces organisations, dont le domaine d'activité et les méthodes de travail étaient différents du fait de leur mandat et de leur composition, était de moderniser les pratiques et les lois en matière d'insolvabilité. Les initiatives prises au sein de ces organisations étaient la preuve qu'il fallait aider les États à réévaluer leurs lois et pratiques en la matière. Il fallait toutefois également renforcer la coopération, s'il y avait lieu, entre ces diverses initiatives, afin d'éviter les doubles emplois et d'arriver à des résultats cohérents.

383. La Commission s'est déclarée consciente de l'importance pour tous les pays de disposer de régimes solides en matière d'insolvabilité. Selon une opinion, le type de régime adopté par un pays était devenu un facteur de première importance dans les cotes de solvabilité internationales. On s'est toutefois déclaré préoccupé par les difficultés qu'entraîneraient des travaux à l'échelon international dans le domaine du droit de l'insolvabilité, car cela supposait des choix sociopolitiques difficiles et potentiellement divergents. Vu ces difficultés, on a craint que ces travaux n'aboutissent pas. On a déclaré qu'il ne serait très probablement pas possible d'élaborer une loi type universellement acceptable et que les travaux dans ce domaine devraient se fonder sur une approche souple laissant aux États divers choix et options. Cette notion d'approche souple a certes reçu un écho favorable, mais il a été dans l'ensemble convenu que la Commission ne pourrait prendre une décision définitive et s'engager à constituer un groupe de travail chargé d'élaborer une loi type ou un autre texte sans procéder auparavant à une étude des travaux déjà entrepris par d'autres organisations et sans avoir examiné toutes les questions pertinentes.

384. Afin de faciliter cette étude, la Commission a été invitée par le secrétariat à envisager de consacrer une session d'un groupe de travail à la détermination de ce qui pourrait constituer, dans le contexte actuel, un produit approprié (loi type, dispositions types, ensemble de principes ou autre texte) et à la délimitation du champ des questions qui seraient incluses dans ce produit. Des avis divergents ont été exprimés sur ce point. Selon un avis, davantage de travaux préparatoires devraient être entrepris par le secrétariat et présentés à la Commission à sa trente-troisième session avant qu'une décision ne soit prise sur le lancement de travaux de fond relatifs à l'élaboration d'une loi uniforme ou d'un autre texte ayant valeur de recommandation. Selon un autre avis, cette question pourrait être examinée lors d'une session d'un groupe de travail, afin que les divers aspects puissent être examinés au préalable, et un rapport serait soumis à la Commission à sa trente-troisième session, en 2000, concernant la possibilité d'entreprendre des travaux dans le domaine de l'insolvabilité. La Commission disposerait alors de suffisamment de renseignements pour prendre une décision définitive sur ce point. Il a été souligné que les travaux préparatoires de la session du groupe de travail exigeraient une coordination avec d'autres organisations internationales déjà actives dans le domaine du droit de l'insolvabilité, car les résultats de leurs travaux constitueraient des éléments importants à prendre en considération dans les délibérations qui aboutiraient à une recommandation sur la contribution que pourrait utilement apporter la Commission dans ce domaine. Il a été noté que l'importance et l'urgence des travaux sur le droit de l'insolvabilité avaient été soulignées au sein d'un certain nombre d'organisations internationales et il a été convenu que davantage de travaux étaient requis pour promouvoir l'élaboration et l'adoption de régimes nationaux efficaces en matière d'insolvabilité des sociétés.

385. Selon l'avis qui a prévalu au sein de la Commission, une session exploratoire d'un groupe de travail devrait être organisée en vue de l'élaboration d'une proposition sur les travaux qu'il serait possible d'entreprendre, proposition qui serait soumise à la Commission à sa trente-troisième session. Par la suite, après que la Commission eut étudié les travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage (voir par. 380), il a été décidé que le groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité tiendrait cette session exploratoire à Vienne du 6 au 17 décembre 1999.

VIII. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX TEXTES DE LA CNUDCI

386. La Commission a noté avec satisfaction les travaux en cours dans le cadre du système mis en place pour la collecte et la diffusion de la jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI (CLOUT). Il a noté que ce système constituait un moyen important de promouvoir une interprétation et une application uniformes des textes de la CNUDCI en donnant la possibilité aux personnes intéressées, notamment les juges, arbitres, avocats ou parties à des opérations commerciales, de prendre en compte les décisions et sentences d'autres juridictions et de rendre leurs jugements, de donner une opinion, ou d'ajuster leurs actions en fonction de l'interprétation acceptée de ces textes.

387. La Commission a pris note du rôle précieux que jouaient les correspondants nationaux dans la collecte des décisions judiciaires et sentences arbitrales pertinentes et dans la préparation de résumés en vue de leur compilation et de leur distribution par le secrétariat. Il a toutefois été noté que les contributions des correspondants nationaux étaient très inégales, pour ce qui est tant de l'ampleur des rapports que de la qualité des résumés établis. Il a été noté que des améliorations dans ces deux domaines permettraient de rendre sensiblement plus fiable le système et éviteraient au secrétariat d'avoir à effectuer des révisions importantes.

388. Il a par ailleurs été noté qu'alors que 58 juridictions avaient nommé des correspondants nationaux 30 autres ne l'avaient pas encore fait. Ces dernières étaient habilitées à procéder à une telle nomination soit parce qu'elles étaient parties à une convention de la CNUDCI en vigueur, soit parce qu'elles avaient adopté une législation fondée sur une loi type de la CNUDCI. Notant qu'il importait que toutes les juridictions soumettent des rapports uniformes, la Commission a prié instamment les États ne l'ayant pas encore fait de désigner un correspondant national. Elle les a également instamment priés d'aider dans toute la mesure possible les correspondants nationaux dans leur tâche.

389. Il a en outre été noté que le nombre d'États ayant adhéré à des conventions ou ayant adopté des lois fondées

sur des lois types élaborées par la Commission avait augmenté sensiblement, de même que, par conséquent, le nombre de décisions fondées sur ces textes. On s'est déclaré vivement préoccupé par l'augmentation de la charge de travail qui en découlait pour le secrétariat de la Commission; ce dernier ne pourrait sans doute pas la supporter plus longtemps sans une augmentation sensible de ses effectifs.

IX. FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE

390. La Commission était saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/461) présentant les activités entreprises depuis la dernière session et indiquant l'orientation des futures activités prévues, compte tenu en particulier de l'augmentation des demandes reçues par le secrétariat. Il a été noté que les activités de formation et d'assistance technique prenaient ordinairement la forme de séminaires et de missions d'information, qui avaient pour but d'expliquer les principales caractéristiques des textes de la CNUDCI et les avantages que les États pouvaient tirer de leur adoption.

391. On a indiqué qu'avaient été organisés, depuis la dernière session, les séminaires et missions d'information suivants: Lusaka (Zambie), du 20 au 22 avril 1998; Yaoundé (Cameroun), le 27 avril 1998; Douala (Cameroun), du 28 au 30 avril 1998; Manama (Bahreïn), les 12 et 13 mai 1998; La Paz (Bolivie), le 18 mai 1998; Cochabamba (Bolivie), le 20 mai 1998; Santa Cruz (Bolivie), le 22 mai 1998; Lima (Pérou), du 25 au 29 mai 1998; Bakou (Azerbaïdjan), les 24 et 25 septembre 1998; Oulan-Bator (Mongolie), du 21 au 23 octobre 1998; Beijing (Chine), du 26 au 30 octobre 1998; Bucarest (Roumanie), les 29 et 30 octobre 1998; Sofia (Bulgarie), les 2 et 3 novembre 1998; Shanghai (Chine), du 4 au 6 novembre 1998; Sao Paulo (Brésil), le 16 novembre 1998; Brasilia (Brésil), les 19 et 20 novembre 1998; Caracas (Venezuela), du 24 au 27 novembre 1998; Buenos Aires (Argentine), les 30 novembre et 1er décembre 1998; Guatemala (Guatemala), les 11 et 12 mars 1999; Mexico (Mexique), du 15 au 17 mars 1999, et Monterrey, Nuevo León (Mexique), le 20 mars 1999. Le secrétariat de la Commission a indiqué qu'il avait été impossible d'accéder à un certain nombre de demandes en raison du manque de ressources et que pour le reste de l'année 1999 il pourrait être satisfait à une partie seulement des demandes faites par des pays d'Afrique, d'Asie, d'Amérique latine et d'Europe orientale.

392. 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 la formation et l'assistance technique étaient particulièrement utiles aux pays en développement qui manquaient de connaissances spécialisées dans les domaines du droit commercial sur lesquels portaient les travaux de la CNUDCI. On a fait observer que ces activités pouvaient jouer un rôle important dans l'intégration économique que de nombreux pays s'efforçaient de réaliser.

393. La Commission a pris note des diverses formes que pouvait prendre l'assistance technique offerte aux États préparant des lois fondées sur les textes de la CNUDCI: examen d'avant-projets de textes de lois sur la base des textes de la CNUDCI; élaboration d'une réglementation pour l'application de ces lois; commentaires sur les rapports des commissions de réforme du droit; réunions d'information à l'intention des législateurs, des juges, des arbitres, des responsables de la passation des marchés et d'autres utilisateurs des textes de la CNUDCI incorporés dans le droit interne. Il a été noté que la vague de réformes du droit commercial était pour la Commission une occasion unique de promouvoir avec force les objectifs d'une coordination et d'une accélération sensibles du processus d'harmonisation et d'unification du droit commercial international, tels qu'envisagés par l'Assemblée générale dans sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966.

394. La Commission a pris note avec satisfaction des contributions de la Finlande, de la Grèce et de la Suisse au titre du programme de séminaires. Elle a également exprimé ses remerciements au Cambodge, au Kenya et à Singapour pour les contributions qu'ils avaient versées au Fonds d'affectation spéciale pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI. Elle a par ailleurs remercié les autres États et organisations qui avaient contribué à son programme de formation et d'assistance technique en fournissant des fonds ou du personnel ou 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 à ses fonds d'affectation spéciale afin de permettre à son secrétariat de faire face à la demande croissante de formation et d'assistance émanant des pays en développement et des États nouvellement indépendants, et aux représentants des pays en développement d'assister à ses réunions. Il a été proposé, pour remédier aux difficultés financières auxquelles était confrontée la Commission, de tenter d'encourager le secteur privé à contribuer au financement de son programme d'assistance et de formation, étant donné, en particulier, que ce secteur tirait des grands avantages de l'ensemble de ses travaux dans le domaine du droit commercial international.

395. Compte tenu des ressources limitées, budgétaires ou extrabudgétaires dont disposait son secrétariat, on a déclaré craindre fortement que la Commission ne puisse pas s'acquitter pleinement de son mandat en matière de formation et d'assistance technique. On s'est aussi inquiété de ce que, sans une coopération et une coordination efficaces entre les organismes d'aide au développement qui fournissent ou financent une assistance technique et le secrétariat, l'assistance internationale ne conduise 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.

396. En ce qui concerne le programme de stages du secrétariat de la Commission, d'aucuns se sont déclarés préoccupés par le fait que la majorité des participants étaient des nationaux de pays développés. Tous les États ont été

exhortés à envisager de soutenir des programmes qui favorisent la participation des nationaux de pays en développement au programme de stages.

397. Afin d'assurer l'exécution efficace de son programme de formation et d'assistance ainsi que la publication et la diffusion en temps voulu de ses travaux, la Commission a décidé de recommander à l'Assemblée générale de prier le Secrétaire général d'augmenter sensiblement les ressources à la fois humaines et financières de son secrétariat.

X. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES DE LA CNUDCI

398. Sur la base d'une note du secrétariat (A/CN.9/462), 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 des États et juridictions après le 12 juin 1998 (date de clôture de sa trente et unième session) 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*. Nombre d'États parties: 17;

b) *Convention [non modifiée] sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974)*. Nouvelles mesures: Burundi; nombre d'États parties: 24;

c) *Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg)*. Nouvelles mesures: Burundi; nombre d'États parties: 26;

d) *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)*. Nouvelles mesures: Burundi, Croatie, Kirghizistan, Pérou et Uruguay; nombre d'États parties: 56;

e) *Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988)*. Deux États sont parties à la Convention. Il faut 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)*. Nouvelles mesures: Égypte; deux États sont parties à la Convention. Il faut trois 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)*. Nouvelles mesures: El Salvador, Koweït et Tunisie; cinq États sont parties à la Convention. Elle entrera en vigueur le 1er janvier 2000;

h) *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)*. Nouvelles mesures: Liban, Mozambique, Oman, République démocratique populaire lao, République de Moldova; nombre d'États parties: 121;

i) *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, 1985*. Nouveaux pays ayant adopté une législation fondée sur la Loi type: Macau;

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

k) *Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, 1994*;

l) *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, 1996*. Nouvelles juridictions ayant adopté une législation fondée sur la Loi type: République de Corée, Singapour et, aux États-Unis d'Amérique, Illinois;

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

399. 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 cette dernière. Une telle information serait utile aux autres États qui envisageaient des mesures législatives analogues. On a remercié le secrétariat d'avoir créé sur l'Internet un site où l'on peut accéder aux documents de la CNUDCI. Étant donné les difficultés qu'il rencontrait pour mettre les documents dans toutes les langues officielles et en temps voulu, il a été convenu qu'il fallait augmenter considérablement les ressources dont il disposait à cette fin.

400. Des représentants et observateurs d'un certain nombre d'États ont indiqué que des mesures officielles étaient envisagées en vue d'une adhésion aux diverses conventions et de l'adoption des lois fondées sur les différentes lois types élaborées par la CNUDCI. On a noté que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique était devenue la seule source commune souvent citée par de nombreux pays. Selon une opinion, son adoption récente par la Commission de la technique et des pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale favoriserait probablement la ratification de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by.

401. Il a été noté que, malgré l'intérêt et l'utilité universels de ces textes, un certain nombre d'États n'en avaient pas encore adopté un seul. Les représentants et observateurs ayant participé aux réunions de la Commission et de ses groupes de travail ont été exhortés à contribuer, 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. On a estimé que la publication d'articles dans les revues de droit et la tenue de conférences visant à examiner les textes de la CNUDCI pourraient être utiles à cette fin. On a aussi estimé que l'on pourrait faciliter l'examen d'un texte de la CNUDCI par les organes législatifs en attirant l'attention du secrétariat de la Commission sur toute préoccupation que pouvait susciter ce texte afin qu'elle soit prise en considération.

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

402. La Commission a pris note avec satisfaction de la résolution 53/103 de l'Assemblée générale, en date du 8 décembre 1998, dans laquelle l'Assemblée la félicitait de l'avancement de ses travaux sur le financement par cession de créances, le commerce électronique, les projets d'infrastructure à financement privé et l'incorporation dans les législations nationales de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). La Commission a aussi pris note avec satisfaction du paragraphe 3 de cette résolution, où l'Assemblée la félicitait d'avoir organisé la "Journée de la Convention de New York" pour célébrer le quarantième anniversaire de cette convention.

403. La Commission a également constaté avec satisfaction qu'au paragraphe 4 de la résolution 53/103 l'Assemblée générale engageait les gouvernements qui ne l'avaient pas encore fait à répondre au questionnaire sur le régime juridique régissant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères qui leur avait été adressé par le secrétariat.

404. En outre, la Commission a noté qu'au paragraphe 6 de la résolution 53/103 l'Assemblée générale avait réaffirmé que la Commission, en tant que principal organe juridique 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 du système des Nations Unies et invité 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, et avait 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.

405. La Commission a pris note en l'appréciant de la décision prise par l'Assemblée générale au paragraphe 7 de sa résolution 53/103 de réaffirmer 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, notamment pour l'élaboration de législations nationales fondées sur les textes juridiques issus de ses travaux, ainsi que de l'affirmation au paragraphe 8 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.

406. La Commission a aussi noté avec satisfaction que l'Assemblée générale, au paragraphe 8 *b* de sa résolution 53/103, 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 CNUDCI et, le cas échéant, à aider le secrétariat de la Commission à financer et organiser des séminaires et des colloques, en particulier dans des pays en développement, ainsi qu'à accorder des bourses à des candidats de pays en développement pour leur permettre de participer à ces séminaires et colloques. En outre, il a été noté que l'Assemblée générale, au paragraphe 9 de la même résolution, avait engagé le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes responsables de l'aide au développement, tels que la Banque mondiale et la Banque européenne pour la reconstitution 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.

407. La Commission s'est également félicitée que l'Assemblée générale, au paragraphe 10 de sa résolution 53/103, ait instamment invité 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 membres de la CNUDCI, 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 a été créé en application de la résolution 48/32 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1993.) La Commission a pris note avec satisfaction de la décision prise par l'Assemblée générale, au paragraphe 11, de continuer à envisager, dans le cadre de la grande commission compétente au cours de la cinquante-troisième session, l'octroi d'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.

408. La Commission a accueilli avec satisfaction la demande faite au Secrétaire général par l'Assemblée générale, au paragraphe 12 de la même résolution, de veiller à l'application effective du programme de la Commission. Elle espérait, en particulier, que des ressources suffisantes seraient allouées à son 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 générale son secrétariat manque en général de fonds. En conséquence, il était dans l'impossibilité de publier l'*Annuaire de la CNUDCI* et des brochures où figuraient les textes issus des travaux de la Commission et ne pouvait satisfaire toutes les demandes d'assistance technique.

409. La Commission a noté avec satisfaction que l'Assemblée générale, au paragraphe 13 de sa résolution 53/103, avait souligné qu'il importait de donner effet aux conventions issues des travaux de la CNUDCI 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.

XII. COORDINATION ET COOPÉRATION

A. Droit des transports

410. Il a été rappelé qu'à sa vingt-neuvième session, en 1996, la Commission, bien qu'elle n'eût pas inscrit l'examen des questions relatives au droit des transports à son ordre du jour, avait décidé que le secrétariat centraliserait la collecte d'informations, d'idées et d'opinions concernant les problèmes qui se posaient dans la pratique dans ce domaine 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 (CMI), 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 (AIP)[28].

411. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission a entendu une déclaration faite au nom du CMI 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[29].

412. La Commission a vivement approuvé, à cette session, les travaux exploratoires entrepris par le CMI et le secrétariat. Elle a remercié le premier 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 de l'avancement des travaux et pouvoir examiner les opinions et suggestions qui seraient formulées[30].

413. À la session en cours, il a été déclaré, au nom du CMI, que l'Assemblée et le Conseil exécutif du CMI s'étaient félicités qu'on ait entrepris de recueillir des informations sur des questions relatives au droit international des transports, pour lesquelles aucune harmonisation n'avait encore eu lieu au niveau international, et qu'un groupe de travail ait été chargé, au sein du CMI, d'étudier un large éventail de questions relatives au droit international des transports en vue de recenser les domaines dans lesquels une unification ou une harmonisation étaient requises par les industries concernées. Lors de cette étude, il est apparu que lesdites industries portaient un grand intérêt à la réalisation de ce projet et qu'elles se proposaient d'y participer en apportant leurs connaissances techniques et juridiques. À en juger par cette réaction favorable et par les premières conclusions auxquelles le groupe de travail du CMI était parvenu, il a semblé qu'une harmonisation plus poussée du droit des transports profiterait énormément au commerce international. Le groupe de travail avait repéré un certain nombre de points qui n'étaient pas traités par les instruments d'unification existants et qui étaient réglementés par des lois nationales, qui n'étaient toutefois pas harmonisées au niveau international. Dans le domaine du commerce électronique, ce manque d'harmonisation se faisait encore plus sentir. On a également indiqué que le groupe de travail avait constaté qu'il existait de nombreux points de convergence entre les différents types de contrats passés aux fins du commerce et du transport internationaux de marchandises (contrats de vente, contrats de transport, contrats d'assurance, lettres de crédit, contrats de réexpédition et autres contrats annexes). Le groupe de travail tentait de mettre au clair la nature et la fonction de ces relations et de recueillir et analyser les règles qui les gouvernent. Cela l'amènerait ultérieurement à réévaluer les principes de responsabilité, au vu de leur compatibilité avec les règles relatives au transport des marchandises en général.

414. On a en outre indiqué que le groupe de travail du CMI avait entrepris une enquête pour laquelle il avait envoyé un questionnaire à toutes les organisations membres du CMI couvrant un grand nombre de systèmes juridiques. Parallèlement, les organisations internationales intéressées et celles qui s'occupent de transport international avaient été invitées à prendre part à une réunion devant se tenir le 30 juin 1999 à Londres, où des points particuliers intéressant ces organisations seraient examinés et ajoutés à l'ordre du jour du groupe de travail.

415. Le CMI avait l'intention, une fois reçues les réponses à son questionnaire, de créer un sous-comité international chargé d'analyser les informations communiquées et de définir une base de travail en vue d'harmoniser la législation en matière de transport international de marchandises. On a précisé que l'enthousiasme dont l'industrie avait jusqu'ici fait preuve et les premières conclusions auxquelles on était parvenu concernant les domaines du droit exigeant une meilleure harmonisation laissent supposer que ce projet pourrait, à terme, déboucher sur un instrument d'harmonisation universellement acceptable. Le CMI a assuré à la Commission qu'il lui apporterait son aide pour l'élaboration d'un tel instrument.

416. Rendant hommage à la Commission pour son étroite collaboration avec le CMI dans le domaine du droit des transports, le représentant du Comité a évoqué la nécessité d'un échange d'idées créatif entre experts venant de divers secteurs s'intéressant aux transports de marchandises, de différents systèmes juridiques et de pays à différents stades de développement. À cet égard, il a été rappelé que la Commission avait organisé à plusieurs occasions des manifestations (telles que la Journée de la Convention de New York le 10 juin 1998 pendant sa trente et unième session tenue en 1998) et il a été estimé qu'il serait utile de procéder à un tel échange d'idées dans le cadre d'un colloque qui réunirait le plus de participants possible et serait organisé pendant la session annuelle de la Commission, en 2000.

417. Suite à la déclaration faite au nom du CMI, des remerciements ont été adressés au Comité pour les travaux réalisés jusque-là; l'annonce d'une étude, qui ne se limiterait

[28] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 210 à 215.

[29] Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 264.

[30] Ibid., par. 266.

pas à la responsabilité des transporteurs mais examinerait aussi l'interdépendance de plusieurs contrats utilisés dans le transport international de marchandises, ainsi que la nécessité de donner une assise juridique aux pratiques modernes en matière de contrats et de transports, a été accueillie avec intérêt. Il a été indiqué que les divergences croissantes dans le domaine du transport international de marchandises étaient une source de préoccupation et que, afin de donner une certaine base juridique aux pratiques modernes en matière de contrats et de transports, il était nécessaire de ne pas se limiter aux questions liées à la responsabilité et, au besoin, de reconsidérer les positions adoptées par le passé. En outre, il a été dit que plusieurs initiatives régionales menées dans le domaine du droit des transports devaient être examinées et prises en considération dans tout travail qui serait entrepris dans le domaine du droit.

418. La Commission a remercié le CMI d'avoir donné suite à sa demande de coopération et elle a prié le secrétariat de continuer à collaborer avec celui-ci dans la collecte et l'analyse d'informations. Elle espérait qu'un rapport lui serait remis à une prochaine session, dans lequel seraient présentés les résultats de l'étude ainsi que des propositions de travaux futurs.

B. Comité consultatif juridique afro-asiatique

419. Il a été déclaré au nom du Comité consultatif juridique afro-asiatique que ce dernier examinait les rapports sur les travaux de la CNUDCI lors de ses sessions annuelles. Le Comité se félicitait des travaux de la Commission sur les projets d'infrastructure à financement privé, avait pris note avec satisfaction des progrès considérables que celle-ci avait réalisés dans l'élaboration d'un projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement, avait approuvé les travaux qu'elle avait entrepris sur le commerce électronique et avait réitéré son soutien aux travaux qu'elle menait actuellement dans le domaine de l'arbitrage. La Commission a été informée de la résolution adoptée à la session que le Comité a tenue en 1999, résolution dans laquelle le Secrétaire général du Comité a été chargé d'étudier la possibilité d'organiser un séminaire ou un atelier en 1999, en collaboration avec la CNUDCI et la CNUCED. La Commission s'est félicitée de cette déclaration et s'est réjouie de tous les efforts déployés en vue de renforcer la coopération avec le Comité consultatif juridique afro-asiatique.

C. Institut international pour l'unification du droit privé

420. La Commission a été informée qu'outre la future convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles les points ci-après figuraient au programme de travail de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT): le franchisage, les questions de commerce électronique en rapport avec la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (Convention CMR), la révision et le développement des Principes d'UNIDROIT en matière de contrats commerciaux internationaux et les aspects transnationaux de la procédure civile. On a fait observer qu'un groupe d'étude examinait l'élaboration d'un guide juridique sur le franchisage international. Il a également été indiqué qu'un autre groupe d'étude examinait la possibilité de modifier ou de compléter la Convention CMR de sorte qu'elle tienne suffisamment compte des moyens de communication électroniques. En ce qui concerne les Principes, il a été déclaré que ceux-ci étaient actuellement revus, afin que des questions comme la représentation, la cession, les droits de compensation et la prescription des actions soient prises en considération. S'agissant de la procédure civile, il a été dit qu'un groupe d'étude examinait, en collaboration avec l'American Law Institute, les règles nationales de la procédure civile qui étaient communes à de nombreux systèmes juridiques et pouvaient servir de base à un ensemble de règles de procédure transnationales.

421. La Commission s'est félicitée de la collaboration avec UNIDROIT. Il a été estimé que cette collaboration était nécessaire à une utilisation optimale des ressources allouées à chaque organisation en faveur de l'unification du droit.

XIII. QUESTIONS DIVERSES

A. Demande d'approbation des Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98) et des Règles uniformes pour les "Contract Bonds" (RUCB)

422. La Commission était saisie d'une note par laquelle l'Institute of International Banking Law and Practice la priait d'envisager de recommander que les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98), approuvées par la Commission de technique et pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale, soient utilisées dans le monde entier. La Commission a également été informée d'une demande que lui a adressée le Secrétaire général de la Chambre de commerce internationale (CCI) afin qu'elle envisage de reconnaître et d'approuver formellement les Règles uniformes pour les "Contract Bonds" (RUCB. Pour l'examen de ces questions, la Commission était saisie du texte des RPIS 98 (A/CN.9/459) et de celui des RUCB (A/CN.9/459/Add.1).

423. Il a été rappelé que la Commission avait approuvé les INCOTERMS 1990 à sa vingt-cinquième session, en 1992[31], et les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 500) à sa vingt-septième session, en 1994[32]. On a évoqué l'importance des RPIS 98 en tant que règles privées de caractère pratique applicables aux lettres de crédit stand-by. On a fait remarquer que c'était durant les délibérations du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de la CNUDCI, qui avaient abouti à l'adoption de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, qu'était née l'idée d'élaborer de telles règles. Les RPIS 98 ont été conçues de manière à compléter la Convention, dont l'utilisation est recomman-

[31]Ibid., *quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17), par. 161.

[32]Ibid., *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), par. 230.

dée dans leur préface officielle. L'élaboration des RPIS 98 a elle-même donné lieu à des consultations régulières avec le secrétariat de la CNUDCI et elle a été l'occasion de promouvoir l'adoption de la Convention. C'est avec une satisfaction particulière que la Commission a noté que la Commission de technique et pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale avait recommandé l'adoption de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by.

424. On a également évoqué l'importance des RUCB, qui constituent un outil pratique digne d'éloge, et la nécessité de les faire plus largement connaître.

425. La Commission s'est félicitée des travaux qui avaient abouti à l'élaboration de ces règles et pratiques et a accueilli avec satisfaction les demandes d'approbation y relatives. Toutefois, si plusieurs délégations ont émis le souhait d'approuver le texte des RPIS 98 et des RUCB à la session en cours, d'autres ont indiqué que, la publication tardive du document A/CN.9/459 et Add.1 ne leur ayant pas permis de mener les consultations préalables nécessaires, elles n'étaient pas disposées à approuver ces textes à cette session. La Commission s'est jugée contrainte, avec regret, de reporter la question de l'approbation à sa session suivante.

B. Association pour le droit commercial

426. La Commission a rappelé que l'Association pour le droit commercial avait été créée en 1997 en tant qu'association internationale non gouvernementale et lieu de rencontre pour les particuliers, organisations et institutions souhaitant appuyer la Commission dans ses travaux. Elle a pris note des projets que l'on se proposait de soumettre à l'Association et qui portent notamment sur: la création d'un réseau de correspondants en vue de favoriser l'essor d'activités liées aux travaux de la CNUDCI partout dans le monde et de faire connaître ces activités; la publication d'un bilan annuel des travaux liés aux activités de la CNUDCI; l'octroi d'une assistance (documents et informations pertinents et appui) pour l'élaboration des textes de la CNUDCI; la mise sur pied d'un programme de bourses et d'un programme à l'intention des universitaires; la coordination des efforts de réforme du droit menés par la CNUDCI et d'autres organisations internationales, la coordination et la mise en commun des ressources; la fourniture de conseils au secrétariat quant aux thèmes possibles des futurs projets, octroi d'une aide pour le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI; et la recherche, auprès du secteur privé, d'un appui en faveur de la CNUDCI et de ses travaux.

427. La Commission a entendu avec intérêt une déclaration où il était suggéré, pour faire avancer ces projets et mieux faire connaître et comprendre la CNUDCI et ses travaux, d'organiser, parallèlement à la trente-troisième session de la Commission, en l'an 2000, une rencontre d'une journée. Ce serait l'occasion non seulement d'informer le milieu des affaires sur les travaux de la Commission, mais également de recueillir les avis des membres de la Commission et du milieu international des affaires sur les travaux en cours et les sujets qu'il serait possible d'aborder à l'avenir.

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

428. 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 sixième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis à Vienne du 27 mars au 1er avril 1999. 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 et sur les instruments de la CNUDCI relatifs à l'arbitrage commercial international. Environ 70 équipes représentant des facultés de droit de 28 pays ont participé au Concours de 1999. Quelque 350 étudiants en droit ont participé au Concours et la prestation des équipes concurrentes a été jugée par environ 180 personnes, parmi lesquelles figuraient notamment des arbitres, des avocats et des universitaires. Le septième Concours se tiendra à Vienne du 15 au 20 avril 2000.

429. 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 de la CNUDCI. La Commission a également noté avec reconnaissance la contribution de son ancien secrétaire, M. Eric E. Bergsten, au succès de ce Concours, année après année.

D. Bibliographie

430. La Commission a pris note avec satisfaction de la bibliographie des écrits récents ayant trait à ses travaux, qui était généralement considérée comme un outil de recherche utile (A/CN.9/463). La Commission a demandé à tous ceux qui souhaitaient que la bibliographie soit aussi complète que possible d'envoyer à la bibliothèque de droit de la CNUDCI toutes les publications portant sur ses travaux, afin que ces éléments d'information soient consignés dans la bibliographie.

E. Annuaire et autres publications de la CNUDCI

431. La Commission a noté que son annuaire (publié en anglais, en espagnol, en français et en russe) était paru plus tard que prévu, avec trois à quatre ans de retard pour certaines langues. La Commission s'est dite gravement préoccupée par cette situation. Il a été estimé que les travaux préparatoires relatifs aux textes de la CNUDCI, qui figuraient dans l'*Annuaire*, étaient un outil essentiel dont se servaient les gouvernements pour examiner les textes de la Commission en vue de leur adoption, étaient fréquemment utilisés par les juges, les arbitres et d'autres praticiens pour interpréter et utiliser les textes de la Commission et étaient considérés par les universitaires et les étudiants comme une aide à l'enseignement et à la recherche particulièrement utile. Il a été souligné que l'*Annuaire* était souvent le seul moyen pratique de se procurer des documents de la Commission.

432. En conséquence, la Commission a lancé un appel à l'Assemblée générale pour que celle-ci assure l'application effective de son programme de publication et, en particulier, la publication de l'*Annuaire de la CNUDCI* dans les délais voulus et dans toutes les langues prévues.

F. Date et lieu de la trente-troisième session de la Commission

433. Après un long débat, il a été décidé que la Commission tiendrait sa trente-troisième session à New York du 12 juin au 7 juillet 2000. On a exprimé la crainte qu'une session aussi longue n'entraîne une pression considérable sur les ressources. On a reconnu toutefois que quatre semaines étaient nécessaires du fait que deux, ou peut-être trois, projets de textes juridiques seraient soumis pour finalisation et adoption.

G. Sessions des groupes de travail

434. 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 trente et unième session à Vienne du 11 au 22 octobre 1999. S'il n'était pas en mesure de terminer ses travaux sur le projet de Convention sur le financement par cession de créances à cette session, il tiendrait sa trente-deuxième session à New York du 10 au 21 janvier 2000;

b) Le Groupe de travail sur le commerce électronique tiendrait sa trente-cinquième session à Vienne du 6 au 17 septembre 1999 et sa trente-sixième session à New York du 14 au 25 février 2000;

c) Le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité tiendrait sa vingt-deuxième session à Vienne du 6 au 17 décembre 1999. Il tiendrait sa vingt-troisième session à Vienne du 20 au 31 mars 2000 sous le nom de Groupe de travail sur l'arbitrage.

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement: extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa quarante-sixième session [TD/B/46/15 (Vol. I)]

b) *Développement progressif du droit commercial international: trente-deuxième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*

6. À sa 908e séance plénière, le 29 octobre 1999, le Conseil a pris note du rapport de la CNUDCI sur sa trente-deuxième session (A/54/17).

C. Assemblée générale: rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-deuxième session: rapport de la Sixième Commission (A/54/611)

INTRODUCTION

1. À sa 3e séance plénière, le 17 septembre 1999, l'Assemblée générale, sur la recommandation du Bureau, a décidé d'inscrire à l'ordre du jour de sa cinquante-quatrième session le point intitulé "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-deuxième session" et de le renvoyer à la Sixième Commission.

2. La Sixième Commission a examiné la question à ses 3e, 4e et 29e séances, les 11 et 12 octobre et le 11 novembre 1999. Les comptes rendus analytiques pertinents (A/C.6/54/SR.3, 4 et 29) décrivent les vues des représentants qui ont pris la parole durant l'examen de la question par la Commission.

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

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément no 17* (A/54/17).

4. À la 3e séance, le 11 octobre, le Président de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa trente-deuxième session a présenté le rapport de la Commission sur les travaux de cette session (voir A/C.6/54/SR.3).

5. À la 4e séance, le 12 octobre, le Président de la Commission a fait une déclaration à la suite du débat (voir A/C.6/54/SR.4).

II. EXAMEN DU PROJET DE RÉSOLUTION A/C.6/54/L.4

6. À la 29e séance, le 11 novembre, le représentant de l'Autriche a présenté un projet de résolution intitulé "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-deuxième session" (A/C.6/54/L.4) au nom des pays suivants: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bahreïn, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Brésil, Canada, Chili, Chine,

Chypre, Colombie, Costa Rica, Croatie, Danemark, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Grèce, Guatemala, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Irlande, Israël, Italie, Japon, Lesotho, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malaisie, Mexique, Nigéria, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Suède et Turquie, auxquels se sont joints ensuite les pays suivants: Arménie, Bolivie, Bulgarie, Égypte, ex-République yougoslave de Macédoine, Haïti, Indonésie, Pérou, Thaïlande, Ukraine et Venezuela.

7. À la même séance, la Commission a adopté, sans vote, le projet de résolution A/C.6/54/L.4 (voir par. 8).

III. RECOMMANDATION DE LA SIXIÈME COMMISSION

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

[Le texte de cette résolution n'est pas reproduit dans cette section. Le projet de résolution a été adopté, avec des modifications de forme, en tant que résolution 54/103 de l'Assemblée générale (voir section D ci-dessous).]

D. Résolution 54/103 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1999

54/103. *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-deuxième 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,

Insistant sur la nécessité d'assigner un rang de priorité plus élevé aux travaux de la Commission étant donné l'importance croissante de la modernisation du droit commercial international pour le développement économique mondial et donc pour le maintien de relations amicales entre les États,

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

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17).

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

4. *Invite* les États à désigner des personnes pour collaborer avec la fondation privée créée afin d'encourager le secteur privé à apporter un appui à la Commission;

5. *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;

6. *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, comme l'aide à l'élaboration de législations nationales fondées sur les textes juridiques issus de ses travaux;

7. *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 Argentine, en Azerbaïdjan, au Bahreïn, en Bolivie, au Brésil, en Bulgarie, au Cameroun, en Chine, au Guatemala, au Mexique, en Mongolie, au Pérou, en Roumanie, au Venezuela et en Zambie;

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 concernés 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 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;

8. *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;

9. *Invite instamment* les gouvernements, les organes, organismes et institutions des Nations Unies concernés 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;

10. *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-quatrième 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;

11. *Prie* le Secrétaire général d'assurer et de renforcer l'application effective du programme de la Commission;

12. *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.

76e séance plénière
9 décembre 1999

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-neuvième session (Vienne, 5-16 octobre 1998) (A/CN.9/455) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-15
I.	DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	16-17
II.	PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT	18-173
	CHAPITRE IV. Droits, obligations et exceptions	18-40
	Section III. Tiers	18-40
	Article 23. Droits concurrents de plusieurs cessionnaires	18-31
	Article 24. Droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant	32-40
	CHAPITRE V. Cessions subséquentes	41-66
	Article 25. Champ d'application	41-46
	Article 26. Conventions limitant les cessions subséquentes	47-51
	Article 27. Paiement libératoire du débiteur	52-58
	Article 28. Notification au débiteur	59-66
	CHAPITRE VI. Conflit de lois	67-119
	A. Remarques générales	67-73
	B. Examen des projets d'articles	74-119
	Article 29. Loi applicable aux contrats de cession	74-91
	Article 30. Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur	92-104
	Article 31. Loi applicable aux conflits de priorité	105-110
	Article 32. Règles impératives	111-117
	Article 33. Ordre public	118-119
	CHAPITRE VII. Autres règles de priorité possibles	120-123
	CHAPITRE VIII. Clauses finales	124-155
	Article 41. Dépositaire	124-125
	Article 42. Conflits avec des accords internationaux	126-129
	Article 43. Application du chapitre VII	130-132
	Article 44. Règles ou procédures d'insolvabilité sur lesquelles la Convention n'a pas d'incidence	133-140
	Article 45. Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion	141-142
	Article 46. Application aux unités territoriales	143-144
	Article 47. Effets des déclarations	145-146
	Article 48. Réserves	147-148
	Article 49. Entrée en vigueur	149-150
	Article 50. Dénonciation	151-155

		Paragraphes
	TITRE DU PROJET DE CONVENTION	156
	PRÉAMBULE	157-159
	CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION	160-173
	Article premier. Champ d'application	160-173
III.	RAPPORT DU GROUPE DE RÉDACTION	174-181
IV.	TRAVAUX FUTURS	182-183
		Page
Annexe		81

INTRODUCTION

1. À sa vingt-neuvième session, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a poursuivi ses travaux sur l'élaboration d'une loi uniforme sur la cession de créances à des fins de financement, conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt-huitième session (Vienne, 2-26 mai 1995)[1]. Cette session était la sixième consacrée à l'élaboration de cette loi uniforme, intitulée provisoirement Projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement.

2. C'est pour donner suite à des suggestions qui lui avaient été faites notamment lors du Congrès de la CNUDCI intitulé "Le droit commercial uniforme au XXIe siècle", tenu à New York du 17 au 21 mai 1992 à l'occasion de la vingt-cinquième session, que la Commission avait décidé d'entamer des travaux sur la cession de créances à des fins de financement. Il avait aussi été suggéré, lors du Congrès, que la Commission reprenne ses travaux sur les sûretés en général, qu'elle avait décidé, à sa treizième session (1980), de reporter à une date ultérieure[2].

3. De sa vingt-sixième à sa vingt-huitième session (1993 à 1995), la Commission a examiné trois rapports du secrétariat concernant 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 ayant pour objectif d'éliminer les obstacles au financement par cession de créances résultant d'incertitudes dans divers systèmes juridiques quant à la validité des cessions transfrontières (dans lesquelles le cédant, le cessionnaire et le débiteur ne se trouvent 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, 8-19 novembre 1995), le Groupe de travail a entamé ses délibérations par l'étude d'un certain nombre d'avant-projets de règles uniformes figurant dans le rapport du Secrétaire général intitulé "La cession dans le cadre du financement par cession de créances: examen et avant-projet de règles uniformes" (A/CN.9/412). À cette 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-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. À ses vingt-cinquième et vingt-sixième sessions (New York, 8-19 juillet 1996 et Vienne, 11-22 novembre 1996), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux par l'examen de diverses versions du projet de règles uniformes figurant dans des notes du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.87 et A/CN.9/WG.II/WP.89, respectivement). À ces mêmes sessions, le Groupe de travail a pris pour hypothèse de travail que le texte en cours d'élaboration prendrait la forme d'une convention (A/CN.9/432, par. 28) et comporterait des dispositions relatives au droit international privé (A/CN.9/434, par. 262).

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 des tiers, tels que 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].

---

[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.

8. À ses vingt-septième et vingt-huitième sessions (Vienne, 20-31 octobre 1997 et New York, 2-13 mars 1998), le Groupe de travail a examiné deux notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.93 et A/CN.9/WG.II/WP.96, respectivement). À sa vingt-huitième session, il a adopté les projets d'articles 14 à 16 et 18 à 22 quant au fond et prié le secrétariat de revoir le projet d'article 17 (A/CN.9/447, par. 161 à 164 et 68, respectivement).

9. À sa trente et unième session (1998), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ses vingt-septième et vingt-huitième sessions (A/CN.9/445 et A/CN.9/447). Elle s'est déclarée satisfaite du travail effectué et a prié le Groupe de travail de poursuivre avec diligence ses travaux de manière à les achever en 1999 et à lui soumettre le projet de Convention pour adoption à sa trente-troisième session (2000)[7].

10. Le Groupe de travail, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa présente session à Vienne du 5 au 16 octobre 1998. Ont assisté à la session les représentants des États membres suivants: Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Honduras, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Lituanie, Mexique, Nigéria, Ouganda, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan et Thaïlande.

11. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Angola, Azerbaïdjan, Bangladesh, Bélarus, Bénin, Bolivie, Canada, Costa Rica, Cuba, Équateur, Gabon, Géorgie, Grèce, Indonésie, Iraq, Irlande, Jamahiriya arabe libyenne, Liban, Madagascar, Mali, Maroc, Pologne, Portugal, République de Corée, République tchèque, Slovaquie, Suède, Suisse, Turquie, Uruguay et Venezuela.

12. Étaient également représentées par des observateurs les organisations internationales suivantes: Association du Barreau de la Ville de New York (ACBNY), Association internationale du Barreau (AIB), Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Conférence de La Haye de droit international privé, Factors Chain International (FCI), Fédération bancaire de l'Union européenne et Fédération européenne des associations de sociétés d'affacturage (EUROPAFACTORING).

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

Président:	M. David Morán Bovio (Espagne)
Rapporteur:	M. Jeffrey Wah-Teck Chan (Singapour)

14. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.97), une note du secrétariat intitulée "Articles révisés du projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement" (A/CN.9/WG.II/WP.96), une autre note du secrétariat intitulée "Articles révisés du projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement" (A/CN.9/WG.II/WP.98), le rapport d'une réunion d'experts établi par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé intitulé "Financement par cession de créances" (A/CN.9/WG.II/WP.99) et une proposition des États-Unis d'Amérique intitulée "Paiement libératoire du débiteur. Révision proposée des articles 5, 16 et 18" (A/CN.9/WG.II/WP.100).

15. 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

16. Rappelant que, faute de temps, les projets d'articles 23 et 24 n'avaient pas été examinés à sa session précédente et, vu l'importance de ces dispositions, le Groupe de travail a décidé de commencer ses travaux par l'examen du projet d'article 23. Il a examiné les projets d'articles énumérés ci-après dans l'ordre de leur examen: 23.5 *i* à *j*, 24.5 *g* à *h*, 25 à 33, 41 à 50, préambule et paragraphes 1 et 2 du projet d'article premier tels qu'ils figuraient dans le document A/CN.9/WG.II/WP.96.

17. 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 à V ci-après. Le Groupe de travail a adopté, quant au fond, les projets d'articles 23 à 33, 5 *g* à *j*, 18.5 *bis*, 41 à 50, le préambule et les paragraphes 1 et 2 de l'article premier et, à l'exception des paragraphes 1 et 2 de l'article premier, les a renvoyés à un groupe de rédaction constitué par le secrétariat pour uniformiser les différentes versions linguistiques des projets d'articles adoptés.

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

Chapitre IV. Droits, obligations et exceptions

Section III. Tiers

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. 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."

[7] Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 230.

Paragraphe 1

19. Dans l'ensemble, le Groupe de travail s'est déclaré d'accord avec le principe général exprimé au paragraphe 1, selon lequel la priorité devrait être déterminée en fonction de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant. Quant à la formulation précise de ce principe, le Groupe de travail s'est interrogé sur le fait de savoir si le paragraphe 1, conformément à la démarche adoptée pour le projet d'article 31, devrait comprendre une référence précise à la date de la cession comme étant la date à prendre en compte pour déterminer la loi applicable aux questions de priorité. La discussion a porté sur le fait de savoir si, en présence de cessions multiples, le paragraphe 1 devrait déterminer la loi applicable si le cédant déménageait une fois la cession effectuée: la loi du lieu où serait situé le cédant au moment de la première cession ou celle du lieu où il serait situé lors d'une cession ultérieure. À ce sujet, diverses suggestions ont été faites. Il a notamment été proposé d'ajouter, à la fin du paragraphe 1, des mots tels que "au moment de la première cession" ou "au moment du transfert des créances".

20. Il a par ailleurs été suggéré d'ajouter, dans le projet d'article 23, un texte tel que le suivant:

> "Lorsque le cédant change d'emplacement une fois la cession effectuée, le cessionnaire ayant priorité aux termes de la loi de l'État dans lequel le cédant était initialement situé conserve sa priorité:
>
> *a)* pendant une période de [six mois]; ou
>
> *b)* jusqu'à la date à laquelle la priorité aurait cessé aux termes de la loi de l'État dans lequel le cédant était initialement situé; ou
>
> *c)* s'il répond aux conditions d'obtention d'une priorité aux termes de la loi de l'État du nouvel emplacement du cédant avant que la priorité ne cesse en vertu des alinéas *a* ou *b* du présent article; ou
>
> *d)* s'il se révèle avoir priorité aux termes de la loi de l'État du nouvel emplacement du cédant."

Il a été rappelé, à l'appui de cette proposition, que le cessionnaire ayant priorité aux termes de la loi de l'emplacement initial du cédant ne devrait pas perdre sa priorité uniquement parce que le cédant aurait déménagé. En revanche, les droits des cessionnaires, dans le nouveau lieu, ne devraient pas être indéfiniment soumis aux droits des cessionnaires d'autres juridictions.

21. Bien qu'un soutien ait été exprimé en faveur de ces deux propositions, il a été largement estimé que le fait d'ajouter l'un ou l'autre des textes proposés risquerait de compliquer inutilement la règle énoncée au paragraphe 1, compte tenu du fait qu'il est rare, dans la pratique, que le cédant déménage entre des cessions multiples. L'opinion qui a prévalu était que, si le terme "priorité" et l'expression "lieu où se situe le cédant" pouvaient être définis avec suffisamment de certitude et de prévisibilité (projet d'article 5 *i* et *j*), il ne devrait pas être nécessaire de modifier le texte du paragraphe 1.

22. Le Groupe de travail a ensuite brièvement examiné la définition des termes "priorité" et "emplacement" (projet d'article 5 *i* et *j*).

Définition du terme "priorité" (projet d'article 5 i*)*

23. Il a été noté que, dans certains systèmes juridiques, le terme était inconnu et que la définition figurant dans le projet d'article 5 *i* risquait de ne pas donner suffisamment d'indications quant à sa signification exacte. De surcroît, il a été noté que, dans certains de ces systèmes, le terme "priorité" pouvait être compris comme signifiant les effets de la cession *erga omnes*, conception qui risquerait d'engendrer une incertitude quant à la cohérence des différentes dispositions du projet de convention et, en particulier, des projets d'articles 29, 30 et 31.

24. Selon un avis largement partagé, le terme "priorité" était suffisamment clair et le projet d'article 5 *i* ne devrait pas être modifié. Il a été déclaré que le projet d'article 17 clarifiait les droits d'un cessionnaire en matière de priorité, à savoir celui d'exiger et de conserver le produit d'un paiement fait à une autre personne (pour un bref examen de la signification du terme "priorité", voir par. 108 ci-après). À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 5 *i* sans changement.

Définition du terme "emplacement" (projet d'article 5 j*)*

25. Le Groupe de travail s'est penché sur le sens exact de la notion d'emplacement, aux fins du projet d'article 23 seulement (pour un examen de la signification du terme "emplacement", voir aussi par. 33 et 34, 88 et 89, 107 et 163 à 169 ci-après). Il a été déclaré qu'il serait certes plus approprié d'adopter une définition unique de ce terme aux fins du projet de convention dans son ensemble, mais il a été jugé par de nombreux participants que différentes règles pourraient être adoptées pour différentes fins (par exemple, une règle relative à l'emplacement aux fins de l'application du projet de convention et une règle différente aux fins des projets d'articles 23 et 24).

26. Pour ce qui est du sens exact de la notion d'emplacement, dans le contexte du projet d'article 23, des avis divergents ont été exprimés. Selon un avis, il faudrait faire référence à l'établissement principal ou à une combinaison de facteurs, notamment le lieu d'exécution, l'administration centrale et l'établissement principal. À l'appui de cet avis, il a été noté qu'une telle approche flexible serait plus conforme aux tendances de la pratique et des textes en vigueur, notamment la Convention de l'Union européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après dénommée "Convention de Rome"), la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. En outre, il a été noté qu'une règle sur le lieu de l'immatriculation *(incorporation)* serait par trop simpliste et ne permettrait pas de promouvoir l'objectif proclamé de l'uniformité, car elle était interprétée différemment selon les systèmes juridiques. En outre, il a été noté qu'une règle sur l'immatriculation risquerait d'avoir pour conséquence non souhaitée de soumettre de manière inappropriée les activités d'une filiale à la loi du pays où était situé le siège. Une telle approche pourrait aussi avoir comme conséquence non souhaitée d'inciter à rechercher le for le plus favorable et de permettre aux parties de soumettre les questions de priorité à la loi d'une juridiction favorable en s'immatriculant dans ladite juridiction.

27. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il faudrait faire référence au lieu d'immatriculation. Cette question revêtait une importance primordiale pour les financiers, qui devaient pouvoir déterminer aisément la loi régissant les conflits de priorité régis par le projet d'article 23. Sur cette base, des financiers pourraient alors décider d'accorder ou non un crédit, ainsi que du coût de ce crédit. Pour cette raison, il a été noté qu'il faudrait faire référence à une juridiction unique et aisément déterminable. Tout autre critère, a-t-on déclaré, aurait pour effet non souhaité de faire obstacle à l'objectif même du projet de convention, qui était d'accroître l'offre de crédit à faible coût. En outre, on ne pouvait s'orienter sur les textes mentionnés plus haut, car, à la différence de la Convention de Rome, le projet de convention traitait des effets patrimoniaux de la cession sur des tiers, non limités au débiteur; et à la différence des autres textes susmentionnés relatifs à l'insolvabilité, le projet d'article 23 traitait de la planification du financement d'un cédant solvable. En outre, aux fins du projet d'article 23, on ne pourrait arriver à des résultats cohérents que si les conflits entre des cessions effectuées par le siège et des cessions effectuées par une succursale du cédant étaient soumis à la même loi.

28. En réponse à une question, il a été indiqué qu'une référence au lieu d'immatriculation du cédant serait plus appropriée, car, dans certains pays, les sociétés pouvaient avoir plus d'un siège statutaire.

29. Le Groupe de travail a abordé la question de l'emplacement des entreprises non immatriculées, à savoir les personnes morales autres que les sociétés (par exemple, commandites simples, trusts). Selon un avis, il n'était peut-être pas nécessaire d'aborder cette question dans le projet de convention. À l'appui de cet avis, il a été noté que, dans de nombreux systèmes juridiques, les entreprises non immatriculées relevaient de la catégorie des personnes physiques. En outre, en tout état de cause, le volume des cessions de créances à des fins de financement effectuées par des entreprises non immatriculées était négligeable et il n'était pas nécessaire d'aborder la question. De plus, il a été mentionné que, normalement, les prêteurs exigeaient des emprunteurs qu'ils créent une société avant de leur consentir un prêt. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, cette question méritait d'être traitée dans le projet de convention. Il a été indiqué qu'il n'y avait pas de raison d'exclure du champ d'application du projet de convention des pratiques financières concernant les entreprises non immatriculées. Par ailleurs, il a été noté que, dans certains pays, d'importantes pratiques de financement par cession de créances mettaient en jeu des entreprises non immatriculées.

30. Quant à la manière d'aborder concrètement la question, un certain nombre de propositions ont été formulées. Selon une proposition, il fallait faire référence à l'emplacement précisé par les parties dans leur convention. Cette proposition a été contestée au motif qu'une telle approche pourrait donner des résultats contradictoires si différentes cessions recensaient différents emplacements et permettrait indûment aux parties à une cession d'influer sur les droits de tiers par leur convention. Selon une autre proposition, il fallait faire en sorte que les entreprises non immatriculées soient situées là où se trouvait leur établissement principal. Cette proposition n'a pas reçu un soutien suffisant. Selon une autre proposition encore, les entreprises non immatriculées dont la constitution avait donné lieu à des formalités devaient être considérées comme étant situées là où les formalités avaient été effectuées, alors que, pour les autres entreprises non immatriculées, il fallait faire référence au lieu où se trouvait leur direction générale. Cette proposition a reçu un large appui au sein du Groupe de travail. Il a été indiqué que le principal avantage d'une telle approche serait qu'elle faciliterait l'identification d'une juridiction unique comme emplacement d'une entreprise non immatriculée lorsqu'il faudrait préciser la loi régissant les questions de priorité. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de faire référence, dans le projet d'article 23, au lieu d'immatriculation du cédant et de confier la formulation exacte de cette règle au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

31. Le principe consistant à autoriser le cessionnaire ayant la priorité à céder cette priorité par convention a reçu un large appui. Si, selon un avis, le paragraphe 2 énonçait une évidence et pouvait être supprimé, le Groupe de travail a toutefois décidé de le conserver, afin de préciser un point qui n'était peut-être pas clair dans tous les systèmes juridiques. Pour ce qui est de la formulation exacte de ce principe, diverses observations ont été faites; on a notamment indiqué que le libellé actuel n'englobait pas les conventions de renonciation conclues entre le cédant et le cessionnaire au bénéfice d'autres personnes et ne précisait pas si de telles conventions ne pouvaient être conclues qu'au moment où naissait un litige, ou pouvaient l'être aussi antérieurement. Afin de répondre à ces observations, il a été proposé de modifier comme suit le paragraphe 2: "Un cessionnaire bénéficiant d'une priorité en vertu du paragraphe 2 peut convenir avec le cédant ou tout autre cessionnaire, à tout moment, de renoncer à sa priorité en faveur de cet autre cessionnaire". Après un débat, le Groupe de travail a décidé que le principe devrait être exprimé de la manière la plus large possible et en a confié la formulation exacte au groupe de rédaction.

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

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

"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."

Paragraphes 1 et 2

33. Il a été noté que l'idée maîtresse des paragraphes 1 et 2 était de faire en sorte que la loi régissant les questions de priorité et la loi régissant l'insolvabilité du cédant soient la loi d'une même juridiction, en soumettant les questions de priorité à la loi de l'État dans lequel une procédure d'insolvabilité serait le plus susceptible d'être ouverte contre le cédant. En cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans une juridiction autre que celle dans laquelle serait situé le cédant, il a été noté que la démarche adoptée pour le projet d'article 24 consistait à protéger, dans une large mesure, les droits de l'administrateur de l'insolvabilité et des créanciers du cédant découlant de la loi applicable en dehors du projet de convention. Il a en outre été noté que, pour que le projet d'article 24 crée un équilibre approprié entre le projet de convention et la loi applicable à l'insolvabilité, et pour des raisons de cohérence avec d'autres textes tels que la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, il pourrait être nécessaire de créer, dans le contexte du projet d'article 24, une règle sur l'emplacement différente de celle du lieu d'immatriculation, adoptée dans le contexte du projet d'article 23.

34. Selon un avis, les conflits de priorité entre un cessionnaire et un administrateur de l'insolvabilité du cédant devraient être soumis à la loi régissant la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*). L'avis qui a prévalu, cependant, a été que les paragraphes 1 et 2 soumettaient comme il se devait les conflits de priorité à la loi de l'emplacement du cédant (c'est-à-dire la loi du lieu d'immatriculation du cédant). Le Groupe de travail a adopté les paragraphes 1 et 2 quant au fond et les a renvoyés au groupe de rédaction, étant entendu que celui-ci accorderait aux termes "priorité" et "emplacement" la même signification dans le projet d'article 24 que dans le projet d'article 23, par référence aux définitions contenues dans le projet d'article 5 *i* et *j* (voir par. 23 à 30 ci-dessus et par. 88 et 89, 107 et 163 à 169 ci-dessous).

Paragraphes 3 et 4

35. Le Groupe de travail s'est déclaré, en règle générale, en faveur des principes énoncés au paragraphe 3 ainsi que dans l'introduction et dans le texte de la variante A. On s'est interrogé sur le fait de savoir si la question des créanciers préférentiels qui, aux termes de la législation de l'insolvabilité applicable dans certains pays, auraient priorité sur les cessionnaires, était abordée de façon satisfaisante dans le projet d'article 24. Le Groupe de travail s'est, dans l'ensemble, accordé sur le principe selon lequel le projet de convention devrait éviter toute interférence excessive avec la loi applicable à l'insolvabilité. Ainsi, les droits qui pourraient être accordés aux créanciers préférentiels (pouvoirs publics en matière d'impôts, ou employés en matière de salaires) en vertu des lois nationales pour des raisons d'ordre public devraient être protégés de façon à ne pas compromettre l'acceptabilité du projet de convention. Diverses vues ont été exprimées quant à la façon dont ce principe pourrait être inscrit dans le projet de convention.

36. Selon un avis, les droits des créanciers préférentiels étaient suffisamment pris en compte par le paragraphe 3, qui faisait référence à "l'ordre public de l'État dans lequel [était] situé ledit tribunal". Il a été répondu que les mots "ordre public" figurant au paragraphe 3 ne devraient pas être abusivement interprétés comme faisant référence à l'ordre public intérieur de l'État dans lequel était situé le tribunal. En fait, la référence à "l'ordre public" figurant au paragraphe 3 renvoyait plutôt à "l'ordre public international", c'est-à-dire à la notion restrictive d'ordre public découlant des règles de droit international privé, qui ne comprend généralement pas de règles telles que celles prévues pour la protection des créanciers préférentiels dans les lois de nombreux pays. Afin de préciser le sens du paragraphe 3, il a été proposé de modifier comme suit ce paragraphe: "Nonobstant les paragraphes 1 et 2, l'application des dispositions de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant peut être refusée par un tribunal dans la mesure où lesdites dispositions sont manifestement contraires à l'ordre public de l'État dans lequel est situé le tribunal". À l'issue d'un débat, cette proposition a été jugée généralement acceptable quant au fond et a été renvoyée au groupe de rédaction.

37. Une autre vue a été exprimée selon laquelle on pourrait aborder la question des créanciers préférentiels en réécrivant la variante A du paragraphe 4. Afin de protéger "les droits des créanciers du cédant" (y compris les droits des créanciers préférentiels), il a été suggéré de supprimer, au début de la variante A, les mots "sauf disposition contraire du présent article". Cette proposition a été contestée au motif que le fait de supprimer les mots "sauf disposition contraire du présent article" enlèverait tout effet utile aux paragraphes 1 et 2, affecterait l'équilibre de l'ensemble du projet d'article 24 et ferait du paragraphe 4 une disposition circulaire. En outre, il a été jugé que les mots "les droits des créanciers du cédant" dans le contexte de "l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un État autre que l'État dans lequel [était] situé le cédant" risqueraient de ne pas couvrir comme il se doit les droits des créanciers préférentiels en dehors d'une procédure d'insolvabilité.

38. Toutefois, selon un autre avis, la question des créanciers préférentiels pourrait être résolue au moyen d'une déclaration en vertu du projet d'article 44. L'élargissement du champ des déclarations ou des réserves à la question des créanciers préférentiels a reçu un large soutien. Il a été déclaré qu'une telle approche préserverait la marge de manœuvre nécessaire à chaque État contractant pour établir des règles spécifiques concernant les créanciers préférentiels. Elle favoriserait également la transparence en créant une obligation, pour les États qui souhaitaient établir des règles spécifiques concernant les créanciers préférentiels, de faire connaître leur position. Toutefois, selon un avis largement partagé, le texte du projet d'article 44 tel qu'il était actuellement rédigé ne rendait pas suffisamment compte de l'approche proposée. En outre, il a été indiqué que ce projet d'article risquait d'être mal interprété, en ce sens qu'on pouvait penser qu'il invitait les États à faire une réserve visant l'intégralité de leur loi régissant l'insolvabilité, ce qui aurait pour effet d'amoindrir la certitude établie par le projet d'article 24.

39. Afin de mieux appréhender les droits des créanciers préférentiels, il a été proposé qu'un paragraphe supplémentaire (4 *bis*) dans le projet d'article 24 aborde la question des créanciers préférentiels dans les termes suivants: "Si une procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit non contractuel qui, en vertu de la loi du for, aurait la priorité sur le droit d'un cessionnaire, continue d'avoir la priorité, dans la mesure seulement où ladite priorité a été spécifiée par l'État du for dans un instrument déposé auprès du dépositaire avant la date de la cession". Un large soutien a été exprimé en faveur du nouveau paragraphe proposé, mais on a craint que la nécessité pour l'État contractant d'inclure dans une déclaration tout "droit" qui, en vertu du droit national "Aurait la priorité sur le droit d'un cessionnaire" ne risque de rendre plus difficilement acceptable le projet de convention. Une préoccupation de nature rédactionnelle tenait au fait que, si le projet de convention comportait une disposition telle que le nouveau paragraphe proposé, celle-ci devrait figurer dans les clauses finales et non dans les dispositions de fond du projet de convention. Après un échange de vues, le Groupe de travail a décidé que le nouveau paragraphe proposé (4 *bis*) serait placé dans le texte du projet d'article 24 entre crochets, en vue d'un examen ultérieur. Le libellé proposé a été renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 5

40. Il a été noté que le paragraphe 5 avait pour objet d'illustrer le principe de la non-discrimination à l'égard des cessionnaires dans le cadre de la Convention, en faisant en sorte que les cessionnaires qui faisaient valoir des droits en vertu de la loi de l'État dans lequel le cédant était situé n'avaient pas moins de droits à l'encontre des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité que tout cessionnaire faisant valoir des droits en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention. Sur le plan rédactionnel, il a été proposé que le mot "*fewer*" soit remplacé par le mot "*less*" dans la version anglaise. Sous réserve de cet amendement, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 5 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre V. Cessions subséquentes

Article 25. *Champ d'application*

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

"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

42. On a rappelé que l'alinéa *a* apparaissait comme incompatible avec le principe de *continuatio juris* consacré à l'alinéa *b*. Dans l'ensemble cependant, il a été jugé souhaitable de couvrir les cessions subséquentes pouvant entrer dans le champ d'application du projet de convention, même si la cession initiale n'y entrait pas (par exemple, une cession subséquente dans une opération de titrisation pouvait être couverte même si la cession initiale était une cession nationale de créances nationales).

43. On s'est demandé si l'alinéa *a*, combiné au projet d'article 27, ne risquait pas d'avoir pour effet, non intentionnel, que le paiement effectué par le débiteur conformément au projet d'article 27 ne soit pas considéré comme libératoire en vertu de la loi applicable à la cession initiale. De l'avis général toutefois, le projet d'article 18-5, en vertu duquel le paiement effectué par le débiteur à la partie habilitée à le recevoir au titre de la loi applicable en dehors du projet de convention est libératoire, permettait d'apaiser suffisamment cette crainte. On a déclaré que le projet d'article 27 constituait une règle spéciale traitant de la question particulière des notifications multiples relatives à des cessions subséquentes, sans préjudice de l'application des règles générales concernant le paiement libératoire figurant au projet d'article 18.

44. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a jugé que l'alinéa *a* était généralement acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéa b

45. On a rappelé que l'alinéa *b* consacrait le principe de *continuatio juris* selon lequel le régime régissant la cession initiale régissait également les cessions subséquentes. Faute d'une telle règle, les parties, dans le cas d'une série de cessions, ne pourraient pas savoir avec certitude quels étaient leurs droits puisque chaque cession pouvait être soumise à un régime juridique différent. On a déclaré que l'alinéa *b* pouvait donner de bons résultats si la créance initiale était internationale, puisque tout cessionnaire subséquent pourrait prédire que le projet de convention s'appliquerait aux cessions subséquentes en raison de l'internationalité de la créance. Toutefois, on s'est demandé si, lorsque la créance initiale était nationale, l'application de l'alinéa *b* ne risquait pas d'avoir des effets non souhaitables, puisqu'un cessionnaire subséquent ne serait pas en mesure de prédire l'application du projet de convention à une cession nationale d'une créance nationale. Afin d'éviter que le projet de convention ne s'applique à des cessions nationales de créances nationales, il a été proposé d'ajouter à la fin de l'alinéa *b* un membre de phrase qui pourrait se lire comme suit: "étant entendu que, s'il s'agit d'une créance nationale, une cession subséquente entre un cédant et un cessionnaire situés dans le même État que le débiteur n'est pas régie par la présente Convention".

46. Il a été estimé dans l'ensemble que le problème susmentionné devrait certes être pris en considération lors de l'examen des dispositions du projet de convention traitant de la protection du débiteur, mais que l'alinéa *b* devrait être libellé de manière à donner un large champ d'application au projet de convention, afin de garantir le maximum de certitude quant au régime juridique applicable, en particulier aux cessions globales. On s'est accordé à penser que, pour mieux tenir compte du principe selon lequel ce qui est international à un moment donné demeure international, il fallait modifier l'alinéa *b* de manière à préciser que le projet de convention s'applique à toute cession subséquente, à condition qu'il s'applique à la cession initiale ou à toute autre cession antérieure à la dernière cession subséquente. Sous réserve de cette modification, l'alinéa *b* a été jugé généralement acceptable quant au fond et a été renvoyé au groupe de rédaction.

Article 26. *Conventions limitant les cessions subséquentes*

47. Le texte du projet d'article 26 examiné par le Groupe de travail était libellé 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."

Paragraphe 1

48. On s'est inquiété de ce que le paragraphe 1 pourrait porter atteinte aux marchés publics et autres pratiques contractuelles publiques, en ce sens qu'il ne tenait pas compte des effets des clauses de non-cession susceptibles de figurer dans de tels contrats. Ainsi, en vertu du paragraphe 1, un gouvernement ou toute autre entité publique pourrait être assujetti à l'obligation de payer une partie en qualité de cessionnaire, alors que l'entité publique aurait pu expressément indiquer qu'elle n'accepterait pas de traiter avec cette partie. Il a été noté que, si le paragraphe 1 produisait un tel effet, il pourrait être difficile de faire accepter le projet de convention. Le Groupe de travail a pris note de cette préoccupation et est convenu qu'il faudrait peut-être examiner la question plus à fond dans le cadre du projet d'article 12 qui renfermait les principales dispositions touchant les clauses de non-cession. Après un échange de vues, le paragraphe 1 a été en général jugé acceptable sur le fond et renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

49. Le débat a été axé sur la mesure dans laquelle un cessionnaire qui n'était pas partie à la convention renfermant une clause de non-cession pourrait être tenu responsable en cas de violation de ladite clause. De l'avis général, aucune responsabilité contractuelle ne pourrait normalement lier le cessionnaire pour la raison évidente que celui-ci n'avait pas connaissance de la convention renfermant la clause de non-cession. En outre, il a été admis que, même dans les cas exceptionnels où les tiers pour-

raient être tenus responsables en vertu d'une théorie contractuelle, le projet de convention devrait exclure cette responsabilité.

50. S'agissant de la responsabilité extracontractuelle, toutefois, divers avis ont été exprimés. Selon un avis, si l'objectif du projet de convention était de faciliter l'accès au crédit, il devrait éviter d'imposer aux cessionnaires, en tant que financiers potentiels, toute responsabilité en cas de violation d'une clause de non-cession. Selon un avis contraire, conformément à la législation de nombreux pays, certains types de fautes commises par le cessionnaire pouvaient engager sa responsabilité extracontractuelle (par exemple, dans le cas où le cessionnaire encouragerait le cédant à céder des créances en violation d'une clause de non-cession avec l'intention de porter atteinte aux intérêts du débiteur). Il a été déclaré que, dans la mesure où cette responsabilité extracontractuelle ne sanctionnerait qu'un comportement intentionnel de la part du cessionnaire, la législation nationale sur les délits civils devait s'appliquer. En outre, il a été noté que la simple connaissance par le cessionnaire de l'existence d'une clause de non-cession ne devrait pas mettre en jeu sa responsabilité, dans la mesure où une telle possibilité risquerait de dissuader d'éventuels cessionnaires de participer à des opérations de cession de créances à des fins de financement.

51. Après un échange de vues, le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 2 devrait être reformulé de manière à préciser qu'un cessionnaire n'a pas à assumer de responsabilité contractuelle en cas de violation d'une clause de non-cession par le cédant; par ailleurs, ledit paragraphe devrait laisser à la législation nationale le soin de sanctionner les comportements manifestement abusifs. Le Groupe de travail a également décidé que le paragraphe 2 du projet d'article 12 devrait être aligné sur le paragraphe 2 du projet d'article 26 révisé.

Article 27. *Paiement libératoire du débiteur*

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

> "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."

53. Le Groupe de travail est convenu que le projet d'article 27 devrait traiter de la question des notifications multiples relatives à des cessions subséquentes en autorisant le débiteur à effectuer un paiement libératoire seulement à la personne ou à l'adresse indiquée dans la notification de la dernière cession. Il a été déclaré que le fait d'exiger le paiement du dernier cessionnaire faciliterait l'octroi de crédits par ledit cessionnaire et favoriserait ainsi des pratiques fondées sur les cessions subséquentes. Pour ce qui est de la forme, il a été proposé de modifier le titre du projet d'article 27, afin qu'il reflète mieux la teneur de l'article. Pour ce qui est des cas faisant intervenir à la fois plusieurs notifications relatives à la même cession (traitées dans le projet d'article 18-3) et plusieurs notifications relatives à des cessions subséquentes (traitées dans le projet d'article 25), il a été convenu qu'en vertu d'une application combinée des projets d'articles 18-3 et 27 le débiteur ne pourrait effectuer un paiement libératoire qu'à la personne ou à l'adresse indiquée dans la première notification de la dernière cession. Il a été déclaré que, pour que les projets d'articles 18-3 et 27 fonctionnent comme il convient, le débiteur recevant plusieurs notifications devrait savoir si elles portaient sur plusieurs cessions des mêmes créances par le même cédant ou sur des cessions subséquentes. Le Groupe de travail est convenu que cette question pourrait être traitée dans le contexte du projet d'article 28 traitant de la teneur de la notification en cas de cessions subséquentes (voir par. 63 à 66 ci-après).

54. Pour ce qui est de toute autre question relative aux droits et obligations du débiteur, il a été convenu que le projet de convention devrait s'appliquer, qu'il y ait une cession seulement ou des cessions subséquentes. Selon un avis largement partagé, cette conséquence découlait du projet d'article 25, qui dispose que le projet de convention s'applique "de la même manière que si le cessionnaire subséquent était le cessionnaire initial". Afin qu'il soit bien entendu que les autres dispositions du projet de convention s'appliquaient aux cessions subséquentes, à moins qu'une règle spéciale n'ait été élaborée pour de telles cessions, il a été proposé que les projets d'articles 25 à 28 soient rattachés aux dispositions pertinentes du projet de convention (projets d'articles 1er, 12, 18 et 16, respectivement) plutôt que de figurer dans un chapitre distinct. Le Groupe de travail est convenu que cette question pourrait être examinée lors du débat sur ces autres dispositions pertinentes.

55. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si le débiteur devrait être libéré en payant le dernier cessionnaire si une cession dans la chaîne des cessions n'était pas valable et, en particulier, si le débiteur avait connaissance ou avait été avisé de ce fait. Selon un avis, le débiteur devrait être libéré en payant le dernier cessionnaire, même si une cession n'était pas valable et si le débiteur avait connaissance de ce fait. À l'appui de cet avis, il a été noté qu'en subordonnant la libération du débiteur à la validité de la cession ou à la connaissance de la validité de la cession on imposerait de manière inappropriée au débiteur la charge d'établir la validité de la cession. En outre, une telle solution risquerait d'avoir pour conséquence que le débiteur exigerait du cessionnaire davantage qu'une simple notification de la cession. En outre, la question de savoir si la connaissance de la non-validité de la cession de la part du débiteur constituait un comportement frauduleux invalidant le paiement pourrait être régie par la loi applicable à l'extérieur du projet de convention.

56. Selon un autre avis, si une cession n'était pas valable, le débiteur ne pouvait pas effectuer un paiement libératoire à la personne ou à l'adresse indiquée dans la notification, car ladite "notification" ne constituerait pas une notification au sens du projet d'article 16-3 et le "cessionnaire" ne serait pas un cessionnaire en vertu du projet de convention. Il a été déclaré que, si le débiteur avait connaissance de la non-validité de la cession, ce serait aller à l'encontre de toute norme acceptable en matière de bonne foi que d'autoriser le

débiteur à effectuer un paiement libératoire à la personne bénéficiaire d'une cession non valable. Il a donc été jugé que le risque de non-validité de la cession devrait être supporté par le débiteur.

57. Afin de tenter de trouver un équilibre entre la nécessité de protéger le débiteur payant de bonne foi une personne bénéficiaire d'une cession non valable et celle de protéger les droits du propriétaire légitime des créances, tout en préservant des normes de conduite acceptables, il a été proposé d'insérer dans le projet d'article 27 un libellé tel que le suivant: "Nonobstant la non-validité d'une cession dans la chaîne des cessions, le débiteur effectue un paiement libératoire s'il paie de bonne foi, et sans avoir été avisé de la non-validité d'une cession dans la chaîne des cessions, conformément aux instructions de paiement figurant dans la notification de la dernière cession reçue par le débiteur". Cette suggestion a reçu un certain appui, au motif qu'elle permettrait d'obtenir les résultats souhaités si elle était combinée au projet d'article 18-4 qui autorisait le débiteur, lorsque la notification de la cession était donnée au débiteur par le cessionnaire, à demander à ce dernier des renseignements supplémentaires. Par contre, elle a suscité diverses objections pour les motifs suivants: si la protection du débiteur fondée sur la bonne foi était justifiée dans le cas d'une dette incorporée à un effet de commerce, elle ne serait pas suffisante pour libérer un débiteur payant une personne bénéficiaire d'une cession non valable; le principe de la bonne foi risquait d'introduire des incertitudes, car son sens exact n'était ni totalement clair, ni uniforme; enfin, la notion de bonne foi étant implicite dans plusieurs autres projets d'articles, on pourrait, en ne la mentionnant explicitement que dans le projet d'article 27, remettre en cause sans le vouloir le sens d'autres articles.

58. Après un débat, le Groupe de travail est convenu que la question du paiement libératoire du débiteur à une personne bénéficiaire d'une cession non valable ne se rencontrait que dans des cas exceptionnels et pourrait être régie par la loi applicable hors du projet de convention. Il a noté que la question de la non-validité pouvait aussi se poser à l'occasion de la cession initiale. En conséquence, il a prié le groupe de rédaction d'élaborer une disposition tenant compte de cette conclusion et de réviser le projet d'article 27 ou 18 de manière à traiter de la question des notifications multiples relatives à des cessions subséquentes.

Article 28. *Notification au débiteur*

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

> "La notification d'une cession subséquente vaut notification de [toute cession antérieure] [la cession immédiatement antérieure]."

60. Il a été rappelé que, comme il avait été déclaré à la vingt-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/445, par. 46), le projet d'article 28 était l'un des plus importants du projet de convention, notamment pour les financiers participant aux opérations d'affacturage internationales. Il avait 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). Étant donné que le débiteur n'était normalement avisé que de la deuxième cession, il fallait disposer qu'une telle modification valait notification de la première cession, afin de préserver le droit du facteur-importateur d'exécuter sa créance à l'encontre des débiteurs. À cette session, le Groupe de travail avait demandé au secrétariat d'ajouter au projet d'article 28 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 peut constituer également notification de la cession à l'entreprise d'affacturage" (A/CN.9/445, par. 46).

61. S'agissant de la forme, il a été convenu dans l'ensemble que le titre du projet d'article 28 devait être modifié pour mieux refléter la teneur dudit article. Il a été décidé d'employer un libellé tel que "Notification de cessions subséquentes". La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

62. S'agissant du texte entre crochets ("[toute cession antérieure] [la cession immédiatement antérieure]"), il a été estimé dans l'ensemble que la règle énoncée au projet d'article 28 devrait s'appliquer largement à toute cession antérieure. Cette question a également été renvoyée au groupe de rédaction.

63. Selon une opinion, le contenu d'une notification en cas de cessions subséquentes risquait de devoir varier, puisque le débiteur recevant une notification devrait pouvoir déterminer s'il existait une série de cessions subséquentes ou plusieurs cessions des mêmes créances par le même cédant. Selon un avis largement partagé, une telle information pourrait être déterminante pour le débiteur, puisque ce dernier effectuerait un paiement libératoire au dernier cessionnaire dans une série de cessions subséquentes (projet d'article 27), ou au premier cessionnaire ayant adressé la notification en cas de cessions multiples (projet d'article 18-3). Diverses suggestions ont été faites pour régler ce problème. Selon l'une d'entre elles, qui a bénéficié d'un faible appui, le projet de convention devrait établir deux règles séparées. La règle générale concernant un paiement libératoire par le débiteur énoncerait que, en cas de notification de la cession par plusieurs cessionnaires, le débiteur effectuerait un paiement libératoire conformément aux instructions de la première notification. Une règle séparée s'appliquerait en cas de notification unique mais mentionnant le fait qu'elle concernait une cession qui était subséquente dans une série de cessions. Le débiteur pourrait alors effectuer un paiement libératoire au dernier cessionnaire de la chaîne.

64. Selon une autre suggestion, qui a reçu un appui considérable, la notification d'une série de cessions subséquentes devrait indiquer l'identité du cédant et de tous les cessionnaires successifs, de façon que le débiteur puisse avoir la certitude que le dernier cessionnaire de la chaîne est en droit de recevoir le paiement. On a fait observer que le cas des cessions successives était comparable au cas d'une lettre de change transférée à des endossaires successifs. À l'encontre

de cette suggestion, on a fait valoir qu'une énumération des cessionnaires successifs serait une procédure trop lourde et contraire à l'usage établi et qui pourrait en outre dérouter les débiteurs. On a fait remarquer qu'en tout état de cause les informations concernant les cessions intermédiaires seraient de peu d'intérêt pour le débiteur, en particulier dans le cas d'une notification adressée par le cédant ou d'une notification unique.

65. Selon une autre suggestion, la notification de la cession devrait mentionner uniquement le nom du cédant initial — de façon que le débiteur puisse identifier la créance — et le nom du cessionnaire à qui devait être effectué le paiement. On s'est demandé cependant si une telle pratique ne protégerait pas insuffisamment le débiteur, qui ne pourrait être assuré de la validité de la cession. On a fait remarquer, pour apaiser cette crainte, le fait que le débiteur, connaissant bien la loi qui régit les paiements libératoires à un cessionnaire en cas de cession non valable (c'est-à-dire la loi régissant la créance), serait conscient du risque couru de ne pas obtenir un paiement libératoire valable et pourrait se protéger en demandant au cessionnaire lui ayant adressé la notification des preuves supplémentaires (projet d'article 18-4). On a fait remarquer en outre qu'un cessionnaire raisonnable fournirait normalement suffisamment d'informations au débiteur pour être sûr que ce dernier effectue le paiement conformément à ses instructions.

66. Après un débat, les membres du Groupe de travail sont généralement convenus qu'il fallait libeller l'obligation de notification de la façon la plus simple possible pour des raisons pratiques, mais que le débiteur était suffisamment protégé contre toute incertitude en vertu du projet d'article 18-4. Si le débiteur souhaitait avoir la preuve de la validité d'une cession, il avait le droit de l'obtenir du cessionnaire ou d'effectuer un paiement libératoire au cédant. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 28 quant au fond, sans modification, et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre VI. Conflit de lois

A. *Remarques générales*

67. Il a été noté que le chapitre VI avait fait l'objet d'un débat lors d'une réunion spéciale d'experts organisée par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye sur le droit international privé en coopération avec le secrétariat. Le Groupe de travail s'est félicité de cette coopération, qui avait validé l'approche qu'il avait adoptée sur un certain nombre de questions, et a exprimé sa satisfaction au secrétariat et au Bureau permanent de la Conférence de La Haye. Il a été noté que le rapport de cette réunion, établi par le Bureau, contenait des recommandations sur certaines questions, tandis que sur d'autres aucune n'avait été formulée. Il a été noté, en particulier, que des propositions précises avaient été faites par certains experts en ce qui concerne, d'une part, l'adoption d'une règle sur l'emplacement du cédant qui serait conforme à l'article 4 de la Convention de Rome ou à l'article 3 de la Convention de l'Union européenne sur les procédures d'insolvabilité et, d'autre part, la suppression du chapitre VI ou, du moins, son alignement sur les dispositions de la Convention de Rome.

68. Le Groupe de travail s'est interrogé sur le fait de savoir si le chapitre VI devrait être entièrement supprimé. Il a été déclaré, à l'appui de son maintien, qu'il pourrait servir à étendre le champ d'application géographique du projet de convention (en vertu des paragraphes 2 et 3 du projet d'article premier contenant le texte entre crochets), à combler les lacunes en ce qui concerne des questions abordées mais non expressément tranchées par le projet de convention (en vertu du projet d'article 8-2 combiné au texte d'introduction des projets d'articles 29 et 30) ou à offrir une seconde possibilité d'harmonisation en ce qui concerne les questions régies par la loi applicable en dehors du projet de convention, même dans le contexte de transactions non visées par le projet de convention (en vertu du paragraphe 3 du projet d'article premier, à l'exclusion des mots entre crochets).

69. Il a été noté, à l'appui de la suppression intégrale du chapitre VI, que celui-ci risquerait d'engendrer indirectement des discordances, car il ne codifiait pas l'ensemble des principes du droit international privé. En outre, il a été noté que la cession ne présentait, pour ce qui est de la relation entre le cédant et le cessionnaire, aucun trait particulier justifiant l'inclusion de règles du droit international privé dans une convention spéciale. De surcroît, il a été déclaré que, d'un point de vue législatif, il était inapproprié d'inclure des dispositions de droit international privé dans un texte uniforme de droit matériel. Une telle approche, a-t-il été déclaré, risquerait d'aboutir indirectement à des incohérences entre le projet de convention et d'autres textes internationaux tels que la Convention de Rome, ce qui pourrait rendre le projet de convention moins acceptable par les États. Il a également été déclaré que l'objectif de renforcement de la certitude par l'inclusion dans le projet de convention de dispositions de droit international privé risquerait d'être manqué si les dispositions de ce projet de convention n'étaient pas formulées de façon appropriée. Ont été cités, à titre d'exemple, les problèmes que posaient le projet d'article 8.2, qui portait sur des questions traitées, mais non expressément tranchées, par le projet de convention et devant être réglées par les principes généraux dont il s'inspirait sans qu'aucune distinction ne soit établie entre les principes du droit matériel et les principes du droit international privé, et les projets d'articles 29, 30 et 31, qui ne semblaient pas cohérents entre eux.

70. À l'encontre de ces arguments, on a fait valoir que le fait de conserver le chapitre VI permettrait de donner des orientations à un certain nombre d'États qui n'étaient pas parties à des instruments internationaux établis traitant de questions du droit international privé et faciliterait l'accès à un crédit moins onéreux. Par ailleurs, il a été déclaré que le fait que certains États étaient parties à un instrument international élaboré à un niveau régional ne devrait pas empêcher un organisme international tel que la CNUDCI d'élaborer des règles uniformes sur des questions traitées par ledit instrument. De surcroît, on a fait observer que

même les États parties à d'autres instruments de droit international privé tels que la Convention de Rome pourraient tirer parti des dispositions du chapitre VI, du moins dans la mesure où ce chapitre ne dévierait pas des principes bien établis du droit international privé et réglerait des questions qui pourraient n'avoir pas été résolues avec suffisamment de clarté par d'autres instruments.

71. Par principe, il a été déclaré que la Commission, plutôt que de s'employer à élaborer un code commercial complet, se penchait généralement sur certains problèmes faisant obstacle au commerce international. Il a été ajouté que le fait de savoir si la Commission adopterait, dans chaque cas particulier, une approche fondée sur le droit matériel ou sur le droit international privé dépendrait de l'utilité pratique de ces règles et non de considérations théoriques ou d'autres considérations n'ayant aucun rapport avec la question. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de garder le chapitre VI et d'engager un débat sur le fond des projets d'articles qu'il contenait.

72. Afin de rendre le projet de convention plus acceptable pour les États qui étaient parties à des instruments existants de droit international privé, il a été proposé d'y inclure une clause permettant aux États soit de déclarer qu'ils souhaitaient être liés par le chapitre VI, soit d'émettre une réserve concernant son application (clauses "d'option positive" et "de renonciation", respectivement). À l'appui de l'option positive, il a été déclaré que celle-ci rendrait le projet de convention plus acceptable pour les États qui ne souhaiteraient pas adopter le chapitre VI, puisque ces derniers n'auraient pas besoin de prendre des mesures spécifiques pour exclure l'application de ce chapitre. Mais on a aussi fait observer que, puisque le Groupe de travail avait décidé que le chapitre VI ferait partie intégrante du projet de convention, une clause de renonciation serait plus conforme à la pratique normale. Il a été noté qu'une clause d'option positive risquerait d'avoir pour effet, non souhaité, de dissuader des États susceptibles de bénéficier du chapitre VI d'adopter ce dernier. Après un débat, le Groupe de travail a adopté l'hypothèse de travail selon laquelle le projet de convention permettrait aux États d'émettre une réserve concernant l'application du chapitre VI et a renvoyé la question de la reformulation du projet d'article 48 (réserves) devant le groupe de rédaction (voir par. 148 et annexe, projet d'article 42 *bis*).

73. S'agissant de l'objet du chapitre VI, le Groupe de travail a noté que ce dernier pourrait servir à étendre le champ d'application géographique du projet de convention (paragraphe 3 du projet d'article premier avec les mots entre crochets), à combler les lacunes en ce qui concerne les questions traitées, mais non expressément tranchées par le projet de convention (en vertu du projet d'article 8.2 combiné au texte d'introduction des projets d'articles 29 et 30) ou à offrir une seconde possibilité d'harmonisation pour les questions régies par la loi applicable en dehors du projet de convention, même dans le contexte de transactions non visées par le projet de convention (en vertu du paragraphe 3 du projet d'article premier sans les mots entre crochets). Le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen de la question du champ d'application ou de l'objet du chapitre VI jusqu'à ce qu'il ait la possibilité d'examiner quant au fond les projets d'articles 29 à 33 et le paragraphe 3 du projet d'article premier.

B. *Examen des projets d'articles*

Article 29. *Loi applicable aux contrats de cession*

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

"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."

Paragraphe 1

75. Il a été noté que le projet d'article 29 avait pour objet de soumettre à la même loi les droits et obligations contractuels du cédant et du cessionnaire, ainsi que le transfert des créances, mais entre le cédant et le cessionnaire seulement. En outre, il a été noté que les mots qui apparaissaient entre crochets au paragraphe 1 s'inspiraient de l'article 7 de la Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux (Mexico, 1994, ci-après dénommée "la Convention interaméricaine") et de l'article 3-1 de la Convention de Rome. De surcroît, il a été noté que le paragraphe 2 était tiré de l'article 3-2 de la Convention de Rome.

76. Le Groupe de travail, rappelant sa décision de reporter l'examen de la question du champ d'application ou de l'objet du chapitre VI jusqu'à ce qu'il ait la possibilité d'examiner sur le fond les projets d'articles 29 à 33 et le paragraphe 3 du projet d'article premier (voir par. 73 ci-dessus), a décidé de maintenir entre crochets le texte d'introduction du paragraphe 1.

77. Un large soutien a été exprimé en faveur du principe fondamental de l'autonomie des parties énoncé au paragraphe 1. S'agissant de la question des limites de cette autonomie, des vues divergentes ont été exposées. Selon un avis, la liberté des parties de choisir la loi applicable à leur contrat devrait être illimitée. Selon un autre avis, les parties à un contrat lié à un pays seulement devraient, pour le moins, se voir interdire de choisir la loi d'un autre pays. Il a été déclaré que, si l'on appliquait conjointement le paragraphe 3 du projet d'article premier et le premier paragraphe du projet d'article 29, les parties à une cession

nationale de créances nationales ou internationales pourraient prévoir d'appliquer au contrat de cession une loi étrangère, ce qui a été jugé inacceptable. Bien qu'il ait été noté que cette question pourrait être réglée dans le contexte du paragraphe 3 du projet d'article premier ou des projets d'articles 32 et 33, le Groupe de travail a reporté, en raison du manque de temps, la résolution finale de cette question jusqu'à ce qu'il ait la possibilité d'examiner ces dispositions (voir par. 116 ci-après).

78. S'agissant de la question de savoir si le choix de la loi par les parties devait être expressément indiqué ou pouvait aussi être implicite, on a généralement reconnu que la validation d'un choix implicite de la loi correspondrait aux tendances actuelles reflétées dans les instruments internationaux existants. C'est pourquoi les deux membres de phrase entre crochets dans la deuxième phrase du paragraphe 1 ont bénéficié d'un appui. Mais on a aussi déclaré, à l'inverse, qu'en exigeant un choix exprès de la loi on se conformerait à la pratique normale des opérations de financement. En outre, les deux membres de phrase entre crochets au paragraphe 1 pourraient, a-t-on fait observer, être source d'incertitude.

79. L'emploi des termes "contrat de cession" a suscité un certain nombre de craintes, dont les suivantes: ces termes étaient source d'incertitude, puisqu'ils étaient interprétés différemment selon les systèmes juridiques; on pouvait penser qu'ils englobaient non seulement le contrat de cession, mais également le contrat de financement sous-jacent, ce qui irait à l'encontre du principe d'indépendance de la validité du premier contrat par rapport à la validité du second ("principe de l'abstraction"); le contrat de cession pourrait être confondu avec le contrat original conclu entre le cédant et le débiteur; ces termes pourraient aussi exclure un transfert unilatéral de créances; ils soulevaient un certain nombre de problèmes contractuels qui n'étaient pas traités dans le projet d'article 29 (par exemple, validité du choix de la loi); enfin leur emploi pourrait engendrer des incohérences, dans la mesure où ils pourraient être interprétés à tort comme visant les effets de la cession à l'égard du débiteur et d'autres tiers, questions qui étaient traitées dans les projets d'articles 30 et 31 et qui étaient régies par des lois autres que la loi choisie par les parties. Pour apaiser ces craintes, plusieurs suggestions ont été formulées, y compris d'employer des expressions telles que "droits et obligations mutuels des parties", "la cession" ou "l'accord".

80. Ces propositions n'ont pas recueilli un appui suffisant. On a généralement estimé que pour éviter toute interprétation erronée, l'expression "contrat de cession" devrait peut-être être explicitée dans un commentaire, mais qu'en tout état de cause il fallait la conserver, tout au moins en l'absence de tout libellé plus clair. On fait également valoir à cet égard que la reformulation proposée au paragraphe 1 ne permettait pas d'apaiser suffisamment les craintes exprimées. Il a été rappelé que le libellé proposé avait été examiné par le Groupe de travail de sa session précédente, où il n'avait pas été jugé acceptable.

81. On a rappelé en particulier que le Groupe de travail, à sa vingt-quatrième session, avait jugé l'expression "droits et obligations du cédant et du cessionnaire", employée dans un précédent projet (A/CN.9/412, projet d'article 8) trop restrictive dans la mesure où elle ne traitait pas, par exemple, la question du moment du transfert des créances (A/CN.9/420, par. 191) et ne permettait pas de déterminer si les droits à prendre en considération étaient uniquement ceux qui découlaient du contrat de cession, ou également ceux qui découlaient de l'opération de financement sous-jacente (A/CN.9/420, par. 192). A cette même session, des objections avaient été émises contre l'emploi du terme "cession" au motif qu'il élargirait par trop le champ de la disposition, car celle-ci régirait alors également les effets de la cession dans le contexte de la relation entre le cessionnaire et le débiteur. Au terme de ce débat, le Groupe de travail était convenu que la disposition devrait être reformulée afin qu'il soit bien clair qu'elle portait sur la relation entre le cédant et le cessionnaire, y compris sur des questions telles que la validité de la cession et le transfert des créances cédées entre le cédant et le cessionnaire (A/CN.9/420, par. 191), et que son champ d'application se limitait par ailleurs à la relation entre le cédant et le cessionnaire découlant de la cession, et non de l'opération de financement (A/CN.9/429, par. 192).

82. Il a été rappelé par ailleurs que pour ce qui était de la référence aux "droits et obligations entre le cédant et le cessionnaire", le Groupe de travail était convenu à sa vingt-septième session que l'expression était certes tirée de la Convention de Rome, mais qu'il était peut-être nécessaire d'employer un libellé plus clair afin d'indiquer que la loi choisie par les parties devait régir non seulement leurs droits et obligations, mais également l'ensemble du contrat de cession et qu'elle devait également aller au-delà de la sphère contractuelle pour s'appliquer également aux droits patrimoniaux découlant de la cession. A cette session, il avait 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 (A/CN.9/445, par. 60).

83. Lors du débat, il a été proposé de remplacer le terme "loi" par l'expression "règles de droit" afin de permettre aux parties de choisir des principes contractuels tels que ceux d'Unidroit en matière de contrats commerciaux internationaux. On a objecté à cet égard qu'une telle référence à des principes de droits généraux introduirait une incertitude quant à la teneur exacte de la loi applicable.

84. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer la deuxième phrase du paragraphe 1 et de conserver la référence à un choix exprès de la loi par les parties. Quant à l'expression "contrat de cession", le Groupe de travail a décidé de la conserver, étant entendu que sa signification exacte serait suffisamment expliquée dans le commentaire accompagnant le projet de convention, qui devait être établi ultérieurement. Il a été convenu que le commentaire devrait préciser en particulier que l'expression "contrat de cession" ne portait pas sur les effets de la cession à l'encontre du débiteur ou d'autres tiers, ou sur le contrat de financement.

Paragraphe 2

85. Le principe énoncé au paragraphe 2, selon lequel le cédant et le cessionnaire peuvent convenir de changer la loi applicable au contrat de cession, à condition qu'un tel

changement n'ait pas d'incidence sur les droits des tiers, a bénéficié d'un appui général. De l'avis général, toutefois, on pouvait parvenir au même résultat avec le paragraphe 1 qui consacrait le principe de l'autonomie des parties concernant la loi applicable au contrat de cession. En outre, la formulation particulière du paragraphe 2 soulevait un certain nombre de problèmes, dont les suivants: le fait de parler de "validité" plutôt que "validité quant à la forme" uniquement pourrait créer des incertitudes quant à la loi applicable au contrat; par ailleurs, la référence aux droits des tiers pourrait, par méprise, créer l'impression que le choix d'une loi par le cédant et le cessionnaire pourrait affecter les droits des tiers. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 2, étant entendu que cette suppression ne devrait pas compromettre la liberté des parties de choisir la loi applicable au contrat de cession ou d'en changer, principe qui était consacré dans le paragraphe 1.

Paragraphe 3

86. On a noté que le paragraphe 3 visait à promouvoir tant la certitude, en tant que critère fondamental, que la souplesse pour les situations exceptionnelles en faisant référence à la loi du pays avec lequel la cession avait la relation la plus étroite (c'est-à-dire la loi du pays où était située la partie qui devait exécuter l'obligation caractéristique du contrat), en créant une présomption selon laquelle la cession était le plus étroitement liée à la loi du pays où le cédant était situé, et en donnant aux parties la possibilité de réfuter cette présomption dans des circonstances exceptionnelles (A/CN.9/445, par. 64).

87. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir s'il fallait annuler la loi choisie par le cédant et le cessionnaire lorsque le choix n'était pas valable. De l'avis général, le contrat de cession devait dans un pareil cas être régi par la loi de l'État avec lequel il était le plus étroitement lié, comme il était prévu au paragraphe 3. Compte tenu de la décision prise par le Groupe de travail dans le cadre de l'examen du paragraphe 1, tendant à exiger un choix exprès (voir par. 84 ci-dessus), il a été proposé de préciser au paragraphe 3 que ce dernier s'appliquait uniquement lorsque les parties n'avaient pas effectué un choix "valable" ou "produisant des effets". Rappelant les craintes qu'avait suscitées à sa vingt-septième session l'emploi de ces termes (voir A/CN.9/445, par. 59 et 64), le Groupe de travail a décidé de ne pas les inclure dans le texte du paragraphe 3, mais de préciser dans un commentaire sur le projet de convention que le paragraphe 3 faisait référence à un choix de la loi "valable" ou "produisant des effets".

88. Le Groupe de travail a ensuite abordé la question de la règle de l'emplacement qui devrait être suivie au paragraphe 3 (pour un examen de la règle de l'emplacement, voir les paragraphes 25 à 32 ci-dessus ainsi que les paragraphes 107 et 163 à 169 ci-après). À cet égard, il a été encouragé à choisir une approche correspondant à celle qui avait été adoptée dans d'autres textes internationaux et de retenir une règle faisant référence à l'établissement, plutôt qu'au lieu d'immatriculation, du cédant. Une telle approche serait, a-t-on déclaré, plus appropriée dans la mesure où le lieu d'immatriculation pouvait n'avoir aucun rapport avec le contrat de cession. Si l'on a reconnu que, lorsqu'il existait plus d'un établissement, la référence à l'établissement principal ne résoudrait pas le problème des transactions conclues par une filiale régie par la loi de l'endroit où se trouvait le siège, on a déclaré cependant que le critère de l'établissement serait plus approprié dans le cadre du paragraphe 3. On s'est inquiété de ce que l'adoption d'une définition différente du terme "emplacement" dans le cadre du paragraphe 3 crée des incertitudes. On a fait observer à cet égard que le paragraphe 3 devrait faire référence à la loi du pays où le cédant avait son établissement plutôt que d'énoncer une définition différente.

89. De l'avis général, le champ d'application de la règle énoncée au paragraphe 3 était limité à des situations exceptionnelles, puisque les transactions visées concernaient uniquement des professionnels qui n'incluraient pas normalement une clause sur le choix de la loi dans leurs contrats. Compte tenu de ce qui précède, il a été convenu qu'il pourrait être fait référence à l'établissement ou, lorsqu'il y en avait plusieurs, à l'établissement principal ou, lorsqu'il s'agissait d'un particulier, à sa résidence habituelle.

90. Lors du débat, on a fait valoir que les termes "en l'absence de preuve du contraire" étaient peut-être inutiles puisque les termes "il est présumé que" suffisaient à indiquer qu'il s'agissait d'une présomption réfutable. Toutefois, la formulation de la deuxième phrase a été approuvée dans la mesure où elle précisait qu'il y avait bien présomption réfutable et qu'elle était inspirée de l'article 16-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

91. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 quant au fond et a renvoyé au groupe de rédaction la question de la reformulation de la deuxième phrase afin que cette dernière fasse référence à l'établissement ou, en cas d'établissements multiples, à l'établissement principal, ou, s'agissant d'un particulier, à la résidence habituelle du cédant.

Article 30. *Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur*

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

"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.]"

Paragraphe 1

93. Le Groupe de travail était convenu dans l'ensemble qu'afin d'éviter que la cession n'entraîne un changement du régime juridique applicable à l'obligation initiale du débiteur les questions découlant de la relation entre le cessionnaire et le débiteur devraient être soumises à la loi régissant la créance sur laquelle portait la cession. En réponse à une question, il a été noté que la créance était déterminée en vertu du contrat initial entre le cédant et le débiteur et n'était pas modifiée du fait d'une cession ou cession subséquente.

94. Le Groupe de travail a examiné le libellé du paragraphe 1. Rappelant sa décision de revenir sur la question du champ d'application de l'objet du chapitre VI après qu'il aurait pu examiner la teneur des projets d'articles 29 à 33 et du projet d'article 1-3 (voir par. 73 ci-dessus), le Groupe de travail a décidé de conserver entre crochets les premiers mots du paragraphe 1.

95. Pour ce qui est de la référence à la cessibilité, il a été convenu que celle-ci devrait être retenue, bien que la détermination du point de savoir si le paragraphe 1 englobait à la fois la cessibilité contractuelle et la cessibilité légale soit fonction du maintien ou non des premiers mots de ce paragraphe. Il a été déclaré que, si l'on conservait ces premiers mots, le projet d'article 12 (limitations contractuelles de la cession) régirait la cessibilité contractuelle, alors que le paragraphe 1 ne s'appliquerait qu'à la cessibilité légale. Si, par contre, on supprimait les premiers mots du paragraphe 1, ce paragraphe engloberait à la fois la cessibilité contractuelle et la cessibilité légale (on trouvera une brève référence à la loi régissant la cessibilité légale aux paragraphes 101, 104 et 117 ci-après).

96. Pour ce qui est des autres questions visées au paragraphe 1, le Groupe de travail est convenu qu'il serait préférable d'adopter une formulation plus générale, du type de celle retenue au paragraphe 2 de l'article 12 de la Convention de Rome. Il a été noté que le paragraphe 2 de l'article 12 de ladite convention est libellé comme suit:

> "La loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur."

97. En réponse à une question, il a été noté que les mots "les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur" visaient les conditions convenues par le cédant et le débiteur.

98. Il a été déclaré qu'à la différence du paragraphe 1, qui, en tentant d'énumérer toutes les questions à soumettre à la loi régissant la créance, risquerait de laisser de côté certaines questions, le libellé proposé engloberait également des questions non prévues. En effet, ce libellé éliminerait le risque de laisser de côté certaines questions, risque qui était aggravé par le paragraphe 1, car ce dernier reprenait les termes des dispositions de fond du projet de convention.

99. Pour ce qui est du libellé du paragraphe 1, il a été jugé en général que: la référence au "droit du cessionnaire de demander paiement" ne devrait pas être traitée dans le cadre de la relation entre le cessionnaire et le débiteur, mais plutôt dans celui de la relation entre le cédant et le cessionnaire; "l'obligation du débiteur d'effectuer le paiement" était traitée de manière suffisante par le libellé général proposé ci-dessus; la référence à "la libération du débiteur" risquerait d'être interprétée comme excluant les motifs de libération du débiteur en vertu du projet d'article 18-5; et l'on pourrait se demander si la référence aux "exceptions du débiteur" englobait ou non la renonciation aux exceptions (projet d'article 20), la modification du contrat initial (projet d'article 21) et le recouvrement des avances payées par le débiteur au cessionnaire (projet d'article 22).

100. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 1 devrait être modifié comme suit: "[À moins que la question ne soit réglée ailleurs dans la présente Convention,] la loi régissant la créance sur laquelle porte la cession détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur".

Paragraphes 2 à 4

101. Le Groupe de travail a étudié s'il faudrait conserver les paragraphes 2 à 4. À l'appui du maintien de ces paragraphes, il a été déclaré qu'ils pourraient être utiles pour définir la loi régissant la créance. Il a été noté qu'en établissant que la loi régissant la créance était la loi qui régissait le contrat ayant donné naissance à la créance le paragraphe 2 réglait une question qui ne l'était pas dans la Convention de Rome et qui était source d'incertitude quant au point de savoir si cette loi était la loi régissant le contrat initial (*lex contractus*) ou la loi de l'emplacement du débiteur (*lex situs* de la dette). En outre, en énonçant le critère objectif des "liens les plus étroits", le paragraphe 3 réglait une autre question non traitée dans la Convention de Rome, à savoir si la *lex contractus* était la loi choisie par les parties ou la loi du pays avec lequel le contrat initial avait la relation la plus étroite. Il a été avancé que cette approche était la plus appropriée, car: le cédant et le débiteur, en choisissant la loi applicable au contrat initial, ne s'attendraient normalement pas que cette loi régisse les questions découlant de la relation entre le cessionnaire et le débiteur; il ne serait pas porté atteinte aux droits du cessionnaire, car, dans le cas d'une créance nationale, le cessionnaire pourrait déterminer la loi applicable, alors que dans le cas d'une créance internationale il serait protégé par une présomption réfragable en faveur de la loi de l'emplacement du cédant énoncée au paragraphe 4; et la cessibilité légale, faisant intervenir des questions d'ordre public ou de droit impératif, ne serait pas soumise à la loi choisie par le cédant et le débiteur. À ce propos, il a été déclaré qu'il faudrait sans doute modifier le paragraphe 3, si le projet d'article 30 devait englober la cessibilité contractuelle, de manière que l'autonomie des parties soit préservée à propos de la cessibilité contractuelle. En outre, le paragraphe 3 se fondait certes opportunément sur une approche souple, découlant du critère bien établi des "liens les plus étroits", mais le paragraphe 4 réduisait les incer-

titudes en énonçant une présomption réfragable aux termes de laquelle la loi "ayant les liens les plus étroits" avec le contrat était la loi de l'emplacement du cédant.

102. Il a toutefois été jugé dans l'ensemble qu'il faudrait supprimer les paragraphes 2 à 4. Il a été noté qu'il ne serait pas approprié d'énoncer, par le biais de règles fondamentales telles que celles qui étaient énoncées aux paragraphes 2 à 4, des règles de droit international privé applicables à la large gamme de contrats et de situations pratiques pouvant être à l'origine d'une créance. Par exemple, la détermination de la loi régissant le contrat ayant donné naissance à la créance pourrait contraindre à examiner des opérations de vente, contrats d'assurance, opérations relatives à des navires ou aéronefs, opérations touchant les marchés financiers et nombre d'autres possibilités ne pouvant être traitées de manière réaliste au moyen d'une règle unique de détermination de la loi applicable. En outre, on a donné des exemples de cas où, en fonction des diverses conventions internationales et des règles générales de droit international privé applicables à une cession internationale, la présomption énoncée au paragraphe 4 pourrait entraîner l'application de lois contradictoires. De plus, il a été noté que les paragraphes 2 à 4 n'étaient pas conformes aux dispositions du projet de convention relatives au champ d'application, car ils ne traitaient pas de la question de la loi régissant les créances non contractuelles. Il a été jugé dans l'ensemble qu'il ne serait pas raisonnable d'élargir encore le champ des règles énoncées aux paragraphes 2 à 4.

103. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer les paragraphes 2 à 4. Il a été convenu que le commentaire du projet de convention, qui serait élaboré ultérieurement, devrait sans doute préciser que le projet d'article 30, plutôt que de tenter d'englober toutes les questions possibles, traitait de manière générale de la loi applicable aux questions qui se posaient dans le contexte de la relation entre le cessionnaire et le débiteur.

104. Il a été déclaré que, du fait de la suppression des paragraphes 2 à 4 et afin d'éviter de soumettre la cessibilité légale à la loi choisie par les parties, le paragraphe 1 devrait être modifié, de manière à préciser qu'il ne traitait pas de la question de la loi applicable à la cessibilité légale. Toutefois, il a été convenu que cette question pourrait être traitée dans le contexte des projets d'articles 32 et 33 relatifs aux règles impératives et aux considérations d'ordre public (voir par. 117 ci-après).

Article 31. *Loi applicable aux conflits de priorité*

105. Le texte du projet d'article 31 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 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.]"

106. Le Groupe de travail a examiné la question du rapport existant entre les projets d'articles 23 et 24, d'une part, et le projet d'article 31, d'autre part. Il a été déclaré que, si le chapitre VI devait combler les lacunes concernant les questions régies mais non expressément tranchées par le projet de convention, le projet d'article 31 ne serait pas nécessaire et pourrait être supprimé (pour une brève référence au champ d'application ou à l'objet possible du chapitre VI, voir les paragraphes 68 et 73 ci-dessus). Si, toutefois, le chapitre VI offrait une seconde possibilité d'harmonisation intéressant même les transactions sortant du domaine d'application du projet de convention, le projet d'article 31 devrait être maintenu et aligné sur les projets d'articles 23 et 24. Il a été noté qu'il faudrait suivre la même démarche si le chapitre VI devait étendre le champ d'application géographique du projet de convention et s'appliquer aux cessions internationales ou aux cessions de créances internationales, que le cédant fût ou non situé dans un État contractant. Dans ce cas, a-t-il été souligné, il faudrait préciser que le projet d'article 31 ne s'applique que si le chapitre IV, y compris les projets d'articles 23 et 24, ne s'applique pas.

107. Le Groupe de travail, rappelant sa décision de soumettre les questions de priorité à la loi de l'État dans lequel le cédant était immatriculé, décision prise dans le contexte de l'examen des projets d'articles 23 et 24 (voir par. 25 à 32 ci-dessus), est convenu qu'il faudrait suivre la même démarche pour le projet d'article 31. Tandis qu'il a été noté que dans d'autres instruments internationaux traitant de questions de droit procédural il était fait référence au centre des intérêts principaux du débiteur insolvable, il a été déclaré qu'une démarche différente était justifiée dans ce contexte en raison de l'objet et de la finalité différents du projet de convention. Il a été déclaré que, faute d'introduire suffisamment de certitude en ce qui concerne les droits des cessionnaires à l'encontre de tiers, le projet de convention ne parviendrait pas à atteindre son objectif qui était d'améliorer l'offre de crédit moins onéreux. Il a en outre été noté que, dans la plupart des cas, l'État d'immatriculation du cédant coïncidait avec l'État dans lequel serait ouverte la procédure d'insolvabilité principale à l'encontre du cédant (c'est-à-dire, en vertu de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, le lieu où le cédant avait le centre de ses intérêts principaux et qui, en l'absence de preuve du contraire, serait présumé être l'État dans lequel le cédant avait son siège). En outre, il a été noté que, dans les cas où la procédure d'insolvabilité était ouverte dans un État autre que l'État dans lequel le cédant était immatriculé, le projet d'article 24, dans sa forme révisée, offrirait une protection suffisante aux créanciers du cédant et à l'administrateur de l'insolvabilité du cédant.

108. On s'est inquiété du fait qu'il pourrait n'être pas suffisamment clair que le terme "priorité" renvoyait aux effets de la cession à l'encontre de tiers autres que le débiteur. En conséquence, a-t-il été déclaré, un paiement effectué par le débiteur au cessionnaire ayant priorité en vertu de la loi spécifiée dans le projet d'article 31 (c'est-à-dire la loi de l'emplacement du cédant) peut ne pas être libératoire en vertu de la loi spécifiée dans le projet d'article 30 (c'est-à-dire la loi régissant la créance à laquelle se rapporte la cession). À l'encontre de ces argu-

ments, il a été souligné que le projet d'article 31 énonçait de façon suffisamment claire qu'il traitait de problèmes découlant de conflits entre des parties spécifiées et que le débiteur n'était pas l'une de ces parties. Par ailleurs, il a été noté qu'étant donné l'inclusion, dans le chapitre VI, du projet d'article 30 sous sa forme révisée, il ne se poserait, à cet égard, aucun problème. De surcroît, il a été déclaré qu'en tout état de cause le sens du terme "priorité" n'entraînerait aucune incertitude de ce type puisqu'il était défini au projet d'article 5 *i* (pour un examen de la définition du terme "priorité", voir les paragraphes 23 et 24 ci-dessus).

109. En réponse à une question, il a été déclaré que la loi applicable aux cessions subséquentes était définie avec suffisamment de clarté dans le projet d'article 29, s'agissant du contrat de cession, et dans le projet d'article 31, s'agissant de la relation entre le cessionnaire et le débiteur. En outre, il a été souligné que le projet d'article 31 suffisait à couvrir les conflits naissant entre plusieurs cessionnaires subséquents ayant obtenu les mêmes créances du même cédant et les conflits naissant entre un cessionnaire subséquent, d'une part, et les créanciers du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité du cédant, d'autre part, puisqu'en vertu du projet d'article 25, sous sa forme révisée, les dispositions du projet de convention s'appliqueraient à un cessionnaire subséquent comme s'il s'agissait du cessionnaire initial. Par ailleurs, il a été déclaré que, pour la même raison, aucun problème ne se poserait dans le cas où l'un des cessionnaires successifs contesterait les droits du dernier cessionnaire dans une série de cessions.

110. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que, dans l'attente d'une résolution finale de la question de l'objet du chapitre VI (voir par. 73 ci-dessus), il faudrait maintenir entre crochets le projet d'article 31, l'aligner sur les projets d'articles 23 et 24 et le réviser pour inclure un chapeau contenant, entre crochets, le texte suivant: "À l'exception des questions tranchées au chapitre IV:".

Article 32. *Règles impératives*

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

> "1. Aucune disposition du présent article 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."

112. On a craint que le projet d'article 32 ne crée une incertitude quant à la loi applicable au contrat de cession, dans la mesure où les limites éventuelles qui pourraient découler des règles impératives de la loi du for ou d'un autre État avec lequel le contrat de cession avait des liens étroits ne seraient pas connues au moment de la cession. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé que le projet d'article 32 soit supprimé, ou, du moins, fusionné avec le projet d'article 33. Cette proposition a été contestée au motif que le projet d'article 32 était utile car il énonçait de nouveau un principe reconnu dans des instruments de droit international privé, comme la Convention de Rome ou la Convention interaméricaine, selon lequel les règles impératives de la loi du for ou d'un autre État avec lequel le contrat de cession avait des liens étroits pourraient prévaloir sur la loi applicable. En outre, il a été noté qu'un tel principe avait un champ d'application un peu plus large que l'exclusion des dispositions de la loi applicable qui étaient manifestement incompatibles avec l'ordre public du for en vertu de l'article 33.

113. De l'avis général, l'application de la loi applicable au contrat de cession et aux questions soulevées dans le cadre de la relation entre le cessionnaire et le débiteur ne devait pas limiter l'application des règles impératives du for ou d'un autre État avec lequel le contrat de cession avait des liens étroits. En revanche, il a été estimé dans une large mesure que le projet d'article 32 ne devrait pas avoir pour effet de rendre inopérante la loi applicable aux questions de priorité au profit des règles impératives de la loi du for ou d'un autre État. Quelques hésitations ont été exprimées quant à l'opportunité d'adopter une approche différente pour les questions de priorité, mais il a été largement admis qu'une approche différente était justifiée, dans la mesure où les règles traitant des questions de priorité avaient elles-mêmes un caractère impératif et que le fait de les écarter au profit des règles impératives du for ou d'un autre État aurait pour résultat involontaire de créer des incertitudes quant aux droits des tiers, résultat qui pourrait avoir un effet négatif sur le coût et l'offre de crédit. En outre, pour éliminer les conflits possibles entre diverses règles impératives, il a été proposé que le membre de phrase "Aucune disposition du présent chapitre", figurant aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 32, soit remplacé par un libellé tel que: "Aucune disposition des articles 29 et 30".

114. Il a été jugé dans une large mesure que la notion de "règles impératives", telle que définie actuellement au paragraphe 1, était trop large en ce sens qu'elle renvoyait à des règles auxquelles les parties ne pouvaient déroger. Il a donc été proposé que, conformément aux notions équivalentes utilisées dans d'autres instruments de droit international privé, il soit clairement indiqué dans le paragraphe 1 que celui-ci visait des situations exceptionnelles où intervenaient des règles d'une importance fondamentale, comme la législation relative à la protection des consommateurs ou les lois pénales (loi de police).

115. Sous réserve des amendements mentionnés aux paragraphes 113 et 114 ci-dessus, le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet d'article 32 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Restrictions à l'autonomie des parties en ce qui concerne le choix d'une loi en vertu du projet d'article 29

116. Rappelant sa décision de reporter, jusqu'à ce qu'il ait la possibilité d'examiner le projet d'article 32, la résolution finale de la question concernant les restrictions

éventuelles à la liberté du cédant et du cessionnaire de choisir la loi applicable au contrat de cession (voir par. 77 ci-dessus), le Groupe de travail a examiné le point de savoir si le cédant et le cessionnaire, en choisissant une loi sans rapport avec le contrat de cession, pouvaient déroger aux règles impératives de la loi de l'État avec laquelle la cession avait des liens étroits. De l'avis général, dans le cas où la cession était liée à un seul État (par exemple, dans le cas d'une cession nationale), le choix de la loi d'un autre État par le cédant et le cessionnaire ne devait pas porter préjudice à l'application des règles impératives de la loi de l'État à laquelle se rattachait la cession. Le Groupe de travail a confié au groupe de rédaction le soin de rédiger un libellé approprié tenant compte de cet accord. Il a été jugé dans une large mesure qu'une telle règle conviendrait mieux dans le cadre du projet d'article 29, qui traitait de l'autonomie des parties quant au choix de la loi par le cédant et le cessionnaire.

Loi applicable à la cessibilité légale

117. Compte tenu de sa décision prise antérieurement de supprimer les paragraphes 2 à 4 du projet d'article 30 (voir par. 103 ci-dessus), le Groupe de travail a examiné la question de savoir si la cessibilité légale devait relever d'une loi autre que la loi régissant les créances. De l'avis général, le cédant et le débiteur ne devraient pas être autorisés à transgresser des restrictions légales éventuelles à la cessibilité de créances en choisissant une loi propice pour régir les créances faisant l'objet de la cession. Il a été observé que ces restrictions légales visaient à protéger le cédant (par exemple, restrictions concernant la cession de salaires, de prestations de retraites, de polices d'assurance-vie) ou le débiteur (par exemple, restrictions légales à la cession d'impôts). Toutefois, il a été jugé dans une large mesure qu'aucune disposition supplémentaire n'était nécessaire dans l'article 30 pour illustrer cette interprétation, dans la mesure où les restrictions légales à la cessibilité de créances découleraient normalement des règles impératives qui seraient maintenues en vertu du projet d'article 32.

Article 33. *Ordre public*

118. Le texte du projet d'article 33 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "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."

119. De l'avis général, le projet d'article 33 devrait être aligné sur le projet d'article 24-3 (voir par. 34 ci-dessus). Cela étant, le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet d'article 33 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre VII. Autres règles de priorité possibles

120. Il a été noté que les sections I et III du chapitre VII proposaient deux ensembles différents de règles de droit matériel pour résoudre des questions de priorité, l'un s'appuyant sur le moment de l'enregistrement et l'autre sur le moment de la cession, alors que la section II traitait de questions distinctes touchant l'enregistrement. Si, dans son ensemble, le chapitre VII était optionnel (à savoir qu'il était soumis à une clause "d'option positive"), il a été indiqué qu'un certain nombre d'autres options étaient offertes aux États, y compris l'option de ne retenir ni les règles de priorité fondées sur le moment de la cession ou sur l'enregistrement, ni les règles concernant l'enregistrement, mais plutôt de choisir leurs propres règles internes. On a fait observer que cette approche de l'unification du droit avait fait l'objet de critiques dans des réunions d'experts auxquelles avaient participé des membres du secrétariat. Les adversaires de cette approche soulignaient que l'absence actuelle d'uniformité était en train d'être institutionnalisée. En outre, il a été noté que le système d'enregistrement prévu dans la formulation actuelle de la section II considérée susciterait des objections, même de la part d'États qui appliquaient déjà un système d'enregistrement. À cet égard, on a fait observer que, si la section II était trop détaillée, elle risquerait d'empêcher de nouvelles évolutions en matière d'enregistrement, alors que, si elle était trop générale, les États manqueraient d'informations pour décider de l'opportunité d'adopter le système d'enregistrement mentionné à la section II.

121. Il a été admis que le chapitre VII ne représentait peut être pas la meilleure façon d'unifier le droit, mais le Groupe de travail a rappelé que ce chapitre était le fruit d'un long débat qui avait montré que, si un accord n'avait pu intervenir sur une règle de droit matériel relative à la priorité, le projet de convention servirait à plus d'un titre la cause de l'unification du droit. On a fait remarquer que la certitude serait renforcée, que les États adoptent ou non l'une des options proposées au chapitre VII, dans la mesure où les projets d'articles 23 et 24 établiraient un régime juridique dans le cadre duquel les États contractants donneraient effet aux règles de priorité étrangères. En outre, il a été indiqué que le chapitre VII fournirait des orientations aux États qui souhaitaient moderniser leur législation pertinente en vigueur ou promulguer une nouvelle législation s'ils n'en avaient pas encore.

122. À cet égard, il a été souligné que les règles relatives à l'enregistrement figurant à la section II étaient distinctes des règles de priorité énoncées à la section I. Il a été mentionné que les États devraient être autorisés à opter pour les sections I ou II ou pour les deux (voir par. 131 ci-dessous). Ainsi, le chapitre VII pourrait être utilisé par les États d'une des façons suivantes: un État pourrait appliquer ses règles de priorité internes fondées sur l'enregistrement, mais utiliser le système d'enregistrement prévu par le projet de convention; un État pourrait appliquer les règles de priorité de la section I, mais utiliser son propre système d'enregistrement; un État pourrait opter pour l'application des sections I et II, mais seulement en ce qui concerne les cessions s'inscrivant dans le champ d'application du projet de convention; enfin, un État pourrait adopter des règles internes s'inspirant des sections I et II, auxquelles renverraient les projets d'articles 23 ou 24, et il les appliquerait à toutes les cessions, qu'elles s'inscrivent ou non dans le champ d'application du projet de convention.

123. En outre, il a été noté que le projet de convention favoriserait la transparence, dans la mesure où les États seraient tenus de faire des déclarations qui préciseraient de quelle manière leurs lois nationales modifient les règles de priorité du projet de convention. Le Groupe de travail a estimé qu'il faudrait s'en remettre au marché pour évaluer et affiner les résultats concrets de cet effort de codification. Après un échange de vues, le Groupe de travail a décidé de maintenir le chapitre VII. De l'avis général, il faudrait revenir sur la teneur de ce chapitre, peut-être à la lumière des travaux réalisés par d'autres organismes en matière d'enregistrement.

Chapitre VIII. Clauses finales

Article 41. *Dépositaire*

124. Le texte du projet d'article 41 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

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

125. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet d'article 41 sans modification.

Article 42. *Conflits avec des accords internationaux*

126. Le texte du projet d'article 42 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "1. Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, la présente Convention prévaut sous 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] énumérées dans la déclaration, auxquelles il est ou sera partie et qui contiennent des dispositions concernant les questions régies par la présente Convention, la présente Convention ne prévaut pas."

127. Le principe de la préséance du projet de Convention sur d'autres instruments internationaux a reçu un soutien général, mais des hésitations ont été exprimées car on pourrait penser que ce principe s'écartait de l'approche habituellement plus souple retenue dans d'autres instruments internationaux. S'agissant de la formulation du paragraphe 1, il a été noté que les accords internationaux qui pourraient contenir des dispositions concernant les questions visées par le projet de convention ne prenaient pas nécessairement la forme de convention internationale. Il a donc été décidé de supprimer les crochets avant et après le membre de phrase "ou tout autre accord multilatéral ou bilatéral".

128. De l'avis général, un État devrait avoir la faculté de déclarer à tout moment que le projet de convention ne prévaut pas sur les conventions internationales ou sur d'autres accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par lui. Il a donc été décidé de supprimer les mots entre crochets "au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion" et de supprimer les crochets avant et après le membre de phrase "à tout moment". En outre, pour les mêmes raisons que celles mentionnées à propos du paragraphe 1, il a été décidé de supprimer les crochets avant et après le membre de phrase "ou autres accords multilatéraux ou bilatéraux".

129. Sous réserve des modifications indiquées aux paragraphes 127 et 128 ci-dessus, le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet d'article 42, qu'il a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 43. *Application du chapitre VII*

130. Le texte du projet d'article 43 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "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."

131. Il a été proposé de modifier le projet d'article 43 afin de permettre aux États d'opter pour les règles de priorité fondées sur l'enregistrement (section I) ou pour les règles relatives à l'enregistrement (section II), ou pour les deux (voir le paragraphe 122 ci-dessus). Toutefois, compte tenu du fait que le Groupe de travail n'était pas parvenu à prendre une décision définitive sur la teneur du chapitre VII, il a été convenu de mettre entre crochets le membre de phrase "soit par les sections I et II, soit par la section III du chapitre VII" et de renvoyer la question à plus tard.

132. Conformément à sa décision touchant la formulation du projet d'article 42 (voir par. 128 et 129 ci-dessus), le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots entre crochets "au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion" et d'enlever les crochets avant et après le membre de phrase "à tout moment", et il a renvoyé le projet d'article 43 au groupe de rédaction.

Article 44. *Règles ou procédures d'insolvabilité sur lesquelles la Convention n'a pas d'incidence*

133. Le texte du projet d'article 44 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "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'incidence."

134. Le Groupe de travail a noté que l'objet du projet d'article 44 était de renforcer la certitude et la transparence

dans l'application du projet de convention en demandant aux États d'indiquer les dispositions de leur législation nationale régissant l'insolvabilité du cédant sur lesquelles la présente Convention n'avait pas d'incidence.

135. Des vues divergentes ont été exprimées quant au degré de précision qu'il faudrait apporter dans la rédaction du projet d'article 44. Selon un avis, la déclaration prévue dans ce projet d'article risquait de ne pas atteindre son objectif, à savoir apporter une certitude et assurer la prévisibilité des opérations, en particulier à l'égard de tiers, si elle n'était pas suffisamment précise. Cette précision était nécessaire, a-t-il déclaré, pour éviter que la déclaration ne fasse que citer les lois générales d'un État sur un point particulier. Selon un autre avis, l'obligation de faire des déclarations spécifiques pourrait imposer une charge trop lourde aux États. Il a été indiqué que, si une telle approche devait être suivie, un État devrait faire une nouvelle déclaration chaque fois qu'il modifierait son droit interne pour faire en sorte que ses propres règles d'insolvabilité prévalent sur le projet d'article 24. Plusieurs propositions ont été faites, tendant notamment à insérer un nouveau libellé tel que: "déclarer", "déclarer en indiquant" et "un État contractant peut, à tout moment, déclarer que, nonobstant les dispositions de la présente Convention, en cas d'insolvabilité d'un cédant sur lequel s'exerce sa compétence, les règles et procédures nationales particulières qui sont énoncées dans sa déclaration en vertu du présent article s'appliquent". À l'exception de la proposition tendant à remplacer le mot "indiquer" par le mot "déclarer", ces propositions n'ont pas fait l'objet d'un soutien suffisant. Afin d'aligner l'article 44 sur les articles 42 et 43, tels que modifiés, il a été convenu que les mots "au moment ... adhésion" soient supprimés et que les mots "à tout moment" soient maintenus, sans crochets.

136. Sur le plan des principes, des doutes ont été émis sur la nécessité de maintenir le projet d'article 44, compte tenu de la décision du Groupe de travail de ne conserver que la variante A au paragraphe 4 du projet d'article 24 (voir par. 33 ci-dessus). De la même manière, on a fait valoir que la règle en la matière avait déjà été énoncée dans le projet d'article 24 et les déclarations prévues à l'article 44 ne devaient encore préciser que les règles et procédures nationales sur lesquelles le projet de convention n'avait pas d'incidences. En tout état de cause, il a été indiqué qu'il ne serait pas souhaitable de modifier le projet d'article 44 dans un sens qui donnerait à l'État contractant une plus grande latitude pour conserver ses lois naturelles au-delà des limites énoncées dans le projet d'article 24.

137. On a craint que les mots "règles ou procédures" n'aient un caractère trop général et n'aboutissent involontairement à permettre aux États de faire une déclaration pour préserver dans son intégralité leur législation sur l'insolvabilité. En outre, il a été noté que ces mots risquaient de ne pas indiquer de façon assez précise s'il s'agissait de règles de fond ou de règles de procédure, voire des deux.

138. Il a été proposé de faire référence aux conventions internationales dans le projet d'article, dans la mesure où les règles pertinentes en matière d'insolvabilité pouvaient découler non seulement des législations nationales, mais aussi de conventions internationales. En réponse à cette proposition, on a fait observer que les conventions et accords internationaux étaient déjà visés par le paragraphe 2 du projet d'article 42 et qu'il n'était pas nécessaire d'y faire à nouveau référence dans le projet d'article 44.

139. On a fait valoir que le projet d'article 44 n'indiquait pas clairement si les États étaient tenus de soumettre une déclaration en vertu dudit projet d'article ou si cette déclaration était facultative, comme le donnait à entendre l'emploi du mot "peut" dans le projet d'article. En réponse à cette observation, il a été mentionné que l'objet du projet d'article n'était pas d'obliger un État contractant à faire une déclaration. Toutefois, il a été indiqué que, si un État contractant ne soumettait pas une telle déclaration, les règles ou procédures nationales particulières concernant l'insolvabilité du cédant pourraient être supplantées par le projet de convention.

140. Ayant pris en considération les divers avis exprimés, le Groupe de travail a estimé que le projet d'article 44 devrait être de nouveau examiné à la lumière des conseils que fourniraient les spécialistes de la législation relative à l'insolvabilité et il l'a renvoyé au groupe de rédaction pour qu'il y introduise les modifications mineures mentionnées au paragraphe 135 ci-dessus.

Article 45. *Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion*

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

"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."

142. Le Groupe de travail a adopté, quant au fond, le projet d'article 45 sans changement.

Article 46. *Application aux unités territoriales*

143. Le texte du projet d'article 46 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"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."

144. Le Groupe de travail a adopté, quant au fond, le projet d'article 46 sans changement.

Article 47. *Effets des déclarations*

145. Le texte du projet d'article 47 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"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."

146. Le Groupe de travail a adopté, quant au fond, le projet d'article 47 sans changement.

Article 48. *Réserves*

147. Le texte du projet d'article 48 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"Aucune réserve à la présente Convention n'est autorisée."

148. Le Groupe de travail a rappelé sa décision selon laquelle les États devraient être autorisés à émettre une réserve à l'égard du chapitre VI (voir par. 72 ci-dessus). En outre, il a été proposé de laisser ouverte la possibilité d'émettre d'autres réserves. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait introduire dans le chapitre VIII une disposition prévoyant une réserve à l'égard du chapitre VI et réviser en conséquence le projet d'article 48. Le Groupe de travail a renvoyé ces questions au groupe de rédaction.

Article 49. *Entrée en vigueur*

149. Le texte du projet d'article 49 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"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."

150. Le Groupe de travail est généralement convenu que le délai d'un an prévu pour l'entrée en vigueur du projet de convention était excessivement long et qu'il suffirait de prévoir un délai de six mois. En outre, il a été largement estimé que cinq ratifications devraient suffire pour que le projet de convention entre en vigueur et il a été convenu de supprimer les crochets entourant le mot "cinquième" au paragraphe 2. Sous réserve de ces amendements, le Groupe de travail a adopté, quant au fond, le projet d'article 49 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 50. *Dénonciation*

151. Le texte du projet d'article 50 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"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."

152. Selon un avis, la dénonciation du projet de convention par un État contractant aurait probablement une incidence sur les droits de tiers, en particulier dans le cas de cessions de créances à terme, et il pourrait être souhaitable que le Groupe de travail examine la façon dont les droits de ces tiers pourraient être protégés des effets néfastes d'une dénonciation.

153. Cette proposition a toutefois été combattue au motif que le droit qu'a un État de dénoncer une convention internationale est un droit souverain et que l'inclusion d'éventuelles dispositions limitant ce droit, y compris l'obligation, pour un État contractant, de protéger les droits de tiers, pourrait être perçue comme restreignant la souveraineté dudit État contractant. De surcroît, il a été

déclaré que les effets d'une dénonciation sur les droits de tiers étaient une question qu'il serait préférable de soumettre au droit applicable, puisque la plupart des systèmes juridiques comportaient des règles régissant les effets des modifications de la loi sur les droits acquis ou sur les transactions en cours.

154. À l'encontre de ces arguments, on a fait valoir que l'amendement proposé du projet d'article 50 ne limiterait pas le droit qu'auraient les États contractants de dénoncer le projet de convention. En outre, il a été déclaré que l'amendement proposé avait uniquement pour but d'offrir une règle de fond traitant des effets d'une dénonciation sur les droits de parties situées dans des États autres que l'État dénonçant le projet de convention et de les protéger dans la mesure où elles s'en seraient remises à l'application de ladite convention. Sans une telle règle uniforme, les tiers seraient obligés de s'en remettre aux règles de fond relatives aux changements de loi applicable prévus par différents systèmes juridiques, ce qui risquerait d'aboutir à des solutions conflictuelles ou non satisfaisantes dans de tels cas.

155. Le Groupe de travail, ayant examiné les différentes vues exprimées, a décidé qu'il faudrait examiner de façon plus approfondie la question des effets d'une dénonciation sur les droits de tiers. Sans préjuger de toute solution qui pourrait être apportée ultérieurement à cette question, le Groupe de travail a jugé le projet d'article 50 généralement acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

TITRE DU PROJET DE CONVENTION

156. Le Groupe de travail a reporté le débat sur le titre du projet de convention jusqu'à ce qu'il ait terminé l'examen de l'ensemble du texte de ladite Convention.

PRÉAMBULE

157. Le texte du préambule du projet de convention examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"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,

Sont convenus de ce qui suit:"

158. Un large soutien a été exprimé en faveur de l'inclusion, dans le préambule, d'un énoncé des objectifs du projet de convention. Il a été largement estimé qu'un tel énoncé pourrait fournir des indications utiles quant à l'interprétation du projet de convention, en particulier s'il était fait référence au préambule dans le contexte du projet d'article 8, qui traitait des questions d'interprétation du projet de convention. Afin d'éviter de compliquer à l'excès le préambule, il a cependant été convenu qu'une déclaration de principes générale serait suffisante, des explications supplémentaires pouvant être données dans le commentaire du projet de convention. Il a été généralement convenu qu'un tel commentaire pourrait fournir des indications utiles quant à l'interprétation du projet de convention et qu'il devrait être établi par le secrétariat à un stade ultérieur.

159. S'agissant de la formulation précise du préambule, il a été généralement convenu qu'on pourrait la conserver en y ajoutant quelques principes, notamment les suivants: créer des règles de prévisibilité et de transparence visant à faciliter le financement par cession de créances; appuyer la modernisation et l'harmonisation des lois nationales et internationales relatives aux cessions; faciliter les nouvelles pratiques et ne pas faire obstacle aux pratiques actuelles; et ne pas faire obstacle à la concurrence. S'agissant du texte du deuxième paragraphe du préambule, qui tentait de définir et d'énumérer les pratiques de financement, il a été largement estimé que celui-ci devrait être supprimé puisqu'il risquait, indirectement, d'exclure d'autres pratiques ou d'accorder une préférence excessive à certaines autres. Il a été généralement entendu, toutefois, que la suppression de ce texte ne préjugerait d'aucune décision que le Groupe de travail pourrait souhaiter prendre à l'égard du projet d'article 5 *d* (définition des termes "financement par cession de créance"). Quant à la question de savoir si le projet d'article 8 devrait faire référence au préambule, le Groupe de travail a reporté l'examen de cette question jusqu'à ce qu'il ait eu la possibilité d'examiner le projet d'article 8. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le préambule quant au fond et a chargé le groupe de rédaction de sa formulation exacte.

Chapitre premier. Champ d'application

Article premier. *Champ d'application*

160. 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 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.]"

Paragraphe 1

161. Le Groupe de travail a confirmé sa décision, prise à sa vingt-septième session, selon laquelle le champ d'application géographique du projet de convention n'avait pas besoin d'être étendu par référence aux règles de droit international privé conformément à l'article 1-1 *b* de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale (A/CN.9/445, par. 139). Il a été largement estimé que le champ d'application géographique du projet de convention était suffisamment vaste puisqu'en vertu du paragraphe 1 seul le cédant devait être situé dans un État contractant pour que le projet de convention s'applique. En outre, il a été largement estimé qu'une telle référence aux règles de droit international privé risquait d'entraîner une incertitude, puisque les parties ne connaîtraient pas, au moment de la cession, le for dans lequel un litige pourrait être jugé, à moins qu'ils ne se fussent entendus sur une clause de compétence.

162. Le Groupe de travail a noté qu'en vertu du projet d'article 3 une créance n'était internationale que si elle était internationale au moment où elle naissait. En conséquence, a-t-il été noté, dans le cas d'une cession de créances à terme, le cédant et le cessionnaire ne sauraient pas, au moment de la cession, si le projet de convention s'appliquerait ou non. Afin de résoudre ce problème, il a été proposé de reformuler le paragraphe 1 comme suit: "La présente Convention s'applique aux cessions internationales si, au moment de la cession, le cédant est situé dans un État contractant", tandis que le projet d'article 3 devrait être révisé 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." Cette proposition n'a pas reçu un soutien suffisant. Le Groupe de travail est convenu que ce problème pourrait être examiné dans le contexte du projet d'article 3.

163. Le Groupe de travail s'est ensuite penché sur la question du sens du terme "emplacement" dans le contexte du projet d'article premier (voir par. 25 à 32, 88 et 89 et 107 ci-dessus). Différents avis ont été exprimés. Selon un avis, pour être cohérent avec la règle sur l'emplacement adoptée dans le contexte des projets d'articles 23 et 24 pour obtenir la certitude voulue, il faudrait adopter la même règle sur l'emplacement dans le contexte du projet d'article premier. Il a été déclaré que, si l'on devait suivre une approche différente, une cession pourrait être régie par le projet de convention sans que les questions de priorité ne le soient dans le cas d'une société qui serait située dans un État, alors que son établissement serait situé dans un autre État, non contractant. Par ailleurs, il a été noté que toute autre approche renforcerait l'incertitude quant à l'application du projet de convention, ce qui pourrait avoir un effet sur le coût et sur l'offre de crédit, puisque des cessionnaires risqueraient de ne pas pouvoir déterminer avec une facilité et une certitude relatives l'emplacement du cédant.

164. Selon un autre avis, il faudrait mentionner dans le paragraphe 1 l'établissement du cédant. Il a été déclaré que ce mot était bien connu et fixé par l'usage dans divers instruments internationaux et dans la jurisprudence. En outre, on a fait observer que son emploi faciliterait l'application d'une loi qui aurait un rapport réel avec l'opération visée et permettrait d'aborder dans de bonnes conditions le problème des opérations effectuées par l'intermédiaire d'une succursale. À cet égard, il a été indiqué que le lieu d'immatriculation était souvent un lieu fictif qui n'avait aucun rapport avec le lieu où une société menait ses activités. Il a également été dit que le fait de mentionner le lieu d'immatriculation pourrait involontairement avoir pour effet de soumettre des opérations conclues par une succursale à la loi de l'État où se trouvait le siège de la société.

165. On a fait observer que, normalement, l'établissement et le lieu d'immatriculation devraient coïncider, mais, afin d'aplanir les différences existant lorsque ces deux lieux ne sont pas les mêmes, il a été proposé de faire référence à un ensemble de critères englobant le lieu d'immatriculation et l'établissement. Le libellé ci-après a été proposé: "Un particulier est situé dans l'État où il a sa résidence habituelle. Une société est située dans l'État où elle a son siège statutaire ou un établissement avec lequel la cession a la relation la plus étroite." Cette proposition a été modifiée, afin que le paragraphe 1 renvoie directement à ces critères, sans introduire encore une autre règle de localisation, en sus de celle adoptée aux fins des projets d'articles 23 et 24 ("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 soit est immatriculé dans un État contractant, soit y a son siège statutaire, ou son établissement avec lequel la cession a la relation la plus étroite"). En réponse à une question, il a été expliqué que le critère de "la relation la plus étroite" ne s'appliquait qu'à l'établissement.

166. Un certain nombre de propositions ont été faites pour améliorer le libellé proposé. Selon une proposition, qui a reçu un large soutien, il faudrait supprimer la référence au siège statutaire du cédant. Selon une autre proposition, on pourrait parvenir à une plus grande certitude en mentionnant l'établissement "principal" du cédant. Cette proposition a été repoussée au motif qu'elle pourrait créer des problèmes avec des entités qui souvent opéraient par l'intermédiaire de leurs succursales. Selon une autre proposition encore, l'établissement devrait être qualifié par les mots "d'où émane la cession", de préférence aux mots figurant dans la proposition initiale "avec lequel la cession a la relation la plus étroite". Il a été noté que, si ces critères avaient le même effet, ils risquaient tous deux de créer une incertitude, dans la mesure où il ne serait pas facile pour des tiers de fonder l'établissement ayant la relation la plus étroite avec la cession. Selon une autre proposition, qui a reçu un large appui, il faudrait, en ce qui concerne les personnes physiques, mentionner leur résidence habituelle.

167. Un large soutien a été exprimé en faveur de cette proposition. On a fait observer que cette formulation associait la certitude du lieu d'immatriculation à la souplesse de l'établissement, tout en permettant de résoudre les difficultés soulevées dans le cas des succursales. En outre, il a été noté que ces critères étaient disjonctifs de sorte que, pour que le projet de convention s'applique, il fallait simplement qu'il satisfasse à l'un d'eux. Par ailleurs, il a été noté qu'il y avait suffisamment de précédents à l'appui d'une telle approche dans d'autres instruments internationaux.

168. Toutefois, un certain nombre de préoccupations ont été exprimées. Une de ces préoccupations tenait au fait que cette approche serait peut-être trop souple et introduirait un degré inacceptable d'incertitude. Selon une autre préoccupation, une règle ainsi conçue pourrait involontairement avoir pour effet de faire entrer dans le champ d'application de la convention des cessions nationales de créances nationales (à savoir lorsque le cédant, le cessionnaire et le débiteur avaient leur établissement dans le même État). En réponse à ces préoccupations, on a fait observer que, si le cédant était immatriculé dans un État autre que l'État dans lequel il avait son établissement, une telle cession serait une cession internationale. Il a été mentionné, toutefois, que cette question pourrait être abordée différemment selon que, en vertu du droit des sociétés applicable, une société étrangère serait soumise à la loi du lieu d'immatriculation ou à la loi du lieu d'enregistrement.

169. Après un échange de vues, compte tenu de l'importance de la question et considérant le manque de temps, le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 1, étant entendu qu'il faudrait revoir la question du lieu à sa prochaine session, à la lumière des diverses propositions faites et de la définition de l'internationalité figurant dans le paragraphe 3 du projet d'article premier.

Paragraphe 2

170. Si un certain soutien a été exprimé en faveur du premier membre de phrase figurant entre crochets au paragraphe 2, selon l'avis qui a prévalu, ce membre de phrase devrait être supprimé et le paragraphe devrait commencer par les mots: "La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et les obligations du débiteur". En réponse à une question, on a fait observer que "les droits et les obligations du débiteur" étaient ceux découlant du contrat initial et de la législation régissant ce contrat.

171. S'agissant de la référence à l'application des règles du droit international privé, différents avis ont été exprimés. Selon un avis, cette référence devrait être supprimée car elle créait une incertitude. Selon un autre avis, il faudrait la conserver afin d'éviter de se trouver dans la situation où, en vertu des règles de droit international privé du for, si le cédant était situé dans un État contractant, c'est le droit interne de cet État qui s'appliquerait plutôt que le projet de convention. Quelques doutes ont été émis sur le point de savoir si, dans ce type de situation, on aboutirait effectivement à un tel résultat, mais on a exprimé l'opinion, largement partagée, que le débiteur pourrait être privé de la protection accordée par le projet de convention, ce qu'il faudrait éviter. Il a donc été proposé qu'il soit plutôt indiqué que la loi régissant la créance était la loi d'un État contractant. Cette proposition a reçu un large soutien. Il a été déclaré, toutefois, que la protection du débiteur prévue dans la Convention ne serait peut-être pas plus efficace que la protection accordée par le droit interne et qu'il serait donc peut-être préférable, dans certains cas, d'appliquer le droit interne.

172. Après un échange de vues, le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 2 devrait être libellé comme suit:

> "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 la loi régissant la créance soit la loi d'un État contractant."

Paragraphes 3 et 4

173. Faute de temps, le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen des paragraphes 3 et 4 à sa prochaine session.

III. RAPPORT DU GROUPE DE RÉDACTION

174. Le Groupe de travail a prié un groupe de rédaction constitué par le secrétariat d'examiner le préambule et les projets d'articles 5 *g* à *j*, 18-5 *bis*, 23 à 33 et 40 à 50, afin d'assurer la cohérence entre les différentes versions linguistiques.

175. À la clôture de ses débats, le Groupe de travail a examiné le rapport du groupe de rédaction et adopté quant au fond le préambule et les projets d'articles 5 *g* à *j*, 18-5 *bis*, 23 à 33 et 40 à 50, tels que révisés par le groupe de rédaction. Le texte de ces articles révisés, tel qu'il a été adopté par le Groupe de travail, est reproduit en annexe au présent rapport.

176. Pour ce qui est du membre de phrase du deuxième paragraphe du préambule dans lequel on s'était efforcé de définir les opérations régies par le projet de convention, il a été proposé de le réintroduire dans le préambule. On a objecté à cette suggestion que cela risquerait d'avoir pour conséquence d'exclure involontairement certaines opérations ou pourrait être interprété comme exprimant une préférence injustifiée pour certains types d'opérations. Le Groupe de travail a pris cette décision, étant entendu que l'élimination de ce membre de phrase dans le préambule ne préjugerait pas de l'approche qu'adopterait le Groupe à propos du projet d'article 5 *d*.

177. Selon un avis, la référence au seul terme "tribunal" était trop étroite, étant donné qu'une procédure d'insolvabilité pouvait être menée par un organisme autre qu'un tribunal. Il a été convenu de remplacer ce terme par l'expression "tribunal ou autre autorité compétente", qui était plus complète et conforme à la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (art. 4) et de modifier en conséquence les projets d'articles 5 *h*, 24-3 et 33.

178. Il a été convenu que, lorsqu'on trouvait dans le texte les termes "for", "État du for" et "État dans lequel le tribunal est situé", il faudrait utiliser partout le terme "État du for" dans un souci de cohérence (projets d'articles 24-3, 24-5, 32-1 et 33).

179. Pour ce qui est du projet d'article 26, il a été proposé de ne pas l'adopter tant qu'une décision n'aurait pas été prise sur le projet d'article 12. Toutefois, le Groupe de travail a décidé d'adopter quant au fond le projet d'article 26, étant entendu que celui-ci pourrait être revu si nécessaire, après que le Groupe de travail aurait eu la possibilité d'examiner le projet d'article 12.

180. Pour ce qui est du projet d'article 29, il a été convenu, comme l'on rencontrait dans la version anglaise les termes "*assignment contract*" et "*contract of assignment*", que seule la deuxième expression devait être utilisée, dans un souci de cohérence. Pour ce qui est du projet d'article 42, il a été convenu de l'aligner sur les projets d'articles 42 *bis*, 43 et 44, qui ne faisaient pas référence à la prise d'effet de la déclaration, puisque la question était traitée dans le projet d'article 47. En outre, il a été convenu que, dans les projets d'articles 42 *bis*, 43 et 44, on ferait référence à un "État" et non à un "État contractant", afin d'inclure les cas où une déclaration était faite au moment de la signature.

181. Pour ce qui est du projet d'article 50, il a été convenu que le secrétariat préparerait un libellé traitant des questions transitoires et des effets sur les tiers, afin que le Groupe de travail puisse l'examiner ultérieurement.

IV. TRAVAUX FUTURS

182. Il a été proposé que, durant sa prochaine session, le Groupe de travail examine diverses questions, notamment: le champ d'application du projet de convention, en particulier la définition des termes "cession" et "créance"; la forme de la cession; les limitations contractuelles de la cession; le paiement libératoire du débiteur. Pour ce qui est de l'ordre dans lequel seraient entrepris les travaux, il a été proposé que le Groupe de travail choisisse quelques questions importantes et les traite en premier, sans nécessairement suivre l'ordre des articles dans le document A/CN.9/WG.II/WP.96. Toutefois, on a jugé dans l'ensemble qu'il serait préférable que le Groupe de travail examine en premier, lors de sa prochaine session, le projet d'article premier, puis suive l'ordre des projets d'articles, tels qu'ils figuraient dans le document A/CN.9/WG.II/WP.96. Il a été jugé qu'une telle solution serait non seulement le moyen normal de procéder, mais permettrait aussi au Groupe de travail d'examiner à sa prochaine session des questions essentielles, telles que le champ d'application, la forme et les limitations contractuelles de la cession. En outre, il a été noté que le fait de suivre l'ordre des projets d'articles dans le document A/CN.9/WG.II/WP.96 n'entraînerait pas de retards excessifs, car le Groupe de travail pourrait traiter sans un long débat des dispositions de moindre importance du projet de convention.

183. Il a été noté que la prochaine session du Groupe de travail se tiendrait à New York, du 1er au 12 mars 1999.

ANNEXE

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

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 de financement,

Désireux d'énoncer des principes et d'adopter des règles relatifs à la cession de créances qui garantiraient la prévisibilité et la transparence et favoriseraient la modernisation de la législation relative au financement par cession de créances, tout en préservant les pratiques de financement actuelles et en facilitant le développement de nouvelles pratiques,

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,

Sont convenus de ce qui suit:

...

Chapitre II. Dispositions générales

Article 5. *Définitions et règles d'interprétation*

Aux fins de la présente Convention:

...

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 ou autre autorité compétente 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) Aux fins des articles 23 et 24, un particulier est situé dans l'État où il a sa résidence habituelle; une société est située dans l'État où elle est immatriculée; une personne morale autre qu'une société est située dans l'État où ont été effectuées les formalités de sa constitution; et toute autre personne est située dans l'État où elle a sa direction générale.

...

Chapitre IV. Droits, obligations et exceptions

...

Section II. Débiteur

Article 18. *Paiement libératoire du débiteur*

...

[5 *bis*. Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidences sur tout motif pour lequel un débiteur peut effectuer un paiement libératoire entre les mains d'une personne bénéficiaire d'une cession non valable.]

...

Section III. Tiers

Article 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. Un cessionnaire bénéficiant d'une priorité peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur d'un cessionnaire concurrent, que ledit cessionnaire existe ou non au moment de la renonciation. [La renonciation, si elle est conventionnelle, peut résulter d'une convention avec le cédant, le cessionnaire concurrent ou toute autre personne.]

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

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. Nonobstant les paragraphes 1 et 2, l'application d'une disposition de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant ne peut être refusée par un tribunal ou une autre autorité compétente que si ladite disposition est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.

4. En cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, sauf dispositions contraires du présent article, la présente Convention n'a pas d'incidence sur les droits de l'administrateur de l'insolvabilité ni sur les droits des créanciers du cédant.

[5. Si une procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit non contractuel qui, en vertu de la loi du for, aurait la priorité sur le droit d'un cessionnaire conserve cette priorité, nonobstant le paragraphe 2, mais dans la mesure seulement où ladite priorité a été spécifiée par l'État du for dans un instrument déposé auprès du dépositaire avant la date de la cession.]

6. 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.

Chapitre V. Cessions subséquentes

Article 25. *Champ d'application*

1. 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 une cession antérieure n'est pas régie par la présente Convention; et

b) à toute cession subséquente, à condition qu'une cession antérieure soit régie par la présente Convention.

2. La présente Convention s'applique de la même manière que si le cessionnaire subséquent était le cessionnaire initial.

Article 26. *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 du cédant découlant de la violation d'une telle convention. Une personne qui n'était pas partie à une telle convention n'est pas responsable en vertu de ladite convention du chef de sa violation.

Article 27. *Notifications multiples*

Lorsqu'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur ne peut effectuer un paiement libératoire qu'à la personne ou à l'adresse indiquée dans la notification de la dernière desdites cessions subséquentes.

Article 28. *Notification de cessions subséquentes*

La notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

Chapitre VI. Conflit de lois

Article 29. *Loi applicable au contrat de cession*

1. [À l'exception des questions qui sont régies par la présente Convention,] le contrat de cession est régi par la loi choisie expressément par le cédant et le cessionnaire.

2. À défaut de choix d'une loi par le cédant et le cessionnaire, le contrat de cession est régi par la loi de l'État avec lequel le contrat de cession a la relation la plus étroite. Il est présumé, sauf preuve contraire, que le contrat de cession a la relation la plus étroite avec l'État dans lequel le cédant a son établissement. Si le cédant a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat. Si le cédant n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

3. Si la cession ne se rattache qu'à un seul État, le choix par le cédant et le cessionnaire de la loi d'un autre État ne porte pas atteinte à l'application de la loi de l'État auquel la cession se rattache, s'il ne peut être dérogé par contrat à ladite loi.

Article 30. *Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur*

[À l'exception des questions qui sont régies par la présente Convention,] la loi régissant la créance sur laquelle porte la cession détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.

[Article 31. *Loi applicable aux conflits de priorité*

[À l'exception des questions qui sont régies par le chapitre IV:]

a) 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;

b) la priorité entre un cessionnaire et les créanciers du cédant est régie par la loi de l'État dans lequel le cédant est situé;

c) la priorité entre un cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité est régie par la loi de l'État dans lequel le cédant est situé;

[*d)* si une procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit non contractuel qui, en vertu de la loi du for, aurait la priorité sur le droit d'un cessionnaire conserve cette priorité, nonobstant l'alinéa *c*, mais dans la mesure seulement où ladite priorité a été spécifiée par l'État du for dans un instrument déposé auprès du dépositaire avant la date de la cession.]

e) 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.]

Article 32. *Règles impératives*

1. Aucune disposition des articles 29 et 30 ne limite l'application des dispositions de la loi du for lorsqu'elles sont impératives, quelle que soit la loi applicable par ailleurs.

2. Aucune disposition des articles 29 et 30 ne limite l'application des règles impératives de la loi d'un autre État avec lequel les questions traitées dans lesdits articles ont une relation étroite si et dans la mesure où, en vertu de la loi de cet autre État, ces règles doivent être appliquées, quelle que soit la loi applicable par ailleurs.

Article 33. *Ordre public*

Pour ce qui est des questions régies par le présent chapitre, l'application d'une disposition de la loi désignée dans le présent chapitre ne peut être refusée par un tribunal ou autre autorité compétente que si ladite disposition est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.

...

Chapitre VIII. Clauses finales

Article 41. *Dépositaire*

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

Article 42. *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. Un État peut déclarer 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 42 *bis*. *Application du chapitre VI*

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre VI.

Article 43. *Application du chapitre VII*

Un État peut déclarer 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'incidence*

Un État peut déclarer à tout moment d'autres règles ou procédures régissant l'insolvabilité du cédant sur lesquelles la présente Convention n'a pas d'incidence.]

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. *Effets 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. *Réserves*

Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention.

Article 49. *Entrée en vigueur*

1. La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois 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 de six mois 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.

B. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-neuvième session: articles révisés du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement: remarques et suggestions: note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.98) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 85

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT 86

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION 86
Article premier. Champ d'application 86
Article 2. Cession de créances 87
Article 3. Internationalité 87
Article 4. Exclusions 88

CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES 89
Article 5. Définitions et principes d'interprétation 89
Article 6. Autonomie des parties 90
Article 7. Protection du débiteur 90
Article 8. Principes d'interprétation 90

CHAPITRE III. FORME ET EFFET DE LA CESSION 91
Article 9. Forme de la cession 91
Article 10. Effet de la cession 91
Article 11. Moment du transfert des créances 91
Article 12. Limitations contractuelles de la cession 91
Article 13. Transfert de sûretés 92

CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS 92
Section I. Cédant et cessionnaire 92
Article 14. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire 92
Article 15. Garanties du cédant 92
Article 16. Notification au débiteur 93
Article 17. Droit du cessionnaire à recevoir paiement 93
Article 17 *bis*. Droits concurrents sur le produit 94

		Pages
Section II.	Débiteur	95
Article 18.	Paiement libératoire du débiteur	95
Article 19.	Exceptions et droits à compensation du débiteur	96
Article 20.	Convention de non-recours aux exceptions et droits à compensation	97
Article 21.	Modification du contrat initial	97
Article 22.	Recouvrement d'avances	97
Section III.	Tiers	98
Article 23.	Droits concurrents de plusieurs cessionnaires	98
Article 24.	Droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant	99
CHAPITRE V.	CESSIONS SUBSÉQUENTES	99
Article 25.	Champ d'application	99
Article 26.	Conventions limitant les cessions subséquentes	99
Article 27.	Paiement libératoire du débiteur	99
Article 28.	Notification au débiteur	99
CHAPITRE VI.	CONFLIT DE LOIS	99
Article 29.	Loi applicable au contrat de cession	99
Article 30.	Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur	100
CHAPITRE VII.	AUTRES RÈGLES DE PRIORITÉ POSSIBLES	100
CHAPITRE VIII.	DISPOSITIONS FINALES	100
Article 42.	Conflits avec des accords internationaux	100
Article 43.	Application du chapitre VII	102
Article 44.	Règles et procédures d'insolvabilité sur lesquelles la présente Convention n'a pas d'incidence	102
Article 48.	Réserves	102

INTRODUCTION

1. À sa présente session, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux doit poursuivre les travaux qu'il a 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 est la sixième que le Groupe de travail consacre 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 (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].

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

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 26 à 28.

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 297 à 301; *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), par. 208 à 214; et *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 374 à 381.

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-neuvième session (1996), la Commission a été saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-quatrième session (A/CN.9/420). La Commission a félicité le Groupe de travail du travail qu’il avait accompli et il lui a demandé de poursuivre activement sa tâche[4].

6. À ses vingt-cinquième et vingt-sixième sessions (New York, 8-19 juillet 1996 et Vienne, 11-22 novembre 1996), 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 et A/CN.9/WG.II/WP.89). 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).

7. À sa trentième session (1997), la Commission a été saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-cinquième et de sa vingt-sixième session (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 points et que les principales questions en suspens concernaient notamment les effets de la cession à des tiers, par exemple, les créanciers et l’administrateur de l’insolvabilité du cédant[5]. En outre, la Commission a pris note du fait que le projet de Convention avait suscité l’intérêt des gouvernements et des établissements qui s’occupaient de financement par cession de créances, étant donné qu’il offrait la possibilité d’accroître la disponibilité de crédits à des conditions plus abordables[6].

8. À ses vingt-septième et vingt-huitième sessions (Vienne, 20-31 octobre 1997 et New York, 2-13 mars 1998), le Groupe de travail a examiné les notes préparées par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.93 et A/CN.9/WG.II/WP.96). À sa vingt-huitième session, il a adopté l’essentiel des projets d’articles 14 à 16 et 18 à 22 et a demandé au secrétariat d’établir une version révisée du projet d’article 17 (A/CN.9/447, par. 161 à 164 et 68).

9. À sa trente et unième session (1998), la Commission a été saisie des rapports du Groupe de travail sur ses vingt-septième et vingt-huitième sessions (A/CN.9/445 et A/CN.9/447). La Commission a félicité le Groupe de travail de l’œuvre qu’il avait accomplie et lui a demandé de poursuivre activement sa tâche de manière à la mener à bien en 1998, ainsi que de lui soumettre le projet de Convention pour adoption à sa trente-troisième session, en l’an 2000[7].

10. La présente note contient un certain nombre d’observations touchant plusieurs projets d’articles qui ont pour but de faciliter leur examen par le Groupe de travail et d’expliquer les dispositions du projet de Convention. En cas de besoin, il a été suggéré des variantes ou d’autres dispositions pour que le Groupe de travail puisse les examiner (par exemple, les projets d’articles 2, 18 et 23). Cette note renferme également une version révisée du projet d’article 17 et le nouvel article 17 *bis* (concernant les questions liées au produit des créances), établi par le secrétariat conformément à la demande formulée par le Groupe de travail (A/CN.9/447, par. 68).

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

Chapitre premier. Champ d’application

Remarques

Article premier. *Champ d’application*

1. En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet d’article premier, il faudrait compléter la variante proposée au paragraphe 2 des remarques relatives à cet article, telle qu’elle figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.96, en mentionnant l’élément de rattachement qu’est le lieu où se trouve le cédant. Cette disposition devrait par conséquent se lire comme suit: “La présente Convention s’applique aux cessions internationales si, au moment de la cession, le cédant se trouve dans un État contractant”. Ce nouveau libellé devrait être combiné à la variante proposée au projet d’article 3, qui figure au même paragraphe 2 des remarques susmentionnées.

2. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si les parties à des cessions n’entrant pas dans le champ d’application du projet de Convention ou des parties aux contrats initiaux ne se trouvant pas dans des États contractants devraient avoir la faculté d’opter pour l’application du projet de Convention. Il y a lieu de noter cependant que, si les parties optent pour l’application de la loi d’un État contractant, il serait difficile de savoir si elles ont à l’esprit le projet de Convention ou le droit interne dudit État (voir le paragraphe 4 des remarques relatives au projet d’article premier figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.96).

3. Au paragraphe 2, l’on pourrait mentionner les projets d’articles 7, 12, 16 et 18 à 22. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le paragraphe 3, concernant le champ d’application des règles de droit international privé du projet de Convention, figurant au chapitre VI, lorsqu’il étudiera ce dernier.

[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]Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 231.

4. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi étudier la question de l'application subsidiaire ou conjointe des règles de fond et des règles de droit international privé du projet de Convention que soulève le paragraphe 4 si un État contractant fait une déclaration au titre du projet d'article 43. Aux termes du paragraphe 4, un État contractant, s'il ne fait pas de déclaration au titre du projet d'article 43, conserve ses propres règles de priorité et n'adopte que les règles de priorité du droit international privé figurant dans le projet de Convention (c'est-à-dire les projets d'articles 23 et 24).

Article 2. *Cession de créances*

1. Selon le libellé actuel du projet d'article 2, le champ d'application du projet de Convention serait trop large et engloberait la presque totalité du droit des cessions. Si une approche aussi générale peut être souhaitable d'un point de vue théorique, il risque de ne pas être possible, dans la pratique, de vouloir réformer l'ensemble des régimes juridiques nationaux concernant les cessions. Une telle approche rendrait en effet le projet de Convention moins acceptable pour les États qui seraient disposés à promulguer des lois spécifiques visant à faciliter l'accès au crédit moins cher mais pas à envisager une réforme de l'ensemble du droit national des cessions. En outre, une telle approche pourrait susciter des objections de la part des représentants des milieux dont les pratiques semblent déjà donner des résultats satisfaisants et n'ont pas besoin d'être réglementées par un autre texte juridique encore. De plus, selon le libellé actuel du projet d'article 2, il serait impossible pour un État d'adopter une règle de priorité fondée sur l'enregistrement étant donné que, même dans les pays appliquant un tel système, les transactions visées au projet d'article 2 ne sont pas toutes soumises à enregistrement.

2. Le champ d'application du projet de Convention serait assez large même si le paragraphe 2, à l'exception de l'alinéa *a*, était supprimé. Le Groupe de travail voudra donc peut-être combiner les paragraphes 1 et 2 *a* en supprimant le reste du paragraphe 2 et, le cas échéant, en ajoutant certains des types de cessions énumérées aux alinéas *b* à *g* à la liste des exclusions figurant au projet d'article 4. Si le projet de Convention est un succès et est largement adopté, il sera toujours possible d'élargir son champ d'application au moyen d'un protocole.

3. S'agissant de la contrepartie associée à une cession de créances, visée au paragraphe 1 du projet d'article 2, qui a pour but de faire en sorte que la Convention ne s'applique qu'aux cessions ayant un but de financement, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de supprimer cette référence et exclure, au projet d'article 4, les cessions effectuées sans qu'une contrepartie, un crédit ou des services connexes soient fournis ou promis en échange. Le libellé actuel du paragraphe 1 porte à penser qu'une cession suppose toujours une contrepartie, ce qui n'est pas nécessairement le cas. En outre, parler de contrepartie peut soulever la question de savoir s'il s'agit d'une contrepartie équitable.

4. Il convient de noter que le paragraphe 1 du projet d'article 2 est censé s'appliquer à tous les types de cessions conventionnelles de créances, y compris par subrogation, novation et nantissement. Une liste indicative des types de cessions conventionnelles visées, qui figurait dans un projet précédent (A/CN.9/WG.II/WP.93, par. 2 du projet d'article 2), a été supprimée en vue d'éviter de donner l'impression que les cessions non énumérées n'entraient pas dans le champ d'application de la Convention (A/CN.9/445, par. 151).

5. Le paragraphe 3 n'est peut-être pas nécessaire étant donné que le projet d'article 13 règle assez en détail les questions liées à la cession de sûretés sur les créances cédées. En outre, le paragraphe 3 est peut-être trop large en ce sens qu'il assimile à une créance tout droit découlant du contrat initial, y compris les droits sur des informations de caractère confidentiel, les droits à faire valoir d'autres droits et sur une créance. À la différence de la Convention de l'Unidroit sur l'affacturage international, signée à Ottawa en 1988 (ci-après dénommée la "Convention d'Ottawa"), dont est inspiré l'article 3, le projet de Convention traite de la cession de droits de propriété sur des créances et il n'est peut-être pas approprié de traiter en termes aussi larges de la cession de droits de propriété sur d'autres biens (voir à ce sujet les remarques relatives aux articles 17 et 17 *bis*).

6. Ainsi, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'adopter une version révisée du projet d'article 2 qui pourrait se lire comme suit:

> "1. Aux fins de la 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') au titre 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 des informations].
>
> 2. Le terme 'cession' comprend le transfert de la propriété de créances et la création de droits sur des créances à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation."

7. Selon cette version du projet d'article 2, le projet de Convention s'appliquerait aux cessions de créances contractuelles (si le libellé entre crochets du paragraphe 1 est supprimé) ou seulement aux cessions de certains types de créances contractuelles (si le libellé entre crochets est maintenu). Le paragraphe 2 a pour but de soumettre au régime du projet de Convention aussi bien les cessions pures et simples que les cessions sous forme de sûretés (l'on a évité des expressions comme "pures et simples" ou "absolues" car elles pourraient ne pas avoir de signification dans d'autres langues, et car le mot "transfert" ne suffirait peut-être pas pour désigner des cessions pures et simples étant donné que, dans certains systèmes juridiques, des cessions sous forme de sûretés supposent également un transfert de créances).

Article 3. *Internationalité*

1. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si l'endroit où se trouvent les parties est

le critère le mieux approprié pour déterminer le caractère international d'une transaction ou s'il faudrait mentionner d'autres critères, comme le lieu où la transaction peut être négociée, conclue ou exécutée, ou ne mentionner aucun critère du tout, étant entendu que tout élément d'internationalité, par exemple, le choix d'une loi ou d'une monnaie étrangère, suffirait à conférer à la transaction un caractère international. La version actuelle du projet d'article 3 reflète le principe selon lequel il importe au plus haut point de créer une certitude en ce qui concerne l'application du projet de Convention étant donné que cela aura sans doute un impact bénéfique sur le coût et la disponibilité du crédit.

2. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner la question de l'internationalité d'une créance ou d'une cession en cas de cédants, de cessionnaires ou de débiteurs multiples. Il peut y avoir une cession à plusieurs cessionnaires, par exemple, dans le cas de prêts consortiaux. Il peut y avoir aussi une cession par plusieurs cédants, par exemple, dans le cas d'un prêt où plusieurs entreprises cédantes appartenant au même groupe cèdent leurs créances (les cessions de créances indivises sont rares dans la pratique et il n'est sans doute pas nécessaire de les évoquer dans le projet de Convention). Enfin, en cas de cessions globales, il y a normalement multiplicité de débiteurs.

3. En cas de multiplicité de cédants et de cessionnaires, la cession ou la créance peut être considérée comme internationale même si un seul cédant ou un seul cessionnaire est situé dans un pays autre que celui où est située l'autre partie à la transaction. Une telle approche permettrait aux cédants et aux cessionnaires de structurer leurs cessions de manière différente selon qu'ils entendent les soumettre au projet de Convention ou non. Mais en même temps cela risquerait d'ouvrir la porte à des manipulations dans les opérations de financement (par exemple, dans le cas d'un consortium de banques, la banque chef de file pourrait faire participer une banque étrangère à la transaction et ainsi soumettre celle-ci au régime du projet de Convention). D'un autre côté, le caractère international de chaque cession ou de chaque créance peut être déterminé par application des critères d'internationalité énoncés au projet d'article 3. Ainsi, dans le cas d'un consortium de cédants (prêteurs) de créances nationales, dont certains seraient nationaux et d'autres étrangers, seule la cession à un cessionnaire étranger aurait un caractère international et relèverait du champ d'application du projet de Convention. Étant donné que, dans le cas de prêts consortiaux, chaque prêteur reçoit sa propre reconnaissance de dette du cédant (emprunteur), une telle approche ne serait pas inhabituelle et permettrait d'éviter des résultats contradictoires si des cessionnaires nationaux décident de soumettre leurs transactions au projet de Convention.

4. Dans les cas de multiplicité de débiteurs, soumettre au projet de Convention les cessions globales faisant intervenir des créances aussi bien nationales qu'internationales ne susciterait pas de problème pour ce qui est de leurs effets à l'égard des tiers étant donné qu'en vertu des articles 23 et 24 la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régirait tous les conflits de priorité. En outre, à moins que le projet de Convention ne s'applique même si un débiteur est situé dans un pays autre que celui du cédant, il serait difficile de trouver un critère acceptable permettant de limiter l'application du projet de Convention. Toutefois, une telle approche risquerait, de façon non intentionnelle, d'empêcher les débiteurs de prédire si le projet de Convention serait applicable, et aussi, peut-être, d'affecter leurs droits et leurs obligations. Un tel résultat pourrait être évité en stipulant que le projet de Convention ne s'appliquerait pas à un débiteur qui ne serait pas situé dans un État contractant et en incorporant au projet de Convention un système adéquat de protection des débiteurs. Dans certaines juridictions, l'on pourrait éviter de mélanger des créances à l'égard de débiteurs situés dans des pays différents en regroupant les créances en fonction du pays où se trouve le débiteur.

5. Une question connexe est celle de savoir si, en cas de multiplicité de cessionnaires, ils doivent tous se trouver dans un État contractant pour que le projet de Convention s'applique. À cette fin, il devrait suffire qu'un seul cessionnaire soit situé dans un État contractant, car sinon des cédants conjoints pourraient faire en sorte que le projet de Convention ne s'applique pas en incluant dans la transaction un cédant situé dans un État non contractant. La même question se poserait en ce qui concerne l'application des dispositions du projet de Convention régissant les droits et les obligations du débiteur dans le cas de multiplicité de débiteurs. En pareil cas, il serait peut-être bon de retenir une approche différente pour protéger les débiteurs de toute incertitude quant au régime juridique qui s'appliquerait à leurs droits et à leurs obligations, c'est-à-dire en stipulant que tous les débiteurs doivent être situés dans un État contractant (pour une brève analyse de ces questions, voir A/CN.9/445, par. 156 à 159).

6. Une autre question connexe est celle de savoir si une cession à un mandataire ou un agent fiduciaire agissant pour le compte de plusieurs personnes dont certaines sont des nationaux et d'autres des étrangers devrait être considérée comme une cession au mandataire ou à l'agent fiduciaire ou bien comme une cession à toutes les personnes qu'il représente. Il pourrait être utile de stipuler dans le projet de Convention qu'une cession à un mandataire ou à un agent fiduciaire agissant pour le compte de plusieurs personnes doit être considérée comme une cession au mandataire ou à l'agent fiduciaire pour éviter de devoir déterminer où se trouvent toutes les parties qu'il représente.

Article 4. *Exclusions*

1. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'énumérer au projet d'article 4 certaines des transactions mentionnées au paragraphe 2 du projet d'article 2 et peut-être aussi d'autres transactions, par exemple, la cession du droit du bénéficiaire de demander paiement ou la cession du produit d'une garantie indépendante ou d'une lettre de crédit stand-by visées aux articles 9 et 10 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (ci-après dénommée la "Convention sur les garanties et lettres de crédit stand-by"). Si certaines des transactions énumérées au paragraphe 2 du projet d'article 2 ne sont pas exclues, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'introduire dans le texte des règles spéciales concernant certaines d'entre elles. Par exemple, si les créances découlant de comptes de dépôt ne sont pas exclues, il serait peut-être bon d'inclure une disposition supplémen-

taire au projet d'article 18, selon laquelle l'institution dépositaire, même après notification, pourrait s'acquitter de son obligation en payant le solde à son client plutôt qu'au cessionnaire, à moins qu'elle-même ou son client ait consenti que le paiement soit effectué au cessionnaire ou que ce paiement soit ordonné par un tribunal.

2. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi envisager, à l'alinéa *b*, de parler d'"instruments représentant le paiement d'une somme d'argent". Ainsi, tous les instruments transférés par endossement ou remise seraient exclus, qu'il s'agisse ou non d'instruments négociables. En outre, la question de savoir quelle est la signification exacte de l'adjectif "négociable" serait résolue. D'un autre côté, une telle approche risquerait, indirectement, de trop limiter le champ d'application du projet de Convention. S'il peut être nécessaire de prévoir une exclusion pour éviter que les droits d'un porteur protégé d'un instrument négociable soient subordonnés aux droits d'un cessionnaire, cela n'est peut-être pas requis dans le cas d'un cessionnaire qui n'est pas un porteur protégé et qui accepte un instrument non négociable sous réserve des créances dont celui-ci peut faire l'objet.

3. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être élucider la question de savoir si seules les cessions de l'ancien au nouveau propriétaire d'une affaire sont exclues, ou bien si l'exclusion englobe également les cessions par le nouveau propriétaire à une institution qui finance la vente de l'affaire. Si le libellé actuel de l'alinéa *c* semble exclure ces deux cas, il n'y a peut-être pas de raison d'exclure le financement d'acquisition de sociétés.

Chapitre II. Dispositions générales

Remarques

Article 5. *Définitions et principes d'interprétation*

1. Il pourrait être utile de préciser dans un commentaire du projet de Convention que la signification exacte de la conclusion du contrat, telle que mentionnée à l'alinéa *b*, est une question qui relève de la loi applicable indépendamment du projet de Convention et qu'en tout état de cause cette expression ne comprend pas l'exécution du contrat.

2. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de supprimer l'alinéa *d*. Même s'il était possible de définir comme il convient l'expression "financement par cession de créances", une telle définition n'est peut-être pas nécessaire pour déterminer le champ d'application du projet de Convention si le préambule de ce dernier mentionne son objet, qui est de faciliter le financement par cession de créances, et si les cessions qui n'ont pas un but de financement sont exclues du champ d'application. En outre, une telle définition risquerait indirectement d'exclure certaines pratiques qui pourront apparaître à l'avenir.

3. Compte tenu des préoccupations exprimées touchant l'exigence d'un écrit pour que la cession soit valable, le Groupe de travail voudra peut-être supprimer, à l'alinéa *e*, l'exigence d'une authentification, c'est-à-dire d'une signature. Il est entendu qu'une telle approche ne priverait pas de validité les pratiques reposant sur certains types d'écrits, par exemple, une liste de créances ou un formulaire comportant des clauses contractuelles standard (même si elle risque de ne pas aller dans le sens des tendances modernes du commerce électronique, selon lesquelles seule une communication électronique authentifiée peut être considérée comme un "écrit"). À défaut, plutôt que de s'écarter de la règle de l'écrit, appuyée par la très large majorité des membres du Groupe de travail, ce dernier voudra peut-être envisager d'en exclure certaines pratiques (par exemple, les transactions comportant une longue réserve de propriété) ou de permettre aux États qui souhaitent préserver la possibilité de cessions purement verbales de formuler une réserve touchant l'application de la règle de la forme.

4. À l'alinéa *f*, il faudrait ajouter une mention du paragraphe 3 du projet d'article 16 pour préciser qu'une notification ne répondant pas aux règles minimales énoncées dans cette disposition ne serait pas valable au regard du projet de Convention. Si le Groupe de travail parvient à un accord sur ce que doit au minimum contenir la notification, il ne sera pas nécessaire de stipuler qu'une notification ne répondant pas aux règles minimales visées au paragraphe 3 du projet d'article 16 pourrait, par exemple, priver le débiteur des droits de compensation qu'il pourrait avoir après la notification (voir le texte entre crochets du paragraphe 2 du projet d'article 19) ou empêcher le débiteur de modifier le contrat initial sans l'assentiment du cessionnaire (voir le paragraphe 4 du projet d'article 21).

5. Il convient de noter que le terme "priorité", à l'alinéa *i*, n'est pas censé affecter, en soi, les droits matériels des parties, qui demeurent tels que convenus entre elles. Cela signifie qu'un cessionnaire ayant priorité n'obtient pas de droit sur les créances cédées s'il ne l'avait pas en vertu du contrat de cession. Le sens de l'alinéa *i* est par conséquent que le cessionnaire ayant priorité a un droit de préférence dans l'ordre de paiement lorsqu'il y a plusieurs créanciers. La question de savoir si le cessionnaire ayant priorité peut conserver l'excédent qui pourrait rester après règlement de sa créance ou doit remettre cet excédent au cédant ou au créancier venant après lui dans l'ordre de priorité dépend de la loi applicable, indépendamment du projet de Convention. Si, en vertu de la loi applicable, une cession est une cession pure et simple, les droits initiaux des parties peuvent s'en trouver indirectement modifiés étant donné que le cessionnaire ayant priorité recevra le produit intégral des créances et ne sera pas tenu de rendre compte du solde ou de le restituer au cédant ou au créancier venant après lui.

6. Étant donné que, dans différents pays, une société peut avoir plusieurs lieux d'immatriculation, le Groupe de travail voudra peut-être mentionner à l'alinéa *j* l'État où la personne morale a été constituée en société ou fondée. Toutefois, même si l'on suivait une telle approche, il faudrait peut-être élaborer une règle différente pour éviter de soumettre les opérations d'une succursale à la loi de l'État où est situé le siège de la société. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si une telle règle pourrait être jugée non exécutoire pour des raisons d'ordre public (par exemple, si le lieu où la société a été constituée n'a absolument aucun rapport avec le

contrat de cession). De plus, le Groupe de travail voudra peut-être envisager la situation d'un cédant se trouvant dans un refuge fiscal où il n'existe aucune règle établie concernant les cessions ou la priorité (problème qui se pose quelle que soit la règle de localisation devant être adoptée dans le cadre du projet de Convention). L'application simultanée du droit international privé et des règles de fond concernant la priorité pourrait peut-être permettre de résoudre le problème, tout au moins dans une certaine mesure.

7. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de supprimer l'alinéa *k* étant donné les préoccupations qui ont été soulevées à sa session précédente, en particulier à propos du fait que cette disposition, bien qu'elle soit censée être supplétive, ne couvre pas le cas où les parties n'auraient pas spécifié le moment de la cession (voir A/CN.9/447, par. 30).

Article 6. *Autonomie des parties*

1. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de mentionner, au paragraphe 1, le paragraphe 1 du projet d'article 13, les paragraphes 2 et 3 du projet d'article 14 et les projets d'articles 15, 16 et 17. Si les projets d'articles 10 et 11 reconnaissent l'autonomie des parties quant au moment auquel les créances doivent être individualisées et auquel les créances sont transférées, ils sont l'un et l'autre subordonnés aux droits des tiers et les mentionner au paragraphe 1 risquerait indirectement de permettre au cédant et au cessionnaire de modifier les droits des tiers. Le Groupe de travail pourrait aussi envisager d'adopter une formulation plus générale mentionnant le droit des parties d'exclure ou de modifier par convention leurs droits et obligations respectifs, sans affecter les droits de "tierces parties" (c'est-à-dire, dans le contexte du paragraphe 1, le débiteur et les tierces parties mentionnés aux projets d'articles 23 et 24 et, dans le contexte du paragraphe 2, le cessionnaire et les tierces parties mentionnés aux articles 23 et 24).

Article 7. *Protection du débiteur*

1. En vertu du projet de Convention, la situation juridique du débiteur peut être affectée de différentes façons. Par exemple: une cession effectuée en violation d'une clause de non-cession est valable (projet d'article 12); la façon dont le débiteur peut effectuer un paiement libératoire peut changer (projet d'article 18); le débiteur peut se trouver dans l'impossibilité d'invoquer contre le cessionnaire certaines exceptions ou certains droits de compensation qu'il pourrait invoquer contre le cédant, par exemple, ceux découlant de la violation d'une clause de non-cession (paragraphe 2 du projet d'article 12 et paragraphe 3 du projet d'article 19); le débiteur peut se trouver dans l'impossibilité de ne pas invoquer certaines exceptions (projet d'article 20); le droit du débiteur de modifier le contrat initial après notification est limité (paragraphe 2 du projet d'article 21); et le débiteur se trouve dans l'impossibilité de recouvrer auprès du cessionnaire des sommes déjà payées alors même que le cédant peut ne pas avoir acquis la propriété de la créance cédée en exécutant le contrat initial ou que le cessionnaire peut ne pas avoir effectué les versements requis au profit du cédant (projet d'article 22).

2. Le paragraphe 1 a pour but de faire en sorte que la cession n'affecte pas les droits et les obligations du débiteur de quelque autre manière. L'exemple suivant pourra peut-être illustrer cette approche. Aux termes du paragraphe 3 du projet d'article 16, le cessionnaire peut spécifier dans la notification la personne ou l'adresse à laquelle le paiement doit être effectué. Toutefois, le paragraphe 1 du projet d'article 7 interdit au cessionnaire d'apporter toute autre modification aux conditions du contrat initial, à moins que celui-ci ne l'y autorise.

3. Le paragraphe 2 a pour but de faire en sorte que, quels que soient les changements pouvant résulter du projet de Convention en ce qui concerne la situation juridique du débiteur, le pays et la monnaie de paiement ne soient pas affectés.

Article 8. *Principes d'interprétation*

1. Un commentaire pourrait utilement élucider le point de savoir si certaines questions qui ne sont pas expressément traitées dans le projet de Convention relèvent de la loi applicable indépendamment du projet ou bien constituent des lacunes auxquelles il faut remédier conformément aux principes généraux qui inspirent le projet de Convention et, en l'absence de tels principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé (dans l'un ou l'autre cas, les règles énoncées au chapitre VI seraient utiles).

2. Les questions qui ne sont pas expressément visées dans le projet de Convention sont notamment les suivantes: la signification d'une cession pure et simple et d'une cession à titre de garantie; éventuellement, la question de la forme du contrat de cession (deux des trois variantes du projet d'article 9 soumettent la question à la loi applicable); le caractère accessoire ou autonome de la sûreté, qui est le critère appliqué pour déterminer si elle est automatiquement transférée en même temps que la créance dont elle garantit le paiement ou si un nouvel acte de transfert est requis; les conséquences de l'inobservation des garanties du cédant; dans une large mesure, la cessibilité d'une créance (le projet de Convention aborde cette question dans une certaine mesure en spécifiant un certain nombre de créances qui sont cessibles, y compris les créances futures ou les créances non individualisées, et en indiquant les limitations contractuelles dont une cession peut faire l'objet, mais il ne parle pas d'autres types de créances et d'autres limitations légales de la cession); la question de savoir si le cédant est responsable à l'égard du débiteur s'il cède ses créances en violation d'une clause de non-cession; la question de savoir si le droit du cessionnaire de demander le paiement est un droit *ad personam* ou *in rem*; l'obligation du débiteur de payer (le projet de Convention ne traite que du paiement libératoire du débiteur); la libération du débiteur pour des motifs autres que ceux spécifiés dans le projet de Convention (par exemple, au moyen d'un paiement au créancier légitime même lorsque la notification reçue ne répond pas aux conditions énoncées dans le projet de Convention); les exceptions et droits de compensation que le débiteur peut invoquer

contre le cessionnaire (le projet de Convention stipule que le débiteur peut soulever contre le cessionnaire les mêmes exceptions et droits de compensation que ceux qu'il peut invoquer contre le cédant, sans cependant les spécifier); les conventions entre le débiteur et le cessionnaire aux termes desquelles le débiteur renonce à invoquer des exceptions et droits de compensation à l'égard du cessionnaire; et les questions de priorité entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances, entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité et entre le cessionnaire et les créanciers du cédant (les règles essentielles actuellement prévues par le projet de Convention en matière de priorité sont les règles du droit international privé, encore que la faculté soit offerte aux États de choisir deux autres règles en la matière s'ils le souhaitent).

Chapitre III. Forme et effet de la cession

Remarques

Article 9. *Forme de la cession*

Le Groupe de travail voudra peut-être envisager, au paragraphe 1, d'énoncer d'abord la règle (par exemple, "une cession doit être effectuée par écrit") puis les conséquences juridiques de celle-ci ("une cession sous une forme autre que la forme écrite ne produit pas ses effets"). Il voudra peut-être aussi envisager de modifier le libellé de la variante A qui porterait sur l'attestation plutôt que sur les effets de la cession (par exemple, "une cession doit être attestée par un écrit") ou une autre rédaction de la variante B (par exemple, "une cession doit être faite par écrit, à moins que la loi de l'État où est situé le cédant n'en dispose autrement"). De plus, le Groupe de travail voudra peut-être supprimer totalement le projet d'article 9 ou, tout au moins, limiter son application aux cessions internationales. Les cédants et les cessionnaires n'ont peut-être pas besoin de la protection d'une disposition allant dans le sens du projet d'article 9; les débiteurs sont protégés étant donné qu'ils ne doivent payer que lorsqu'ils reçoivent notification écrite de la cession; et les tierces parties sont protégées par les règles relatives à la fraude de la loi applicable indépendamment du projet de Convention (pour d'autres variantes, voir la remarque 3 concernant l'alinéa *e* du projet d'article 5 ci-dessus).

Article 10. *Effet de la cession*

Le membre de phrase liminaire devrait mentionner les projets d'articles 23 et 24, cette mention ayant pour objet de faire en sorte que l'effet de la cession ne porte pas atteinte aux droits de tierces parties. Le débiteur n'est pas au nombre des parties mentionnées aux projets d'articles 23 et 24. De ce fait, la cession produit effet à l'égard du débiteur au moment où elle intervient, c'est-à-dire même avant notification. Le débiteur est néanmoins protégé étant donné qu'aux termes du projet d'article 18 il peut refuser de payer le cessionnaire avant notification. Il a la faculté de se libérer de son obligation en payant le cessionnaire. En pareil cas, toutefois, il prend le risque de devoir payer deux fois s'il n'y a pas cession ou si celle-ci ne produit pas d'effet. Ainsi, la notification est la base de l'exception éventuelle que peut invoquer le débiteur, mais l'effet de la cession ne lui est pas subordonné.

Article 11. *Moment du transfert des créances*

1. En application du projet d'article 11, la cession a pour effet de transférer les créances auxquelles elle se rapporte au moment convenu entre le cédant et le cessionnaire ou, faute d'accord, au moment de la cession, sous réserve des droits des tierces parties autres que le débiteur. Cela signifie en outre que la cession produit effet à l'égard du débiteur même avant notification.

2. En vertu de la disposition entre crochets figurant à l'alinéa *b* du paragraphe 1, les parties ne peuvent pas fixer pour le transfert un moment antérieur à celui de la cession. Cependant, pour autant que la volonté des parties n'affecte pas les droits de tiers, il ne semble y avoir aucune raison pour qu'il leur soit interdit de s'entendre sur un moment quelconque pour le transfert des créances cédées. Le Groupe de travail voudra peut-être modifier le projet d'article 11 pour que les parties puissent librement fixer le moment du transfert des créances cédées même s'agissant de créances qui existent au moment de la cession.

Article 12. *Limitations contractuelles de la cession*

1. Tel qu'il est actuellement rédigé, le projet d'article 12 s'appliquerait aux limitations de la cession stipulée dans les contrats, même si le débiteur est un État ou un consommateur, ainsi qu'aux limitations contractuelles stipulées dans des cessions ou des cessions ultérieures ou visant à empêcher les concurrents d'une entreprise d'en assumer le contrôle. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si cette approche globale est appropriée et, en particulier, si, normalement, un État chercherait à se protéger de la cession au moyen de limitations contractuelles ou légales (les limitations légales ne sont pas couvertes par le projet d'article 12) et si de telles clauses de non-cession ont des chances de figurer dans les contrats normalement conclus par des consommateurs, vu la faiblesse relative du pouvoir de négociation de ces derniers.

2. Aux termes du paragraphe 2, le cessionnaire ne prend pas la place du cédant mais reçoit plutôt les créances libres des exceptions et des droits de compensation que peut invoquer le débiteur en cas d'inexécution du contrat par le cédant. Si ce résultat peut être acceptable dans le contexte de la responsabilité contractuelle, il peut aussi être contestable pour ce qui est de la responsabilité quasi délictuelle, qui peut surgir si le cessionnaire avait ou aurait dû avoir connaissance de la clause de non-cession. D'un autre côté, si le cessionnaire est exposé à une responsabilité quasi délictuelle, le paragraphe 2 risque d'être inutile puisque le cessionnaire n'aurait en tout état de cause aucune responsabilité contractuelle. Quoi qu'il en soit, le paragraphe 2 ne protège pas le cessionnaire au cas où le débiteur dénonce le contrat initial du fait de la violation par le cédant de la clause de non-cession.

Article 13. *Transfert de sûretés*

1. La référence faite au paragraphe 1 à une loi (c'est-à-dire la loi applicable à la créance) ou à la convention entre les parties a pour but d'éviter de mentionner des sûretés accessoires qui ne sont peut-être pas partout interprétées de la même façon. Le terme "loi" englobe aussi bien le droit écrit que la jurisprudence.

2. Essentiellement, le paragraphe 2 signifie que les sûretés doivent être traitées de la même façon que les créances et que leur transfert, en dépit d'une limitation contractuelle, doit par conséquent produire effet. Le paragraphe 3 a pour but de faire en sorte que les principes énoncés aux paragraphes 1 et 2 s'appliquent aussi aux sûretés possessoires pour autant qu'elles ne portent pas atteinte aux droits du débiteur ou de la personne ayant accordé la sûreté. Au cas où le Groupe de travail changerait de position en ce qui concerne le paragraphe 2 du projet d'article 12, il devra sans doute réexaminer le paragraphe 3 afin de préserver la responsabilité éventuelle du cessionnaire à l'égard du cédant en cas de transfert d'une sûreté en violation d'une limitation contractuelle (tout au moins si le cessionnaire avait ou aurait dû avoir connaissance de la clause de non-cession).

Chapitre IV. Droits, obligations et exceptions

Section I. Cédant et cessionnaire

Remarques

Les commentaires concernant les projets d'articles 14 à 22 se réfèrent aux dispositions adoptées par le Groupe de travail à sa session précédente et reproduites à l'annexe du rapport sur ladite session.

Article 14. *Droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

1. En vertu du projet d'article 14, l'autonomie des parties prévaut en ce qui concerne la relation entre le cédant et le cessionnaire étant donné qu'à l'exception de la disposition relative à la forme écrite aucune disposition du projet de Convention ne traite de manière impérative des droits et des obligations du cédant et du cessionnaire. Le projet d'article 14 mentionne également les usages commerciaux auxquels ils ont consenti, les habitudes qui se sont établies entre eux et, sauf convention contraire, tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé.

2. Les paragraphes 2 et 3 sont inspirés de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980, ci-après dénommée la "Convention sur les ventes"). Le paragraphe 2 est identique au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention sur les ventes, mais le paragraphe 3 est légèrement différent étant donné qu'il porte uniquement sur les cessions internationales et ne stipule pas que les parties devaient avoir ou avoir eu connaissance d'un usage international qui s'applique à la cession. Ainsi, une cession nationale de créances internationales n'est pas sujette aux usages internationaux et les tiers n'ont pas à établir ce dont les parties à la cession avaient ou auraient dû avoir connaissance.

Article 15. *Garanties du cédant*

1. Les garanties font normalement partie intégrante du contrat de cession et le projet d'article 15 a pour but, d'une part, de conférer force de loi à l'autonomie des parties à cet égard et, d'autre part, de jouer le rôle de règle supplétive pour répartir le risque juridique et le risque de crédit entre le cédant et le cessionnaire s'ils ne l'ont pas fait dans leur contrat.

2. Aux termes de l'alinéa *a* du paragraphe 1, le cédant donne assurance qu'il est le propriétaire de la créance cédée et a le droit de la céder. Étant donné que l'article 12 confirme la validité d'une cession opérée en dépit d'une clause de non-cession du contrat initial, il est entendu que le cédant a le droit de céder la créance même si le contrat initial contient une clause interdisant toute cession. Pour ce qui est des limitations légales de la cessibilité d'une créance, l'alinéa *a* du paragraphe 1 fait peser le risque sur le cédant étant donné que celui-ci est le mieux placé pour déterminer si une telle limitation existe.

3. L'alinéa *b* du paragraphe 1 a pour but de faire en sorte que le cessionnaire puisse se retourner contre le cédant au cas où il apparaîtrait, après la cession, que celui-ci a déjà cédé la créance (la question de savoir si le cessionnaire peut se retourner contre un autre cessionnaire ayant reçu paiement est distincte et est traitée dans le contexte des dispositions relatives à la priorité). Une telle garantie fait normalement partie d'une cession pure et simple et vise les cessions précédentes. Dans le cas de cessions à titre de garantie, toutefois, les créances sont normalement cédées plusieurs fois tandis que les cessionnaires reçoivent des droits de priorité différents. Dans le cas de telles cessions, par conséquent, une telle garantie n'est peut-être pas appropriée.

4. Aux termes de l'alinéa *c* du paragraphe 1 et faute de convention contraire, le cédant doit donner l'assurance que le débiteur ne pourra invoquer contre lui aucune exception ni aucun droit de compensation fondé sur le contrat initial ou sur d'autres contrats sans rapport avec ce dernier qu'il pourrait invoquer contre le cessionnaire conformément au projet d'article 19. L'approche reflétée dans ce paragraphe part du principe que le cédant est le mieux placé pour savoir si son partenaire contractuel, le débiteur, pourra invoquer des exceptions ou des droits de compensation en cas d'inexécution ou d'exécution tardive ou partielle du contrat initial par le cessionnaire. Une telle approche peut aussi se justifier si l'on considère qu'une telle assurance de la part du cédant, qui réduit le risque de la transaction pour le cessionnaire, aura sans doute pour effet de réduire le coût du crédit.

5. Le paragraphe 2 reflète une approche généralement suivie dans les différents systèmes juridiques, à savoir que le risque de crédit lié au non-paiement par le débiteur repose sur le cessionnaire, à moins que le cédant n'en convienne autrement.

Article 16. *Notification au débiteur*

1. Le paragraphe 1, dans le but de préserver la validité des pratiques qui ne prévoient pas de notification, stipule que la notification au débiteur est un droit et non une obligation. Il tient compte également des cas où la notification est donnée au débiteur en même temps qu'une instruction de continuer à payer le cédant, disposition importante dans le contexte de pratiques, comme la titrisation, pour lesquelles le cessionnaire ne dispose pas des structures nécessaires pour recevoir un paiement ou tenir une comptabilité.

2. Du fait de l'application simultanée des paragraphes 1 et 2, le cédant et le cessionnaire peuvent convenir de ne pas adresser de notification au débiteur, mais cela n'empêche pas le cessionnaire de le faire et de demander le paiement, même s'il serait alors responsable à l'égard du cédant de tout préjudice que celui-ci aurait pu subir en raison de la violation par le cessionnaire de la convention de non-notification.

3. Un autre élément important des paragraphes 1 à 3 est qu'aucune distinction n'est établie entre la notification et la demande de paiement. Cette approche reflète, pour l'essentiel, les pratiques optimales suivies actuellement, qui visent à déterminer de manière certaine comment le paiement doit être effectué. Cette certitude bénéficie au cessionnaire, qui a tout intérêt à ce que le paiement soit effectué par le débiteur conformément à ses instructions. Elle bénéficie également au débiteur, qui doit savoir clairement comment il doit s'acquitter de son obligation. Même dans les cas où le paiement doit continuer d'être effectué au cédant, la notification comporte normalement une telle instruction au débiteur.

4. La nécessité d'une certitude aussi bien pour le cessionnaire que pour le débiteur est la principale raison d'être du contenu de la notification, telle que spécifiée au paragraphe 3: la notification doit mentionner la cession et identifier les créances cédées ainsi que le cessionnaire et la personne à laquelle le paiement doit être effectué.

5. La notification a des conséquences importantes en vertu du projet de Convention. Elle modifie les modalités selon lesquelles le débiteur peut se libérer de son obligation (paragraphe 2 du projet d'article 18); elle affecte les droits de compensation que le débiteur peut invoquer à l'égard du cessionnaire (paragraphe 2 du projet d'article 19); et elle limite la possibilité pour le débiteur de réviser le contrat initial sans le consentement du cessionnaire (paragraphe 4 du projet d'article 21).

6. Si le Groupe de travail confirme la position qu'il a adoptée jusqu'à présent en ce qui concerne le contenu de la notification, le libellé des paragraphes 2 et 3 du projet d'article 18 devrait être aligné sur celui du paragraphe 3 du projet d'article 16. Indépendamment de cette dernière disposition, qui fait état en termes généraux de l'adresse (c'est-à-dire compte en banque, boîte postale ou autre adresse à laquelle le paiement doit être effectué), les paragraphes 2 et 3 du projet d'article 18 stipulent que le compte bancaire doit être identifié dans la notification.

7. En outre, si le Groupe de travail confirme sa position à propos du paragraphe 3 du projet d'article 16, il voudra peut-être étudier, dans le contexte du projet d'article 18, une question qui n'y est actuellement pas traitée, c'est-à-dire celle de savoir si le cessionnaire ou la personne qui donne notification peut en envoyer une deuxième pour corriger une erreur ou pour modifier les instructions de paiement contenues dans la première (voir la remarque 6 ci-dessous, relative au projet d'article 18).

8. Par ailleurs, le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si une notification qui ne répond pas aux normes minimales énoncées au paragraphe 3 du projet d'article 16 doit néanmoins priver le débiteur de la possibilité d'invoquer les droits de compensation qui prendraient naissance après la notification ou limiter la possibilité pour le débiteur de réviser le contrat initial après la notification sans le consentement du cessionnaire (voir, ci-dessous, les remarques relatives au paragraphe 2 du projet d'article 19 et au paragraphe 4 du projet d'article 20).

9. Le paragraphe 4 a pour but de faire en sorte que la notification soit rédigée de manière à être comprise par le débiteur. Étant donné les conséquences importantes qu'a la notification en vertu du projet de Convention, le paragraphe 4 précise de manière certaine quels seront ses effets en stipulant dans quelles conditions une notification rédigée comme indiqué dans le contrat initial serait valable. En outre, le paragraphe 4 reconnaît indirectement la validité de notifications multilingues.

10. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier aussi où le projet d'article 16 devrait s'insérer dans le projet de Convention. Il figure actuellement dans la section I du chapitre IV étant donné que la notification est un droit du cédant et du cessionnaire, mais celle-ci affecte aussi les droits du débiteur, question qui est traitée dans la section II du chapitre IV.

Article 17. *Droit du cessionnaire à recevoir paiement*

1. *Sous réserve des articles 23 et 24, et sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire:*

a) *le cessionnaire est habilité à demander paiement de la créance cédée au débiteur et, si le paiement afférent à la créance cédée est fait au cessionnaire, à conserver tout ce qu'il reçoit en paiement total ou partiel de la créance cédée ("le produit");*

b) *si le paiement afférent à la créance cédée est fait au cédant, le cessionnaire est habilité à demander le paiement au cédant et à en conserver le produit.*

2. *Si le paiement afférent à la créance cédée est fait à une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, le cessionnaire a droit à son produit.*

3. *Le cessionnaire n'est pas habilité à conserver un montant dépassant son droit sur la créance.*

Références

A/CN.9/WG.96, article 17
A/CN.9/447, par. 48 à 62.

Remarques

1. Le projet d'article 17 a pour but de faire en sorte que le cessionnaire puisse faire valoir ses droits sur tout ce qui est reçu au titre de la créance cédée. La disposition liminaire du paragraphe 1 stipule que le droit du cessionnaire de demander et de conserver le paiement est sans préjudice des droits de tierces parties, par exemple, d'autres cessionnaires ayant obtenu les mêmes créances du même cédant, les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité du cédant. Elle est identique à la disposition liminaire des projets d'articles 10 et 11 et, comme dans ce dernier cas, repose sur l'hypothèse que le cessionnaire peut demander le paiement au débiteur même avant la notification, tandis que le débiteur, en vertu du projet d'article 18, a le droit de refuser de payer pour le motif qu'il n'a pas reçu de notification.

2. Le paragraphe 1 est une règle supplétive qui ne s'applique qu'au cas où le cédant et le cessionnaire n'ont pas réglé autrement la question du paiement dans leur contrat. L'alinéa *a* établit le droit du cessionnaire de demander le paiement au débiteur et d'en conserver le produit; et l'alinéa *b* permet au cessionnaire de demander le paiement au cédant, si celui-ci l'a reçu, et à en conserver le produit. La référence au paiement de la créance cédée englobe le cas d'un paiement en nature, par exemple, lorsque le cessionnaire demande les biens vendus au cédant ou conserve les biens retournés par le débiteur.

3. Le paragraphe 3 établit le droit du cessionnaire de demander le paiement de la créance cédée à d'autres personnes l'ayant reçue s'il a priorité sur elles. Le cessionnaire peut demander le paiement de l'intégralité de la créance cédée mais ne peut pas conserver un montant dépassant son droit sur celle-ci (par exemple, dans le cas d'un prêt garanti par une créance d'une valeur plus élevée, dépassant le montant du prêt plus les intérêts ou autres montants dus).

4. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le produit du produit doit également être réglementé par la Convention, auquel cas il faudrait réviser la définition du produit. Ce produit du produit peut être assimilé à un produit de "générations différentes" (par exemple, le paiement est effectué en nature, et les biens sont le produit de la première génération de la créance; les biens sont ensuite vendus et le chèque reçu constitue le produit de la deuxième génération; enfin, le chèque est encaissé et l'argent reçu constitue le produit de la troisième génération).

5. Il convient de noter que le projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles à l'élaboration duquel travaille actuellement l'Institut international pour l'unification du droit privé (ci-après dénommé le "projet de Convention d'Unidroit") ne s'applique pas au produit des matériels d'équipement mobiles étant donné qu'une telle approche conduirait à appliquer le projet de Convention d'Unidroit à des types d'actifs (par exemple, des créances) très différents de ceux pour lequel le texte a été conçu. Toutefois, il n'est pas certain que la question du produit soit aussi importante dans le projet de Convention d'Unidroit que dans le projet à l'examen: habituellement, le matériel d'équipement mobile visé par le projet de Convention d'Unidroit ne peut pas être vendu sans le consentement de la partie qui détient une sûreté, tandis que les créances visées par le projet de Convention seront régulièrement réalisées et transformées en espèces.

Article 17 *bis*. *Droits concurrents sur le produit*

1) *Variante A*

Lorsqu'il existe des droits concurrents comme prévu aux articles 23 et 24:

a) *si le produit revêt la forme d'une créance, la priorité sur le produit est régie par la loi de l'État dans lequel est situé le cédant;*

b) *si le produit revêt la forme d'autres actifs, la priorité sur le produit est régie par la loi de l'État dans lequel ces derniers sont situés*.

Variante B

La priorité sur un produit en espèces est régie par la loi de l'État dans lequel est situé le cédant. Aux fins du présent article, l'expression "produit en espèces" désigne des sommes d'argent, chèques[, soldes de comptes bancaires et avoirs semblables].

2) *Les paragraphes 3 à 5 de l'article 24 s'appliquent à tout conflit de priorité sur le produit entre un cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant*.

Références

A/CN.9/447, par. 63 à 68
A/CN.9/445, par. 215 à 220

Remarques

1. Le Groupe de travail est convenu que le cessionnaire devrait avoir des droits effectifs sur tout ce qui est reçu en règlement de la créance, mais il n'a pas pu s'entendre sur la question de savoir si le droit du cessionnaire devrait être personnel (*ad personam*) ou réel (*in rem*) (A/CN.9/445, par. 218 et A/CN.9/447, par. 63 à 68). Cette question est importante, particulièrement lorsque le paiement est effectué au cédant et que celui-ci devient insolvable. Traiter le droit du cessionnaire sur le produit de la créance comme un droit réel réduirait pour lui le risque de non-paiement, étant donné qu'en cas d'insolvabilité du cédant il pourrait se faire payer sur les biens en liquidation (dans le cas d'une cession pure et simple) ou, tout au moins, être traité comme un créancier privilégié (dans le cas d'une cession sous forme de sûreté). Une telle approche pourrait réduire le coût du crédit. Dans de nombreux systèmes juridiques, cependant, le droit du cessionnaire sur le produit d'une créance est un droit personnel. Ainsi, vouloir suivre une autre approche irait à l'encontre du droit national en faisant intervenir des considérations d'ordre public et pourrait rendre le projet de Convention inacceptable pour de nombreux États.

2. Afin de faciliter l'examen de cette question par le Groupe de travail, la priorité sur le produit est traitée, provisoirement, dans le projet d'article 17 *bis*. Si le Groupe de travail décide de conserver cet article, il voudra peut-être envisager de le placer immédiatement après le projet d'article 24, concernant la priorité sur les créances.

3. La variante A est fondée sur l'hypothèse qu'une seule règle de droit international privé concernant tous les types de produits ne serait pas acceptable. Si l'État où est situé le cédant constituait un point de référence unique facile à déterminer, il semblerait contestable de subordonner les droits du porteur d'un instrument négociable, du bénéficiaire d'un virement de fonds ou de la personne ayant possession de biens reçus en paiement de la créance cédée, par exemple, à la loi du pays où est situé le cédant (la même objection pourrait être soulevée en ce qui concerne la loi de l'État où est situé le cessionnaire).

4. D'un autre côté, soumettre les questions de priorité sur le produit à la loi du pays où celui-ci est situé aurait pour effet de faire prévaloir les règles impératives du droit concernant, par exemple, les droits sur des instruments négociables ou des biens. Cela aurait néanmoins pour effet de subordonner à des lois différentes différentes étapes de la même transaction (c'est-à-dire le paiement en espèces, puis sous forme d'un instrument négociable, puis sous forme d'un virement de fonds) ou différentes formes des mêmes avoirs (par exemple, une créance et différents types de produits). En outre, une telle approche pourrait indirectement conduire les cessionnaires à structurer leurs opérations de manière artificielle pour les subordonner à la loi qui leur convient le mieux.

5. L'alinéa *a* de la variante A correspond à l'approche suivie dans le contexte de la priorité sur les créances. Selon cette approche, la priorité serait régie par la loi de l'État où la procédure d'insolvabilité du cédant a le plus de chances d'être intentée (c'est-à-dire la loi de l'État où est situé le cédant). La variante B, qui vise à sauvegarder les règles impératives concernant, par exemple, les instruments négociables ou les virements de fonds, constitue une tentative de rédiger une règle unique applicable aux types les plus usuels de produits, à savoir les produits en espèces. Au cas où le Groupe de travail opterait pour cette approche, il devrait peut-être aligner la définition du "produit en espèces" figurant au projet d'article 17 *bis* sur celle du "produit" figurant au projet d'article 17 et étudier la question de "l'emplacement" d'un avoir. L'expression "soldes de comptes bancaires et avoirs semblables" figure entre crochets étant donné qu'il n'est peut-être pas approprié de soumettre des conflits de priorité entre institutions de financement et cessionnaires à la loi de l'État où est situé le cédant ou à inclure dans la définition une référence générale aux "avoirs semblables", qui risquerait d'introduire des incertitudes ou même d'aboutir à des résultats indésirables.

6. Il convient de noter que, quelle que soit l'approche adoptée quant à la loi applicable aux questions liées à la priorité sur le produit, ce point doit être réglé. Toutefois, l'inclusion d'une règle de fond dans le projet de Convention, qui ne s'appliquerait qu'au cas où la loi applicable ne résoudrait pas la question ou qui pourrait être adoptée volontairement par les États contractants, pourrait indirectement entraîner une fragmentation de la loi applicable et ainsi accroître l'incertitude du droit (le même argument vaut pour le chapitre VII, voir, ci-dessous, la remarque 4 concernant ce chapitre).

7. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il convient de conserver l'article 17 *bis*. Si le produit de créances revêt la forme de créances, il serait en tout état de cause couvert par les projets d'articles 23 et 24. Si le produit revêt la forme d'un autre avoir, il n'est peut-être pas réaliste de vouloir régler les questions de priorité même en ayant recours à une règle de droit international privé.

8. Le point de savoir si les questions de priorité doivent être couvertes par le projet de Convention au cas où les créances représentent elles-mêmes le produit d'un autre avoir (par exemple, en cas de conflit entre un établissement de financement de stocks et un cessionnaire) est tout autre chose. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si, au cas où les droits d'un établissement de financement de stocks s'étendent, conformément à la loi applicable, aux créances découlant de la vente des stocks, ledit établissement doit être considéré comme un cessionnaire au regard du projet de Convention, auquel cas de tels conflits seraient couverts par celui-ci. Si un accord se dégage au sein du Groupe de travail au sujet d'une telle approche, ce point pourrait être élucidé dans le texte ou dans le commentaire relatif au projet de Convention.

Section II. Débiteur

Remarques

Article 18. *Paiement libératoire du débiteur*

1. Le projet d'article 18 vise à régler la question du paiement libératoire du débiteur en stipulant que ce dernier a le droit de refuser d'effectuer le paiement avant notification. Le débiteur a la faculté de payer le cessionnaire même avant notification mais, en pareil cas, il court le risque de devoir payer deux fois s'il est ultérieurement établi qu'il n'y a pas eu de cession ou de cession valable. Ainsi, la notification se présente comme un motif d'exception pour le débiteur plutôt que comme une condition de validité de la cession, ce qui formaliserait celle-ci inutilement.

2. Le projet d'article 18 n'est pas censé s'appliquer à l'obligation de paiement du débiteur. Une telle obligation n'est prévue ni par le projet d'article 18, ni par d'autres articles du projet de Convention. Cette approche est fondée sur l'hypothèse que cette obligation demeure sujette au contrat initial et à la loi applicable à ce contrat, ce qui sort du champ d'application du projet de Convention. En outre, le projet d'article 18 n'a pas pour but de réglementer le droit du cessionnaire de demander le paiement au débiteur, même avant notification. Ce droit est consacré dans plusieurs projets d'articles, notamment les projets d'articles 10, 11 et 17.

3. La règle fondamentale relative au paiement libératoire du débiteur est énoncée aux paragraphes 1 et 2. Avant notification, le débiteur "peut" effectuer un paiement libératoire au cédant (comme indiqué ci-dessus, le débiteur

peut décider de payer le cessionnaire). Après notification, le débiteur "ne peut effectuer un paiement libératoire" qu'en payant le cessionnaire.

4. Les paragraphes 3 à 5 concernent des cas exceptionnels, c'est-à-dire des notifications multiples de plusieurs cessions des mêmes créances par le même cédant, la notification par le cessionnaire et le paiement libératoire effectué par le débiteur conformément à la loi applicable indépendamment du projet de Convention au moyen d'un paiement à la personne qui y a droit.

5. En cas de notifications multiples, le projet de Convention applique au débiteur une règle simple, à savoir qu'il "peut effectuer un paiement libératoire à la personne désignée" (paragraphe 3 du projet d'article 18). Le point de savoir si la personne qui a reçu le paiement pourra le conserver doit être résolu sur la base des règles du projet de Convention relatives au conflit de priorité. Cette approche est fondée sur l'hypothèse que les cessionnaires doivent savoir avec certitude comment le paiement sera effectué et indiqueront la personne ou l'adresse à laquelle le paiement doit être effectué dans la notification, que celle-ci stipule que le paiement doit être effectué au cédant, au cessionnaire ou à un tiers. En même temps, il ne faut pas que les débiteurs doivent demander l'avis d'un homme de loi pour interpréter la signification d'une notification, c'est-à-dire pour déterminer s'il s'agit simplement d'une notification ou plutôt d'une demande de paiement.

6. Toutefois, le paragraphe 3 du projet d'article 18 ne règle pas comme il convient un cas différent, qui est celui de notifications multiples données au sujet d'une seule et même cession. De telles notifications peuvent tendre à corriger une erreur ou à modifier les instructions données dans des notifications précédentes. Le cessionnaire, qui est le seul propriétaire légitime des créances après notification, sans égard à la question de savoir si le paiement doit être fait au cessionnaire, au cédant ou à un tiers, et qui est identifié dans la notification conformément au paragraphe 3 du projet d'article 16, devrait pouvoir apporter des corrections à des notifications antérieures ou modifier les instructions qui y sont données. Ainsi, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'ajouter au projet d'article 18 une disposition qui pourrait se lire comme suit: "Le débiteur, s'il reçoit plus d'une notification concernant la même cession, peut effectuer un paiement libératoire à la personne ou à l'adresse identifiée dans la dernière notification avant le paiement."

7. Dans le cas exceptionnel où le débiteur recevrait plusieurs notifications dont certaines porteraient sur plus d'une cession des mêmes créances par le même cédant et d'autres sur une seule et même cession, le débiteur devrait, en vertu du paragraphe 3 du projet d'article 18 et du nouveau paragraphe suggéré, identifier la première notification (en cas de corrections ou de changements, il faudrait probablement tenir compte de la date de la première notification, à condition que celle-ci soit conforme aux règles énoncées au paragraphe 3 du projet d'article 16) et effectuer le paiement à la personne ou à l'adresse indiquée dans la première notification, à moins que celle-ci n'ait été modifiée par la suite, auquel cas il devrait effectuer le paiement à la personne identifiée dans la dernière notification. Il ressort clairement de cette analyse qu'une approche plus favorable au débiteur, qui permettrait à ce dernier de savoir plus facilement comment procéder au paiement libératoire lorsqu'il reçoit plusieurs notifications concernant plus d'une cession, consisterait à lui permettre d'effectuer un paiement libératoire à la personne ou à l'adresse indiquée dans l'une quelconque des notifications et laisser aux cessionnaires ou aux autres créanciers le soin de déterminer entre eux comment le produit du paiement devra être réparti. Néanmoins, une telle approche pourrait compromettre les intérêts du créancier légitime et être une protection inutile, tout au moins dans le cas où le débiteur est une société, laquelle devrait pouvoir déterminer qui est le créancier légitime si elle reçoit plusieurs notifications.

8. Aux termes du paragraphe 4, le débiteur a le droit de demander au cessionnaire qui lui adresse une notification de prouver de la manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession a été effectuée. Cette preuve peut revêtir la forme d'un écrit du cédant. Ainsi, l'obligation de paiement est suspendue et le débiteur n'est pas tenu de payer le montant dû ni les intérêts sur ce montant. Théoriquement, le débiteur peut décider de payer, pendant ce délai raisonnable, le cédant ou le cessionnaire, mais il effectuerait ce paiement à ses propres risques. Ce qu'il faut entendre par un délai raisonnable est une question d'interprétation, compte tenu des circonstances. Afin d'éviter les incertitudes que cela pourrait entraîner, le Groupe de travail voudra peut-être fixer un certain délai qui ne pourrait en aucun cas être dépassé. Il y a lieu de noter cependant que tout délai risque d'être arbitraire.

9. Le paragraphe 5 a pour principal objet de préciser que le projet d'article 18 ne doit pas être interprété comme excluant tout autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur conformément à la loi applicable indépendamment du projet de Convention, que ce soit sur une base contractuelle ou non. Cette approche repose sur l'hypothèse qu'aussi longtemps que le résultat économique recherché est atteint (c'est-à-dire le paiement effectué à la personne qui y a droit, à une autorité judiciaire ou autre ou à un organisme public de consignation) et malgré, par exemple, l'absence de notification conformément au projet de Convention, il n'y a aucune raison de refuser valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur.

Article 19. *Exceptions et droits à compensation du débiteur*

1. Aux termes du projet d'article 19, le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire, à tout moment, toute exception ou tout droit à compensation découlant du contrat initial, qu'il pourrait invoquer contre le cédant. Après notification, le débiteur ne peut invoquer que des droits de compensation découlant d'autres transactions entre le cédant et le débiteur, et seulement s'il pouvait les invoquer au moment où il a reçu notification de la cession. La raison d'être de cette approche est qu'un cessionnaire diligent ayant dûment adressé au débiteur notification de la cession ne doit pas être exposé aux risques découlant de transactions entre le cédant et le débiteur qui sont sans rapport avec le contrat initial.

2. Le projet d'article 19 stipule que le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions et droits de compensation qu'il peut invoquer contre le cédant, mais il n'a pas pour but de préciser quelles sont ces exceptions ou droits de compensation. Cette question demeure régie par le ou les contrats conclus entre le cédant et le débiteur, ainsi que par la loi applicable à ces contrats et échappe par conséquent au champ d'application du projet de Convention.

3. La signification exacte de l'expression "à condition qu'il ait pu invoquer ce droit", c'est-à-dire la question de savoir si la demande reconventionnelle doit être individualisée ou tout au moins quantifiée au moment de la notification, relève de la loi applicable indépendamment du projet de Convention.

4. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si, dans les cas exceptionnels où la notification n'a pas identifié la personne ou l'adresse à laquelle le paiement doit être effectué, la notification doit néanmoins avoir pour effet d'interdire au débiteur d'invoquer les droits de compensation ayant pris naissance après la notification (voir le libellé entre crochets au paragraphe 2 du projet d'article 19 reproduit à l'annexe du document A/CN.9/447).

5. Le paragraphe 3 introduit une exception à la règle énoncée aux paragraphes 1 et 2 et a pour but de faire en sorte que le débiteur ne puisse pas invoquer à l'égard du cessionnaire les exceptions ou droits de compensation qu'il pourrait faire valoir à l'égard du cédant (voir les remarques relatives au projet d'article 12).

Article 20. *Convention de non-recours aux exceptions et droits à compensation*

1. Les clauses contractuelles de non-recours ont tendance à faciliter l'accès à un crédit meilleur marché étant donné qu'elles réduisent généralement le risque de non-paiement pour les cessionnaires. Compte tenu de cette réalité économique, le projet d'article 20 consacre l'autonomie des parties en ce qui concerne la possibilité pour le cédant et le débiteur de convenir de ne pas opposer d'exception.

2. Il y a deux exceptions à la règle susmentionnée. Une convention de non-recours peut être interdite par la législation régissant la protection des consommateurs et peut ne pas être applicable à certaines exceptions que le débiteur pourrait soulever si la créance revêtait la forme d'un effet de commerce, par exemple, les exceptions fondées sur un acte frauduleux de la part du cessionnaire agissant indépendamment ou en complicité avec le cédant. L'on suppose que les exceptions fondées sur un acte frauduleux du cédant agissant seul peuvent faire l'objet d'une convention de non-recours car, autrement, le cessionnaire ayant agi de bonne foi serait tenu d'établir si le contrat initial a été vicié par une fraude de la part du cédant. Il est entendu que les conventions de non-recours conclues entre le cessionnaire et le débiteur ne sont pas couvertes par le projet d'article 20. Ainsi, la question de savoir si elles sont autorisées relève de la loi applicable indépendamment du projet de Convention et les exceptions indiquées au paragraphe 2 ne s'appliquent pas.

3. Conformément à la règle selon laquelle une telle convention doit être écrite, qui a pour but de protéger le débiteur, le paragraphe 3 stipule qu'une telle convention ne peut être modifiée que par écrit. Simultanément, afin de protéger le cessionnaire, le paragraphe 3 limite les cas dans lesquels une telle modification peut produire effet à l'égard du cessionnaire sans le consentement de ce dernier.

Article 21. *Modification du contrat initial*

1. Le projet d'article 21 concerne les cas dans lesquels le contrat initial doit être modifié pour être adapté à des besoins changeants (par exemple, dans le cas de contrats de construction) ou à des circonstances différentes (par exemple, en cas d'événement empêchant le débiteur de s'exécuter). Ainsi, le projet d'article 21 est une règle de protection du débiteur, laquelle tend cependant simultanément à faire en sorte que le cessionnaire acquière à l'égard du débiteur, en vertu du contrat modifié, les droits afférents à la créance cédée. Les droits du cessionnaire à l'égard du cédant en vertu de leur convention ne sont pas affectés par cette disposition (voir le paragraphe 3).

2. Aux termes du paragraphe 1, une modification du contrat initial avant notification de la cession est opposable au cessionnaire en ce sens que, par exemple, ce dernier ne peut pas demander le montant initial de la créance. En outre, le cessionnaire acquiert des "droits correspondants" en ce sens qu'il peut, par exemple, demander le montant modifié au débiteur, tandis que son droit de demander le montant initial au cédant ne se trouve aucunement affecté.

3. Le paragraphe 2 prévoit qu'après notification une modification du contrat initial n'est pas opposable au cessionnaire sauf si celui-ci y consente ou, dans le cas d'une créance partiellement acquise, sauf si la modification est prévue dans le contrat initial ou si tout cessionnaire raisonnable y consentirait. Dans le cas d'une créance pleinement acquise (c'est-à-dire une créance ayant fait l'objet d'une facture, même si le contrat sous-jacent n'a été exécuté qu'en partie), le consentement du cessionnaire est toujours requis pour que la modification lui soit opposable. Une telle approche vise à énoncer une règle qui soit à la fois certaine (pas de modification sans le consentement du cessionnaire) et souple pour tenir compte des circonstances spéciales dans lesquelles il pourrait ne pas être réaliste ou souhaitable de solliciter le consentement exprès du cessionnaire (par exemple, dans le cas de modifications mineures de contrats de construction).

4. Le paragraphe 3 a pour but de faire en sorte qu'une modification du contrat initial n'affecte pas les droits du cessionnaire en vertu du contrat de cession. Le paragraphe 4, enfin, soulève la question de savoir si une notification ne répondant pas aux conditions stipulées au paragraphe 3 du projet d'article 16 aurait néanmoins pour effet de changer la manière dont une modification du contrat initial lierait le cessionnaire.

Article 22. *Recouvrement d'avances*

Cet article est la deuxième disposition du projet de Convention — l'autre est le projet d'article 20 — qui

contient une référence générale à la législation relative à la protection des consommateurs. En principe, ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'il y a lieu de se référer à des règles impératives ou à des règles d'ordre public, c'est-à-dire seulement dans les cas où il n'est pas possible de parvenir à un accord sur une disposition qui permettrait de régler la question et où autrement il ne serait pas possible de poser des règles juridiques certaines et de faciliter l'accès au crédit meilleur marché. Dans la pratique, une référence générale à des règles impératives ou à des règles d'ordre public peut saper la certitude recherchée et indirectement aller à l'encontre du but du projet de Convention, qui est de faciliter l'accès au crédit meilleur marché, vu qu'il serait impossible de prédire si un juge appliquerait le projet de Convention ou écarterait son application en fonction de concepts peu connus ou éventuellement extrêmes de règles juridiques impératives ou d'ordre public.

Section III. Tiers

Article 23. *Droits concurrents de plusieurs cessionnaires*

1. Une règle de droit international privé concernant les questions de priorité ne pourrait certes pas assurer une uniformité complète du droit, mais elle pourrait faciliter l'octroi de crédits à de meilleures conditions. Compte tenu des incertitudes qui entourent actuellement la question de la loi applicable en matière de priorité, les cessionnaires doivent se conformer aux règles d'un certain nombre de systèmes juridiques pour être certains d'avoir la priorité, processus qui accroît le coût du crédit. Une disposition claire de droit international privé pourrait avoir un impact positif sur le coût et la disponibilité du crédit dans la mesure où elle permettrait aux cessionnaires de savoir quelle est la loi qui s'applique aux questions de priorité et de garantir leurs droits en se conformant aux exigences de la loi applicable. En outre, une règle de droit international privé aurait l'avantage d'éliminer le problème que soulève le règlement de conflits entre les cessionnaires soumis au régime de la Convention et les autres étant donné que la question devrait être réglée par la loi applicable. En outre, une règle de droit international privé pourrait rendre le projet de Convention plus acceptable pour les États, tout au moins dans la mesure où cela permettrait de préserver l'application des législations nationales régissant la priorité (quant à la possibilité de conflits entre le projet de Convention et la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après dénommée la "Convention de Rome"), voir les remarques relatives au projet d'article 42).

2. Le projet d'article 23, combiné à l'alinéa *j* du projet d'article 5 (qui a pour but de fixer une localité unique et aisément déterminable) pourrait fournir la certitude que recherchent les institutions de financement et leur permettre ainsi d'accorder un financement à peu de frais sur la base de créances cédées en bloc. Dans le contexte des cessions globales, soumettre les questions de priorité à la loi régissant la créance pourrait avoir un impact défavorable sur le coût et la disponibilité du crédit étant donné que les cessionnaires soit ne pourraient pas, au moment de la cession, déterminer la loi applicable à celle-ci (dans la mesure où les créances futures seraient incluses), soit devraient examiner chaque contrat dont découle la créance pour déterminer la loi applicable. De même, il ne serait pas réaliste de se référer à la loi choisie par les parties à la cession et, en l'absence de choix, à la loi ayant le rapport le plus étroit avec le contrat de cession étant donné que des cessionnaires concurrents peuvent avoir choisi des lois différentes dans leurs conventions de cession et que différentes cessions peuvent avoir un rapport étroit avec la loi de différents États. En outre, il ne semblerait pas approprié de soumettre les effets de la cession sur la propriété à la loi choisie par les parties.

3. Conformément à l'approche adoptée au projet d'article 31, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure dans les projets d'articles 23 et 24 une disposition stipulant que le moment de la cession est celui à prendre en considération afin de déterminer la loi applicable aux questions de priorité. En outre, au projet d'article 23, qui concerne les cessions multiples, il faudrait également régler la question de savoir quelle est la loi applicable lorsque le cédant s'installe dans un autre État après la cession, c'est-à-dire de savoir si c'est la loi de l'État où se trouve le cédant au moment de la première cession ou d'une cession ultérieure. Le cessionnaire ayant priorité en vertu de la loi de l'État où était initialement situé le cédant ne devrait pas la perdre du seul fait que le cédant s'est installé dans un autre État. D'un autre côté, les droits des cessionnaires dans le nouvel État ne devraient pas être indéfiniment subordonnés à ceux de cessionnaires situés dans d'autres États. Afin de parvenir à ce résultat, l'on pourrait ajouter au projet d'article 23 des dispositions qui se liraient comme suit:

> "Dans le cas où le cédant s'installe dans un autre État après la cession, le cessionnaire ayant priorité en vertu de la loi de l'État dans lequel le cédant était initialement situé conserve son rang de priorité:
>
> *a)* pendant une période de [six mois]; ou
>
> *b)* jusqu'à la date à laquelle il aurait cessé d'avoir priorité en vertu de la loi de l'État où le cédant était initialement situé; ou
>
> *c)* s'il remplit les conditions requises pour obtenir priorité en vertu de la loi de l'autre État où le cédant s'est installé, pour autant qu'il ne cesse pas d'avoir priorité en application de l'alinéa *a* ou *b* du présent article; ou
>
> *d)* s'il se trouve avoir priorité en vertu de la loi de l'autre État où le cédant s'est installé."

4. Il convient de noter que dans le cas où le cédant passerait d'un État où la considération déterminante est l'enregistrement dans un État où la considération déterminante est le moment de la cession, le cessionnaire ne pourrait pas, en application de la règle proposée, conserver son rang de priorité. Toutefois, il ne faut pas surestimer l'ampleur de ce problème, tout au moins lorsque le cédant est une société. Si le lieu à prendre en considération est le lieu de la constitution en société, une installation dans un autre État ne poserait de problèmes que dans des situations exceptionnelles, auquel cas le cessionnaire devrait prendre d'autres mesures pour se protéger, notamment en invoquant les clauses contractuelles éventuelles concernant la réinstallation du cédant en faisant valoir d'autres recours en cas de fraude.

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

Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le projet d'article 24 devrait mentionner l'opposabilité de la cession aux tiers plutôt que la priorité. Il voudra peut-être aussi étudier la question de savoir si la règle énoncée au paragraphe 4 devrait être élargie pour sauvegarder les droits reconnus par les règles juridiques impératives aux créanciers par décision de justice.

Chapitre V. Cessions subséquentes

Remarques

Article 25. *Champ d'application*

1. S'il peut être souhaitable de soumettre les cessions subséquentes au régime du projet de Convention même lorsque celui-ci n'est pas applicable à la cession initiale (par exemple, une cession ultérieure, dans le contexte d'une titrisation, peut être couverte même si la cession initiale était une cession nationale de créances nationales), l'alinéa *a* semble incompatible avec le principe de *continuatio juris* consacré à l'alinéa *b*. En outre, combiné au projet d'article 27, l'alinéa *a* risque indirectement d'avoir pour effet que le paiement effectué par le débiteur conformément au projet d'article 27 ne sera pas considéré comme libératoire en vertu de la loi applicable à la cession initiale.

2. L'alinéa *a* consacre le principe de *continuatio juris* selon lequel le régime régissant la cession initiale régit aussi les cessions subséquentes. Faute d'une telle règle, les parties, dans le cas d'une série de cessions, ne pourraient pas savoir avec certitude quels sont leurs droits étant donné que chaque cession pourrait être soumise à un régime juridique différent. L'alinéa *b* pourrait donner de bons résultats si la créance initiale est internationale étant donné que tout cessionnaire ultérieur pourrait prédire que le projet de Convention s'appliquerait aux cessions subséquentes en raison de l'internationalité de la créance. Toutefois, lorsque la créance initiale est nationale, l'application de l'alinéa *b* pourrait ne pas conduire à des résultats satisfaisants étant donné qu'un cessionnaire ultérieur ne pourrait pas prédire si le projet de Convention s'appliquerait à une cession nationale d'une créance nationale. Afin d'éviter que le projet de Convention ne s'applique à des cessions nationales de créances nationales, il conviendrait peut-être d'ajouter à la fin de l'alinéa *b* une disposition qui se lirait comme suit: "étant entendu que, s'il s'agit d'une créance nationale, une cession subséquente entre un cédant et un cessionnaire situés dans le même État que le débiteur n'est pas régie par la présente Convention".

Article 26. *Conventions limitant les cessions subséquentes*

Le projet d'article 26 vise les cas où des clauses de non-cession du contrat initial ou de la convention de cession initiale ou subséquente interdisent toute cession ultérieure. Il énonce la même règle que celle figurant au projet d'article 12, à savoir que la cession produit effet et que, si le cessionnaire est responsable à l'égard du débiteur ou d'un cédant en vertu de la loi applicable indépendamment du projet de Convention pour avoir de nouveau cédé la créance malgré la clause de non-cession figurant dans le contrat initial ou dans la convention de cession initiale ou subséquente, cette responsabilité ne s'étend pas à un cessionnaire subséquent (voir les remarques relatives au projet d'article 12).

Article 27. *Paiement libératoire du débiteur*

Le débiteur, s'il reçoit plusieurs notifications concernant plusieurs cessions subséquentes, devrait pouvoir s'acquitter de son obligation en effectuant le paiement à la personne ou à l'adresse indiquée dans la dernière notification reçue avant le paiement. Aussi, pour qu'il puisse déterminer que c'est cette règle qui s'applique et non celle énoncée au paragraphe 3 du projet d'article 18 (qui stipule que le débiteur doit s'acquitter de son obligation en effectuant le paiement à la personne ou à l'adresse indiquée dans la première notification), la notification devrait mentionner le fait que plusieurs cessions subséquentes ont eu lieu. Dans la pratique, toutefois, il est probable qu'aucun problème ne se posera, étant donné que, normalement, seul le dernier cessionnaire doit adresser une notification au débiteur, de sorte que la première notification serait aussi la dernière.

Article 28. *Notification au débiteur*

Le contenu de la notification, s'agissant de cessions subséquentes, devra peut-être être différent étant donné que le débiteur qui reçoit une notification doit pouvoir déterminer si elle concerne une série de cessions subséquentes ou plusieurs cessions des mêmes créances par le même cédant.

Chapitre VI. Conflit de lois

Remarques

Le chapitre VI a été discuté lors d'une réunion spéciale d'experts organisée par la Conférence de droit international privé de La Haye en coopération avec le secrétariat de la CNUDCI. Le Bureau permanent de la Conférence de La Haye soumettra sans doute un rapport sur cette réunion à l'examen du Groupe de travail. Ce dernier voudra peut-être analyser le chapitre VI à la lumière de ce rapport. Il voudra peut-être aussi déterminer si certaines notions, par exemple, celle de la situation géographique du cédant, devraient être définies différemment aux fins du chapitre VI.

Article 29. *Loi applicable au contrat de cession*

Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le projet d'article 29 doit être conservé ou supprimé. Les arguments qui militent en faveur de sa suppression sont notamment que le contrat de cession n'est aucunement différent de tout autre contrat et qu'il ne serait donc pas approprié de vouloir régler dans le projet de Convention la question de la loi applicable au contrat de cession. Dans le sens contraire, l'on peut faire valoir que le contrat de cession se distingue des autres contrats en ce sens qu'il a,

outre ses effets contractuels, des effets sur le plan de la propriété. Cette différence conduit à se demander si la même loi devrait s'appliquer aux deux types d'effets du contrat de cession. Le projet d'article 29 a pour but de soumettre les effets contractuels et les effets sur la propriété de la cession entre les parties à celle-ci à la même loi. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier la question de savoir si cette approche est appropriée et si le libellé actuel du projet d'article 29 est suffisant pour parvenir au résultat recherché.

Article 30. *Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur*

L'une des questions que le Groupe de travail souhaitera peut-être traiter dans le contexte de son examen du projet d'article 30 est celle de la signification exacte du terme "cessibilité". Cette expression peut s'entendre d'une cessibilité contractuelle (existence dans le contrat dont découlent les créances cédées d'une clause de non-cession), d'une cessibilité légale (par exemple, interdiction légale de la cession de salaires ou de prestations de retraite) ou des deux. L'on peut faire valoir que le projet d'article 30, qui concerne les droits et obligations du débiteur à l'égard du cessionnaire, ne devrait s'appliquer qu'à la cessibilité contractuelle, qui vise à protéger le débiteur, et non à la cessibilité légale, qui a pour but de protéger le cédant. Au paragraphe 3, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'ajouter une référence à la loi choisie par le cédant et le débiteur afin de tenir compte de l'attente raisonnable du débiteur et de permettre aux cessionnaires de faire fond sur les clauses relatives au choix de la loi applicable figurant dans les contrats dont découlent les créances cédées.

Chapitre VII. Autres règles de priorité possibles

Remarques

1. Aux termes du libellé actuel des dispositions du projet de Convention concernant le champ d'application (c'est-à-dire les projets d'articles 1 à 4), les sections I (règles de priorité fondées sur l'enregistrement) et II (enregistrement) du chapitre VII ne seraient pas totalement acceptables même pour les États qui appliquent l'approche fondée sur l'enregistrement. Dans ces États, les transactions qui entrent actuellement dans le champ d'application du projet de Convention ne sont pas toutes soumises à enregistrement aux fins de l'établissement d'une priorité. En outre, certaines dispositions de la section II risquent de susciter des objections de la part de certains de ces États (par exemple, le paragraphe 3 du projet d'article 37 qui stipule que l'enregistrement produit ses effets à compter du moment où les données enregistrées sont accessibles aux utilisateurs).

2. En conséquence, le Groupe de travail voudra peut-être envisager soit de limiter le champ d'application du projet de Convention et d'élargir les sections I et II pour les harmoniser avec la loi applicable dans les pays qui appliquent le système de l'enregistrement, soit de réduire considérablement ou même de supprimer le chapitre VII.

3. L'élargissement des sections I et II permettrait peut-être aux pays qui appliquent déjà ou qui souhaitent introduire un système d'enregistrement de décider d'appliquer les sections I et II ou la section II seulement (voir la remarque relative au projet d'article 43). En pareil cas, les sections I et II pourraient être utilisées de trois façons: les États pourraient appliquer leur loi interne fondée sur l'enregistrement mais utiliser le système international d'enregistrement (soit au moyen d'un enregistrement direct dans le registre international, soit au moyen d'un enregistrement local dans la mesure où les données peuvent être consultées par le biais du registre international, auquel cas le projet de Convention envisagerait un système d'enregistrement ou une banque de données, mais pas des règles uniformes de priorité); les États pourraient appliquer les règles de priorité du projet de Convention fondées sur l'enregistrement et utiliser le système international d'enregistrement, mais seulement pour les transactions entrant dans le champ d'application du projet de Convention (en pareil cas, les conflits entre les cessionnaires auxquels s'applique la Convention et les autres resteraient en dehors du champ d'application du projet de Convention); ou les États pourraient appliquer les règles de priorité prévues par les articles 23 et 24 à toutes les transactions, aussi bien nationales qu'internationales.

4. Néanmoins, un tel élargissement des sections I et II risque de créer plusieurs difficultés, en particulier les suivantes: le projet de Convention pourrait indirectement entraîner une fragmentation du droit, surtout si chaque État a la faculté d'appliquer différemment les sections I et II, comme décrit ci-dessus; le projet de Convention deviendrait très long et son application serait fort compliquée; la section III devrait probablement être élargie et il faudrait ajouter une troisième règle de priorité fondée sur la notification; et une telle entreprise risquerait d'être fort longue.

5. En revanche, ramener le chapitre VII à un petit nombre de principes généraux simplifierait considérablement le projet de Convention, les États pourraient l'accepter plus facilement et il serait plus facile à appliquer. En outre, selon une telle approche, le projet de Convention reconnaîtrait en principe l'enregistrement et permettrait aux États qui s'intéressent à un tel système de le mettre en place aux échelons national ou international. De plus, le projet de Convention serait compatible avec les lois des États qui appliquent un système fondé sur l'enregistrement. Quant à l'élaboration de dispositions législatives types concernant les sûretés sur des créances et éventuellement d'autres avoirs, qui pourraient servir de guide aux États n'ayant pas de règles législatives détaillées à ce sujet, il faudrait la considérer comme un autre projet important qui pourrait être envisagé à une date ultérieure, probablement en coopération avec les autres organisations qui s'intéressent à cette branche du droit.

Chapitre VIII. Dispositions finales

Remarques

Article 42. *Conflits avec des accords internationaux*

1. Aux termes du projet d'article 42, il appartient à chaque État de déterminer si le projet de Convention ou une autre Convention concernant les questions traitées par le projet doit prévaloir. Par exemple, un État qui a ratifié

ou envisage de ratifier la Convention d'Ottawa devra déterminer s'il entend faire prévaloir celle-ci ou le projet de Convention.

2. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier comment l'on pourrait éviter ou tout au moins réduire au minimum un chevauchement entre le projet de Convention et la Convention d'Ottawa. Il n'est sans doute pas inutile de relever que la Convention d'Ottawa ne s'applique qu'aux contrats d'affacturage et autres transactions connexes faisant intervenir au moins deux des trois types de services mentionnés à l'article premier (c'est-à-dire financement, assurance et tenue de comptes) et non aux transferts en résultant (ainsi, elle ne traite pas des questions de priorité). En outre, elle ne s'applique auxdites transactions que si le contrat d'affacturage concerne des créances découlant de contrats de vente de marchandises et de prestations de services; si ces créances sont internationales, c'est-à-dire si le fournisseur (cédant) et le débiteur ont leurs établissements dans des États différents; et si toutes les parties en cause, c'est-à-dire l'entreprise d'affacturage (cessionnaire), le fournisseur et le débiteur ont leurs établissements dans des États contractants. Il semble par conséquent que si le champ d'application de la Convention d'Ottawa est assez limité en comparaison de celui du projet de Convention, les transactions qui en relèvent relèveraient aussi du projet de Convention.

3. Les problèmes suscités par un tel chevauchement seraient limités si le projet de Convention devait adopter, sur le plan du fond, les mêmes solutions que la Convention d'Ottawa. Il y a néanmoins certaines différences entre les deux, étant donné qu'en vertu de la Convention d'Ottawa les parties au contrat d'affacturage ou au contrat de vente sous-jacent peuvent exclure totalement son application; la validité de la cession de créances futures ou de créances cédées en bloc n'est reconnue qu'entre les parties au contrat d'affacturage (autrement dit, la Convention ne traite pas des effets du contrat d'affacturage à l'égard des tiers); l'obligation du débiteur d'effectuer le paiement au cessionnaire prend naissance par la notification et le débiteur ne doit pas avoir eu connaissance d'un droit préférable; la notification doit identifier suffisamment les créances et l'entreprise d'affacturage; une cession opérée malgré l'existence d'une clause de non-cession dans le contrat de vente est valable à moins que l'État dans lequel le débiteur est situé ait formulé une réserve; le débiteur peut recouvrer les paiements effectués de l'entreprise d'affacturage si celle-ci ne s'est pas acquittée d'une obligation d'effectuer un paiement au fournisseur ou a effectué ce paiement en sachant que le fournisseur avait manqué au contrat de vente sous-jacent; les cessions successives sont couvertes si le contrat d'affacturage est régi par la Convention et ne contient pas de clause de non-cession.

4. Étant donné ce qui précède, il apparaît qu'un État qui souhaiterait adopter les deux conventions et faire prévaloir la Convention d'Ottawa devrait admettre que sa législation concernant certains types de contrats d'affacturage couverts par la Convention d'Ottawa sera à certains égards différente de sa loi relative au contrat d'affacturage et aux autres contrats n'entrant pas dans le champ d'application de la Convention d'Ottawa. Un État devrait sinon faire prévaloir le projet de Convention pour réglementer une large série de transactions et bénéficier, par exemple, des dispositions du projet relatives à la priorité.

5. De même, le Groupe de travail voudra peut-être examiner comment il serait possible d'éviter un chevauchement avec la Convention de Rome. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 12 de cette Convention, "les obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance sont régies par la loi qui, en vertu de la présente Convention, s'applique au contrat qui les lie" (c'est-à-dire, en vertu de l'article 4, la loi choisie par les parties et, à défaut, la loi du pays avec lequel le contrat de cession présente les liens les plus étroits). La loi régissant le droit auquel se rapporte la cession (c'est-à-dire la loi applicable au contrat dont découle ce droit) régit "le caractère cessible de [la créance], les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur" (paragraphe 2 de l'article 12).

6. Le conflit entre l'article 12 de la Convention de Rome et les projets d'articles 29 et 30 du projet de Convention semble tenir davantage à une question de rédaction qu'à une question de politique générale et pourrait être évité si lesdits projets d'articles étaient légèrement remaniés dans le sens de l'article 12 de la Convention de Rome.

7. S'agissant des conflits potentiels avec le projet d'article 31, la situation est différente étant donné qu'il est difficile de dire si la Convention de Rome régit les questions de priorité et, dans l'affirmative, quelle est la loi applicable. Selon une école de pensée, l'article 12 ne concerne pas et ne peut pas concerner les questions de priorité dans la mesure où il traite du contrat de cession et non du transfert de la propriété de créance; par conséquent, il ne peut pas y avoir de conflit avec le projet d'article 31. Selon un autre avis, l'article 12 concerne effectivement des questions de priorité et les subordonne soit à la loi qui régit la créance, soit à la loi choisie par les parties au contrat de cession. Dans l'un ou l'autre cas, il serait très difficile pour des tiers, dans le cas des transactions habituelles de financement au moyen de créances faisant intervenir des cessions globales, de déterminer la loi applicable, et l'application de l'une ou l'autre de ces deux lois aboutirait à des résultats contradictoires. Il n'est donc peut-être pas certain que l'application de l'une ou l'autre de ces deux lois soit appropriée ou même compatible avec le but principal du projet de Convention, qui est d'assurer la certitude et la prévisibilité des transactions et ainsi de réduire le coût et d'accroître la disponibilité du crédit.

8. Dès lors, l'on pourrait faire valoir qu'une règle allant dans le sens du projet d'article 31 serait une occasion bienvenue, même pour les États parties à la Convention de Rome, d'essayer tout au moins de régler une question qui a suscité tant d'incertitudes. En tout état de cause, le fait que certains États considèrent avoir pu régler cette question d'une certaine façon ne signifie pas que les autres devraient se voir interdire de s'y attaquer eux-mêmes et peut-être de la régler différemment. Pour tenir compte des préoccupations des deux catégories d'États, le Groupe de travail voudra peut-être autoriser les États à formuler une réserve touchant l'application du chapitre VI.

Article 43. *Application du chapitre VII*

Si le chapitre VII est conservé et si des États ont différentes possibilités d'appliquer les sections I et II, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de remanier le projet d'article 43 pour permettre aux États de choisir aussi bien les règles de priorité fondées sur l'enregistrement que les règles d'enregistrement ou seulement ces dernières, en appliquant leurs propres règles nationales de priorité fondées sur l'enregistrement (voir la remarque 3 relative au chapitre VII).

Article 44. *Règles et procédures d'insolvabilité sur lesquelles la présente Convention n'a pas d'incidence*

Au cas où la variante A serait conservée au projet d'article 24, le projet d'article 44 ne serait peut-être pas nécessaire étant donné que le libellé général de la variante A couvrirait tous les droits qu'a l'administrateur de l'insolvabilité en vertu de la loi régissant l'insolvabilité. En revanche, si la variante B est préférée au projet d'article 24, le projet d'article 44 pourrait être nécessaire, à condition qu'il soit entendu que la liste des droits figurant dans la variante B n'est pas et ne saurait être exhaustive.

Article 48. *Réserves*

Le Groupe de travail voudra peut-être étudier la question de savoir s'il y a lieu d'autoriser des réserves, par exemple, à propos du projet d'article 9, au cas où l'exigence de l'écrit serait retenue, ou du projet d'article 12, au cas où il ne serait pas possible de parvenir à un accord sur le libellé actuel ou sur les exceptions à la règle visée dans cet article, ou encore à propos du chapitre VI, s'il n'est pas possible de parvenir à un accord sur son champ d'application ou son contenu.

C. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-neuvième session: financement par cession de créances: rapport du groupe d'experts préparé par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé: note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.99) [Original: français]

1. Lors de sa vingt-cinquième session, il a été noté que la complexité des aspects du droit international privé de la cession ne devait pas conduire à renoncer à les inclure dans les travaux futurs de la Commission, mais au contraire inciter à renforcer la coopération avec la Conférence de La Haye de droit international privé, par exemple, sous forme de réunions mixtes d'experts sur les questions présentant un intérêt commun et liées à la cession de créances (A/50/17, par. 380).

2. Dans cet esprit, le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye a organisé en coopération avec le secrétariat une réunion d'experts (La Haye, 18-20 mai 1998) pour discuter les aspects du droit international privé de la cession dans le projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement.

3. À la suite de la réunion de ce groupe d'experts, le secrétariat a reçu du Bureau Permanent de la Conférence de La Haye le rapport de cette réunion rédigé en français. On trouvera ce document en annexe à la présente note, dans la forme sous laquelle il a été reçu par le secrétariat.

ANNEXE

GROUPE DE TRAVAIL ORGANISÉ PAR LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EN COOPÉRATION AVEC LE SECRÉTARIAT DE LA CNUDCI

Cession de créances

Rapport préparé par Catherine Kessedjian, Secrétaire général adjoint de la Conférence de La Haye de droit international privé avec l'aide de Patrick Wautelet, stagiaire

À l'invitation de la Conférence de La Haye de droit international privé, en coopération avec la CNUDCI, une réunion de travail s'est tenue à La Haye, dans les locaux du Bureau Permanent de la Conférence du 18 au 20 mai 1998.

Étaient présents les experts de 16 États.

Les débats ont eu pour but de peser les avantages et inconvénients des choix opérés provisoirement par le Groupe de travail de la CNUDCI chargé de préparer un projet de Convention sur le financement par cession de créances, de déterminer les difficultés éventuelles posées par ces choix et, si possible, de les valider ou de proposer d'autres options. Lorsque les dispositions proposées dans le projet de Convention ont été considérées comme pouvant engendrer trop de difficultés, mais qu'aucune option alternative n'a pu être proposée, les experts ont recommandé que le présent rapport contienne les éléments de la discussion sans présenter de proposition concrète.

Les débats ont été organisés autour de cinq grands thèmes qui serviront de trame au présent rapport: 1) le rôle des règles de conflit de lois pour la délimitation du champ d'application géographique de la Convention; 2) la notion d'internationalité et ses différentes applications dans le projet de Convention; 3) la définition de la notion de "situation"; 4) les règles de conflit de lois destinées à pallier l'absence de solution matérielle; 5) les règles de conflit de lois générales destinées à s'appliquer même en l'absence d'application de la convention.

À titre introductif, il convient de rappeler ici certains grands principes qui sous-tendent les travaux de la CNUDCI tels que rappelés par certains experts: 1) les règles proposées doivent refléter les besoins de la pratique financière contemporaine; 2) les règles doivent accroître la certitude et la prévisibilité des solutions; elles doivent permettre la cession groupée de créances présentes et futures. Ces principes ont servi de toile de fond aux discussions du Groupe de travail.

1) Le rôle des règles de conflit de lois pour la délimitation du champ d'application géographique de la Convention

L'article premier du projet de Convention[1] dispose:

"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[2] dans un État contractant.

2. [Les dispositions des articles [...] ne s'appliquent pas] [la présente Convention n'a pas d'incidence 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].

... ."

On note un choix différent de méthodes entre les deux paragraphes cités de l'article premier: le premier paragraphe se contente d'un critère géographique précis sans faire appel aux règles de droit international privé; alors que le deuxième paragraphe (conçu comme une exception partielle au premier paragraphe) propose d'élargir éventuellement le champ d'application de la Convention vis-à-vis du débiteur cédé lorsque le droit applicable à sa relation avec le cédant (loi de la créance cédée) est celui d'un État contractant[3]. Les experts se sont donc interrogés sur la possibilité d'harmoniser les deux dispositions pour inclure dans le paragraphe 1 un élargissement du champ d'application par le truchement des règles de droit international privé.

1.1. Les experts ont d'abord discuté du principe même de l'utilisation des règles de droit international privé pour élargir le nombre d'hypothèses dans lesquelles la Convention peut trouver à s'appliquer. Une telle méthode a déjà été utilisée par la CNUDCI dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises qui, dans son article premier, paragraphe 1 *b* dispose que la Convention s'applique: "lorsque les règles de droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant". On sait que l'un des avantages essentiels d'une telle disposition consiste à permettre l'application de la Convention alors que, sans elle, un État pourrait appliquer le droit interne de l'État désigné par la règle de conflit alors même que cet État aurait ratifié la Convention.

Il a été rappelé que cette disposition insérée tardivement au cours des négociations de la Convention de Vienne a fait l'objet d'une assez grande controverse telle qu'elle a été assortie d'une possibilité de réserve. La disposition en elle-même a posé des difficultés d'application pratique, les opérateurs du commerce ignorant, la plupart du temps, les techniques particulières du droit international privé, techniques qui sont par ailleurs rendues plus compliquées encore par la possibilité pour chaque État d'émettre une réserve.

Mais, au-delà de cette difficulté pratique, un problème essentiel est posé par la détermination des règles de droit international privé qui doivent être appliquées. L'un des experts a suggéré que ces règles pourraient être puisées dans la Convention elle-même, à condition qu'elle contienne des règles générales allant au-delà de l'application des règles matérielles de la Convention[4]. En réalité, dans le cadre de la Convention de Vienne, ce sont les règles de droit international privé du for saisi d'un litige qui doivent être mises en œuvre[5]. Si cette solution était adoptée dans le cadre du projet de Convention sur la cession de créances, elle pourrait mettre à mal les deux objectifs essentiels de cette Convention: certitude et prévisibilité[6]. En effet, au moment où cédant et cessionnaire négocieront la cession, la localisation du for saisi en cas de contentieux peut ne pas être aisée à déterminer, surtout si les parties ne se sont pas mises d'accord sur une clause d'élection de for.

Toutefois, cette difficulté sera minimisée si les parties ont procédé à une élection de droit. Mais, alors, l'argument essentiel avancé à l'encontre de l'utilisation des règles de droit international privé consiste à rappeler que la Convention contient des règles sur la priorité et, plus généralement, sur les droits des tiers. Il est dit que ces dispositions constituent l'un des acquis essentiels de la Convention. Or, l'on ne peut pas faire dépendre les droits des tiers du choix d'une loi ou d'un for par les parties à la cession. En conséquence, il a été recommandé de ne pas modifier l'article premier, paragraphe 1.

1.2. Le deuxième paragraphe du projet de Convention contient d'ores et déjà une proposition pour étendre la Convention au débiteur cédé si le droit applicable à ses relations avec le cédant est celui d'un État contractant alors même qu'il ne serait pas situé sur le territoire d'un État contractant. On justifie cette proposition par l'idée que la Convention contient des dispositions matérielles de protection du débiteur cédé qu'il est censé connaître dans les deux hypothèses visées par ce texte. Mais, une telle disposition rendrait très difficile la cession de créances groupées puisque, pour apprécier ses risques, le cessionnaire devrait déterminer le droit applicable à chacune des créances cédées. Certes, la même difficulté existe avec l'exigence que le débiteur cédé soit situé sur le territoire d'un État contractant, la cession pouvant alors contenir des créances sur des débiteurs situés dans des États contractants et non contractants. Mais, dans ce cas, si le cessionnaire souhaite différencier ces créances pour évaluer ses risques, le critère géographique strict lui permet de le faire sans

[1]Le document de référence est coté A/CN.9/WG.II/WP.96.

[2]Sur la définition de ce terme, voir *infra* section 3.

[3]Notons que la différence de méthode s'explique par le fait que le deuxième paragraphe n'a pas été soumis à la discussion du Groupe de travail CNUDCI pour avoir été introduit récemment dans le projet de texte.

[4]Sur cette question, voir *infra*, section 5.

[5]Cette proposition est considérée par certains comme trop générale. En effet, si le for saisi est un État non contractant de la Convention, il n'est pas lié par l'article 1-1 *b* et n'est pas obligé, en vertu du droit international public, d'appliquer la Convention même si son droit international privé désigne le droit d'un État contractant. Cette même difficulté se pose de manière générale lorsque le litige est soumis à un tribunal arbitral qui, par hypothèse, ne constitue pas un for et n'est pas lié, a priori, par les conventions internationales. Toutefois, on peut soutenir qu'au contraire les tribunaux arbitraux doivent prendre en considération toutes les conventions internationales en vigueur. De nombreux tribunaux arbitraux agissent ainsi. Ces deux controverses, à elles seules, pourraient suffire à inciter les rédacteurs à ne pas adopter une telle méthode.

[6]Les experts ont constamment fait référence à ces deux objectifs dans le cours des débats, montrant ainsi que chaque règle proposée (règle matérielle ou de conflit de lois) doit répondre à ces impératifs.

trop de difficulté. Il n'en ira pas de même lorsqu'il devra procéder par le truchement de règles de conflit de lois.

En conséquence, les experts recommandent la suppression de la référence au droit international privé dans le deuxième paragraphe de l'article premier[7].

2) L'internationalité

Ayant décidé de maintenir l'article 1-1 dans sa rédaction actuelle, le Groupe de travail a alors discuté de la nécessité de définir la notion d'internationalité dans les deux hypothèses visées par cet article, à savoir: la cession de créances internationales et la cession internationale de créances.

Il a été rappelé qu'une tradition bien établie au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé consiste à ne pas définir l'internationalité. En effet, les études comparatives montrent qu'au moins deux notions d'internationalité coexistent dans la plupart des pays: une notion juridique et une notion économique. La notion juridique consiste à prendre en considération soit la nationalité, soit la situation géographique des parties concernées. La notion économique s'attache aux flux de biens, personnes, financiers ou autres à travers les frontières. Dans cette dernière acception, est internationale une relation éventuellement nouée entre partenaires localisés sur un même territoire mais dont l'un des aspects doit s'exécuter dans un autre État.

L'avantage de la notion juridique tient essentiellement à sa simplicité[8] et accroît ainsi la certitude et la prévisibilité des solutions. En revanche, la notion économique permet d'élargir le nombre d'opérations auxquelles les règles internationales vont s'appliquer. Ces règles internationales sont souvent unifiées et plus flexibles. C'est pourquoi, de nombreux opérateurs préfèrent voir qualifier leurs relations d'internationales.

Dans le cadre des Conventions de La Haye, les rédacteurs ont toujours évité de réduire la notion à l'une ou l'autre branche de l'alternative. La coexistence de ces deux critères et, éventuellement, d'autres n'a pas été jugée néfaste au bon fonctionnement des conventions de droit international privé.

Toutefois, dans le cadre de la Convention en discussion, il a été expliqué que les opérateurs économiques doivent pouvoir déterminer avec certitude et à l'avance les cas d'application de la Convention. Dans ce but, une définition a été jugée nécessaire et seuls des critères précis, objectifs et simples ont été jugés adéquats.

De la discussion sur les critères pouvant être adoptés, il ressort que certains problèmes pratiques peuvent naître de la définition de l'internationalité dans le cadre de cessions de créances groupées. En effet, tel que rédigé dans l'avant-projet, l'article 3 permet la cession de créances à la fois internationales et domestiques par une seule et même opération. Le Groupe de travail a jugé que la solution à cette question ne se trouve pas dans une modification des critères d'internationalité mais dans l'éventuel ajout d'une disposition précisant que les droits et obligations du débiteur cédé d'une créance domestique ne seraient pas affectés par la Convention.

En conséquence, le Groupe de travail a décidé de recommander le maintien de l'article 3 de l'avant-projet tel que rédigé aujourd'hui.

3) Définition de la notion de "situation"

Plusieurs dispositions de l'avant-projet de Convention comportent une référence à la situation d'un des acteurs à la cession de créance.

L'article 5 *j* propose une définition de cette notion dans les termes suivants:

> *"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."*

Il a été rappelé que, traditionnellement, on doit différencier les règles concernant les personnes physiques et celles ayant trait aux personnes morales ou autres groupements.

En ce qui concerne les personnes physiques, le droit international privé moderne privilégie le rattachement à la résidence habituelle plutôt qu'au domicile. La notion de résidence habituelle est plus flexible, plus factuelle et permet de respecter la réalité de l'insertion d'une personne dans un ordre juridique, économique et social donné[9].

Quant aux personnes morales, le droit comparé montre que les pays restent divisés entre ceux qui admettent le siège social statutaire (lieu d'immatriculation)[10] et ceux qui préfèrent le siège social réel. Signalons ici que les expressions diffèrent pour désigner le siège social réel: administration centrale, principal établissement, centre des intérêts principaux.

Pour les tenants du siège social réel, celui-ci présente l'avantage de situer la personne morale au centre de ses activités économiques et correspond à l'équivalent fonctionnel de la résidence habituelle pour les personnes physiques. En revanche, le siège social statutaire correspond à un choix délibéré de la personne, qui peut être dicté par des préoccupations complètement étrangères à son activité mais ayant trait à l'organisation interne de la personne morale[11] ou à des choix fiscaux.

On doit constater que le droit international privé n'a pas remporté de succès majeurs pour unifier la définition du siège des personnes morales, chaque pays restant attaché à ses traditions. À titre d'exemple, on peut citer l'article 58 (premier alinéa) du Traité de Rome instituant la Communauté européenne, jamais modifié avec les Traités subséquents qui dispose:

> *"Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre aux personnes physiques ressortissant des États membres."*

[7]Si le Groupe de travail CNUDCI décidait néanmoins de maintenir cette référence, il conviendrait de s'assurer que la référence à la loi d'un État contractant désigne les dispositions de la Convention et non pas son droit interne.

[8]Cette simplicité peut n'être qu'apparente car la détermination de la nationalité d'une personne (notamment d'une personne morale) ou de sa résidence habituelle ou autre localisation peut se révéler complexe en pratique. Sur la notion de "situation" au sens du projet de Convention en discussion, cf. *infra*, section 3.

[9]Pour un essai de systématisation des critères à prendre en considération pour déterminer la résidence habituelle d'une personne physique, on lira avec profit l'article du Dr. E.M. Clive, "The Concept of Habitual Residence", *The Juridical Review*, 1997, p.137 à 147.

[10]La question a été posée de savoir si le concept de "siège statutaire" correspond exactement à la notion de "*registered office*" utilisée dans la version en langue anglaise du projet de Convention. Ce problème n'a pas été approfondi.

[11]On peut ainsi mentionner que le Delaware, aux États-Unis, a développé un corps de règles législatives et jurisprudentielles très sophistiqué permettant aux sociétés de gérer au mieux leur organisation interne, ce qui explique le choix de beaucoup d'entreprises de situer leur siège statutaire dans cet état alors qu'elles n'y ont aucune activité économique.

L'article 3 de la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité signée à Bruxelles le 23 novembre 1995 dispose en son article 3, paragraphe 1:

"... Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire."

De la même manière, la Loi modèle CNUDCI sur l'insolvabilité transnationale n'opère pas de choix puisque son article 13, paragraphe 4, dispose:

"Sauf preuve contraire, le bureau statutaire,... est réputé être le centre [des] intérêts principaux."

Contrairement à cette tendance majoritaire qui semble ainsi se dessiner pour ne pas choisir entre les deux branches de l'alternative afin de coller de plus près à la réalité économique de la personne morale concernée[12], le projet de Convention sur les cessions de créances opère un choix en privilégiant le siège social statutaire ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus.

L'un des arguments avancé en faveur d'un tel choix a trait à la nécessité de pouvoir localiser avec certitude la situation du cédant[13]. À cet égard, certains experts estiment que le siège social statutaire est seul apte à donner satisfaction.

Cependant, il est rappelé que dans la très grande majorité des cas le siège statutaire et le siège réel coïncident. Mais, dans les hypothèses où la société a fait le choix de la dichotomie[14], l'applicabilité de la Convention essentiellement centrée autour de la situation du cédant entraînera une quasi impossibilité d'application de ce texte puisque les pays dans lesquels, traditionnellement, les sociétés situent leur siège social statutaire restent en dehors des efforts d'unification du droit, ne ratifiant guère les conventions disponibles[15].

Si l'on se place du côté du cessionnaire, pour qui l'applicabilité de la Convention est très importante et dont la plupart des droits et obligations dépendent, dans le silence des règles matérielles de la Convention, de la loi du cédant, la certitude à court terme représentée par le siège statutaire du cédant peut se révéler contre-productive dans les cas de dichotomie mentionnés au paragraphe précédent.

Le Groupe a alors longuement discuté de la question du conflit mobile. Le Groupe s'est trouvé divisé sur le point de savoir si l'on change plus facilement de siège statutaire ou de siège réel. Faute de pouvoir conclure dans un sens ou dans l'autre, cet argument n'a pas été jugé de nature à pouvoir influencer le choix entre l'une des deux branches de l'alternative. Ceci étant dit, tous se sont accordés pour dire qu'une disposition devait permettre de régler le conflit mobile dans le cadre des règles de conflit de lois.

En conclusion, le Groupe de travail est d'avis qu'il convient de séparer la définition concernant les personnes physiques de celle adoptée pour les personnes morales et autres groupements.

En ce qui concerne les personnes physiques, le Groupe de travail a retenu le critère de la résidence habituelle.

Pour ce qui a trait aux personnes morales, aucune conclusion définitive n'a pu être dégagée.

Toutefois, il a été proposé de s'inspirer de la définition de l'article 4, paragraphe 2, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui dispose:

"Sous réserve du paragraphe 5 il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement."

ou, à défaut, de la définition de la Convention européenne en matière d'insolvabilité rappelée ci-dessus.

En tout état de cause, les experts ont retenu l'idée selon laquelle, quel que soit le choix définitif du siège social statutaire ou réel, il est vraisemblablement nécessaire de prévoir une règle séparée lorsque le cédant agit par un établissement autonome, succursale ou autre entité sans personnalité juridique distincte.

4) Les règles de conflit de lois destinées à pallier l'absence de solution matérielle

Le Groupe d'experts s'est mis d'accord sur le rôle utile que peuvent jouer les règles de conflit de lois dans le cadre du projet de Convention, à savoir qu'elles complètent l'effort d'unification du droit des cessions de créances pour des questions sur lesquelles les négociateurs n'ont pas réussi à dégager des règles matérielles. Il en va ainsi pour la forme, la cessibilité, le droit au produit de la créance, le droit de priorité et les droits concurrents en cas d'insolvabilité du cédant. Nous allons reprendre chacun de ces points séparément.

4.1. La forme

Tel que se présente aujourd'hui l'article 9 du projet de Convention, plusieurs variantes sont proposées. La variante A prévoit une règle matérielle d'exigence d'un écrit. Or, certains experts ont signalé que cette règle matérielle est inacceptable pour un petit nombre de pays qui verraient ainsi leur tradition en la matière bouleversée par la Convention. Il est donc fort probable que le projet de Convention ne puisse pas contenir une disposition rédigée conformément à la variante A[16].

S'est alors posée la question de la loi applicable à la forme en l'absence de règle matérielle. Avec des nuances non négligeables, ce sont deux règles de conflit de lois qui sont proposées par les variantes B et C du même article. Or, ces règles ne correspondent pas à la tendance actuelle en droit international privé qui consiste à privilégier une règle de conflit alternative destinée à valider le contrat ou l'acte juridique. Par ailleurs, certains experts

[12] À cet égard, on doit signaler que la Convention des Nations Unies de 1995 sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by prévoit en son article 22 que la loi applicable est celle de l'État dans lequel le garant ou l'émetteur a l'établissement qui a émis l'engagement.

[13] Le projet de Convention utilise également la notion de "situation" pour le débiteur cédé (articles 1-2 et 1-3) et le cessionnaire (article 3), mais il est vrai que la plupart des règles sont centrées autour de la situation du cédant.

[14] Nous parlons ici d'une dichotomie internationale et non pas d'une dichotomie existant au sein d'un État fédéral car, dans ce dernier cas, la Convention s'applique normalement à l'ensemble du territoire fédéral.

[15] Il a été répliqué que les entreprises ayant fait ce choix et qui, en conséquence, se verraient interdire l'accès à un financement par cession de créances en raison de la non-applicabilité de la Convention seraient incitées à changer leur siège social statutaire.

[16] Toutefois, il a été suggéré que la variante A soit maintenue, tout en permettant aux États qui le souhaitent d'émettre une réserve.

ont montré qu'une règle de conflit de lois a peu de chance d'atteindre l'objectif recherché par une disposition sur la forme.

En effet, après réflexion, le but poursuivi par la forme dans le cadre du projet de Convention n'est pas tant une question de validité qu'une question d'identification du contenu de la cession ou, en d'autres termes, de preuve de ce contenu. Les experts sont convenus dès lors qu'une règle matérielle était préférable à une règle de conflit. Cette règle pourrait être reformulée par rapport aux variantes actuelles de la Convention et pourrait être rédigée de la manière suivante:

"Une créance est réputée avoir été cédée lorsque sa cession est prouvée par tout moyen ..."

Une autre possibilité serait de combiner les variantes B et C, mais le groupe d'experts n'a pas eu le temps d'envisager plus précisément la rédaction possible de cette combinaison.

4.2. La cessibilité

La question de la cessibilité se divise en deux problèmes distincts: la cessibilité contractuelle et la cessibilité légale.

4.2.1. On s'est interrogé sur la question de savoir si la Convention pouvait raisonnablement prévoir une règle telle que celle insérée à l'article 12 du projet selon laquelle la créance est cessible alors même qu'elle aurait fait l'objet d'un accord d'incessibilité entre le cédant et le débiteur cédé. À cet égard, les experts ont discuté du point de savoir si l'article 12 pouvait être modifié par l'article 30 qui prévoit une règle de conflit de lois pour régler les questions de cessibilité de la créance sans qu'il soit précisé si cette règle de conflit s'applique à la fois à la cessibilité légale et à la cessibilité conventionnelle. Ce point devra être clarifié pour délimiter l'application respective des articles 12 et 30.

Dans l'impossibilité de connaître la nature impérative ou non des règles nationales concernant la cessibilité conventionnelle, il a été suggéré qu'une étude de droit comparé pourrait être entreprise avant de confirmer définitivement cette disposition du projet qui semble remettre en cause profondément l'autonomie de la volonté et la prévisibilité contractuelle pour le débiteur cédé. Les experts n'ont cependant pas fait de recommandation à cet égard.

4.2.2. En ce qui concerne la cessibilité légale qui n'est pas réglementée par l'article 12 mais par l'article 30 (règle de conflit), on a discuté du caractère suffisant de la réserve d'ordre public ou concernant les règles impératives. Le Groupe d'experts s'est plutôt prononcé par la négative. Une règle de conflit de lois a donc été jugée nécessaire. Elle pourrait désigner la loi de la créance cédée. Toutefois, cette règle ne semble pas donner satisfaction dans les cas de cessions groupées.

4.3. Le droit du cessionnaire au produit de la créance

Ce droit était réglé par un article 17 qui doit faire l'objet d'une proposition de rédaction nouvelle par le secrétariat de la CNUDCI. Il semble en effet que le concept de "droit au produit" soit inconnu des systèmes de tradition romano-germanique, même s'il peut s'apparenter, sans s'y réduire, à un droit de suite.

Toutes les règles de conflit de lois qui ont été passées en revue au cours de la discussion ont montré les limites de leur utilité. Pour bien faire, en effet, il faudrait appliquer cumulativement deux règles de conflit: la loi de la cession et la loi applicable au produit dans lequel la créance a été transformée. Devant la complexité d'une telle solution, les experts sont d'avis qu'il vaut mieux renoncer à trouver une solution dans une règle de conflit de lois.

4.4. Le droit de priorité

L'article 23 du projet de Convention propose de soumettre à la loi du cédant[17] la priorité entre plusieurs cessionnaires d'une même créance du même cédant.

Cette disposition a été considérée par les experts comme une bonne règle (ou, en tout cas, la moins mauvaise possible) compte tenu de ce que:

a) la loi de la créance cédée est impossible à mettre en œuvre en cas de cession de créances groupées. Or, la question de la priorité se pose essentiellement dans cette hypothèse car elle se fait jour lorsque le cédant a cédé à plusieurs cessionnaires une universalité de créances, mode de gestion financière de plus en plus fréquente;

b) le débiteur cédé est protégé par des dispositions matérielles de la Convention et que la règle de conflit de lois ainsi proposée ne s'appliquera que lorsque la Convention elle-même, dans son ensemble, aura été déclarée applicable.

4.5. Les droits concurrents en cas d'insolvabilité du cédant

Le projet de Convention, en son article 24, prévoit que la question des droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant est régie par la loi du cédant.

La justification donnée à ce choix consiste à dire que, si une procédure de faillite est ouverte, elle le sera au lieu de situation du cédant. Or, cette justification milite pour une définition différente de la notion de situation du cédant pour l'article 24 si celle-ci a été maintenue telle qu'elle se présente aujourd'hui dans l'article 5 *j*, c'est-à-dire le siège statutaire. En effet, tant la Convention européenne que la Loi modèle CNUDCI sur l'insolvabilité permettent de renverser la présomption, en faveur du siège social réel, s'il existe une dichotomie avec le siège statutaire.

Les dispositions de l'article 24, paragraphes 3 et 4, ont été conçues pour pallier cet inconvénient. On ne peut s'empêcher de remarquer que ces dispositions sont assez complexes. La formulation du paragraphe 3 est peu habituelle. Elle renverse le fonctionnement de l'exception d'ordre public qui, normalement, a pour but d'empêcher l'application d'une mesure, loi ou décision étrangère. On pourrait d'ailleurs proposer une nouvelle formulation plus conforme à la pratique en la matière qui serait la suivante:

"Les dispositions du présent article peuvent être écartées si elles sont manifestement contraires à l'ordre public de l'État du for."

Quant au paragraphe 4, les hypothèses visées peuvent ne pas embrasser toutes les hypothèses concrètes qui pourraient naître en pratique[18].

5) Les règles de conflit de lois générales destinées à s'appliquer même en l'absence d'application de la Convention

Le processus proposé doit combiner le chapitre VI du projet de Convention, comprenant les articles 29 à 33, avec son article premier, paragraphe 3[19].

[17]La question du conflit mobile a été posée à nouveau à propos de ce texte. Il en a déjà été question *supra*, dans la section 3. Elle devra faire l'objet d'un complément ainsi qu'il a déjà été dit.

[18]Le Groupe d'experts n'a pas discuté de l'article 24, paragraphe 5. Toutefois, un doute est apparu, à la relecture, sur la portée exacte de cette disposition.

[19]Ce texte se lit de la manière suivante: "[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.]"

Ce processus n'est pas nouveau dans la tradition de la CNUDCI. En effet, il a déjà été utilisé dans la Convention de 1995 sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. Mais, cette Convention ne comporte que deux dispositions de droit international privé, limitées dans leur champ d'application, au demeurant peu controversées, n'entraînant pas a priori de grands bouleversements dans le droit des États contractants.

En revanche, le chapitre VI du projet actuel de Convention se présente sous un jour tout différent. Tout d'abord, certains experts ont fait remarquer que les États non parties à la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles[20] ou à une autre convention[21] ressentent le besoin d'unifier leurs règles de conflit de lois en matière de cession de créances. Pour ces experts, la négociation de la Convention CNUDCI constitue une bonne occasion pour tenter de parvenir à un tel résultat.

C'est pourquoi le chapitre VI du projet a été inséré et se propose de réglementer non seulement le contrat de cession, mais aussi ses effets vis-à-vis des tiers et ses effets sur le transfert de propriété des créances concernées[22].

Le chapitre VI a d'abord pour ambition de prévoir des règles de conflit de lois pour le contrat de cession. Or, ce contrat, dans la relation entre cédant et cessionnaire, ne comporte aucune particularité de nature à justifier la présence d'une règle de conflit de lois dans une convention spéciale. Il est possible qu'un besoin se fasse sentir aujourd'hui au niveau mondial pour unifier les règles de conflit de lois en matière contractuelle. Mais, le cadre d'une convention spéciale ne peut donner lieu à une telle tentative.

Il en va de même pour la règle de conflit de lois s'appliquant à la créance cédée. Tout d'abord, dans le cadre même de ce qui est prévu pour la Convention, la créance cédée peut être de nature très différente (notamment, contractuelle ou délictuelle). Or, l'article 30 qui là encore se propose de prévoir une règle générale applicable aux créances contractuelles ne dit rien explicitement pour les autres créances, sauf une référence assez sibylline à une "décision ou un autre acte". En tout état de cause, les questions de loi applicable à la créance cédée ne sont pas spécifiques aux cessions de créances.

En conséquence de ce qui précède, certains experts ont exprimé l'idée selon laquelle le chapitre VI en son entier doit être supprimé du projet de Convention.

À la rigueur, on pourrait maintenir un texte inspiré de l'article 30, paragraphe 1, mais à condition qu'il soit rédigé à nouveau pour en ôter les références aux mécanismes propres aux dispositions matérielles de la Convention qui, par hypothèse pour les règles de conflit de lois générales, ne seraient pas applicables. Il a alors été proposé de calquer cette disposition sur l'article 12, paragraphe 2, de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui dispose:

> *"La loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur*[23]*, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur."*

En effet, le but de l'article 30 (dans une nouvelle rédaction à trouver) est de protéger le débiteur cédé. Ce but doit guider la rédaction de ce texte s'il était maintenu.

Quant à l'article 31[24], le choix de la loi du cédant qui peut bien fonctionner dans le cadre des règles matérielles de la Convention présente un danger réel lorsque la règle en est isolée. En effet, le débiteur cédé pourra être contraint de payer deux fois, une fois en vertu des dispositions de la loi de la créance cédée et une fois en vertu de la loi du cédant. Aucune garantie ne protège le débiteur cédé d'un vrai conflit entre ces deux lois lorsque la règle est appliquée indépendamment des règles matérielles de la Convention.

On peut noter, par ailleurs, que l'article 31 tel qu'il se présente aujourd'hui ne comporte aucune disposition sur un conflit entre cessionnaires subséquents.

Le groupe d'experts a noté qu'il est difficile de proposer une règle de conflit de lois "idéale" sur ce point. En effet, l'application de la loi de créance cédée, qui semble être le choix le plus logique et le plus approprié, présente une difficulté majeure lorsque la cession porte sur de multiples créances soumises à des lois différentes. La loi du contrat de cession, autre choix possible, remet en cause le principe de l'effet relatif des conventions, car elle fait dépendre les droits de tiers de l'accord de volonté des parties au contrat de cession. Enfin, la loi du cédant ne protège pas suffisamment le débiteur cédé, ainsi qu'il a été dit ci-dessus.

Sur les règles impératives et l'ordre public, on s'est posé la question de leur étendue exacte et de la nécessité de maintenir la référence aux questions traitées dans le présent chapitre. Les experts ont souligné qu'il convenait de ne pas étendre le champ d'application de ces dispositions au-delà des questions traitées dans le chapitre sur les conflits de lois.

Enfin, un problème de pure technique conventionnelle a été évoqué à la fin des débats. En effet, si la Convention contient une clause de "opt-in", ainsi que cela semble vouloir se dessiner, il conviendra de prévoir que lorsqu'un État a levé l'option les dispositions matérielles de la Convention priment sur les dispositions générales conflictuelles lorsque le critère d'application des dispositions matérielles est rempli.

---

[20] Il s'agit d'une Convention ouverte aux seuls États membres de l'Union européenne. Elle contient un article 12 spécifiquement consacré à la cession de créances et un article 13 prévoyant une disposition en matière de subrogation.

[21] On peut faire référence ici à la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, signée à Mexico le 17 mars 1994. Cette Convention n'est pas encore entrée en vigueur.

[22] L'une des questions posées est de savoir si ce chapitre doit être limité aux seules cessions de créances non couvertes par les règles matérielles de la Convention ou si elles doivent être d'application générale et couvrir des cessions de créances qui ne tombent pas dans le champ d'application de la Convention. Certains experts ont exprimé une nette préférence pour cette seconde branche de l'alternative. C'est cette prémisse qui est à la base des développements qui suivent.

[23] Il a été fait remarquer que l'expression "rapports entre cessionnaire et débiteur" est trop vague et qu'il serait préférable de détailler les questions qui peuvent se poser entre ces deux acteurs. C'est ainsi que l'article 30 dans sa rédaction actuelle précise une énumération: droit du cessionnaire de demander paiement; obligation du débiteur d'effectuer le paiement; exceptions que peut soulever le débiteur. Si, a priori, la liste peut paraître exhaustive, il ne semble pas de bonne méthode législative d'enfermer par avance une règle dans une liste fermée qui peut se révéler, à la longue, lacunaire.

[24] Ce texte propose des règles de conflit de lois pour les conflits de priorité, c'est-à-dire l'opposabilité de la cession aux tiers. Ce texte est novateur puisque la Convention de Rome ne prévoit rien à cet égard et que la jurisprudence des États contractants de cette Convention diffère sur la loi applicable dans ce cas. On peut signaler ici une décision de la Cour de cassation néerlandaise (*Hoge Raad*) du 16 mai 1997 (affaire *Brandsma c. Hansa Chemie Aktiengesellschaft*) selon laquelle la loi du contrat de cession désignée par l'article 12, paragraphe 1, de la Convention de Rome s'applique aussi aux effets de la cession à l'égard des tiers.

D. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-neuvième session: proposition des États-Unis d'Amérique: note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.100) [Original: anglais]

1. À sa vingt-huitième session, le Groupe de travail a, dans le cadre de son débat sur le projet d'article 18 relatif au paiement libératoire du débiteur, examiné la relation entre la notification et les instructions de paiement. Lors de cette session, on avait avancé qu'il faudrait établir une distinction nette entre la notification de la cession et les instructions de paiement (A/CN.9/447, par. 74). Cette opinion avait reçu un certain appui, mais le Groupe de travail avait adopté quant au fond les projets d'articles 16 et 18 sans établir cette distinction (A/CN.9/447, par. 75 à 78).

2. Après la vingt-huitième session du Groupe de travail, le secrétariat a reçu de la délégation des États-Unis d'Amérique une proposition de révision des projets d'articles 5, 16 et 18. Cette proposition a pour objet de donner au Groupe de travail la possibilité de réexaminer la décision prise à propos des projets d'articles 16 et 18. Le texte de ladite proposition est reproduit en annexe à la présente note, tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

ANNEXE

Paiement libératoire du débiteur
Révision proposée des articles 5, 16 et 18

Article 5. *Définitions et principes d'interprétation*

f) Le terme "notification de la cession" désigne un écrit envoyé par le cédant ou le cessionnaire indiquant qu'une cession a eu lieu, identifiant le cessionnaire et décrivant raisonnablement les créances cédées.

g) Le terme "instructions de paiement" désigne un écrit envoyé par le cédant ou le cessionnaire décrivant raisonnablement les créances sur lesquelles il porte et indiquant une adresse ou un compte auquel le paiement doit être effectué.

Article 16. *Notification au débiteur*

1. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, l'un d'entre eux ou bien les deux peuvent adresser au débiteur une notification de la cession et des instructions de paiement non contraires au paragraphe 2 de l'article 7.

2. La notification d'une cession ou des instructions de paiement adressées en contravention de toute convention visée au paragraphe 1 ci-dessus ne produisent pas leurs effets aux fins de l'article 18 en raison de ladite contravention, mais aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur les obligations ou responsabilités de la partie contrevenante en cas de préjudice découlant de ladite contravention.

Article 18. *Paiement libératoire du débiteur*

1. Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 à 4, le débiteur effectue un paiement libératoire s'il se conforme à des instructions de paiement

a) reçues du cédant soit i) avant que le débiteur n'ait reçu notification de la cession, soit ii) en même temps que la notification de la cession si ladite notification est adressée par le cédant;

b) reçues du cessionnaire, soit i) après que le débiteur a reçu notification de la cession, soit ii) en même temps que la notification de la cession si ladite notification est adressée par le cessionnaire de la même manière qu'il effectuerait un paiement libératoire en payant le même montant au cédant s'il n'y avait pas de cession.

2. Si le débiteur reçoit plus d'une notification portant sur la cession des mêmes créances par le même cédant, le terme "notification de la cession", tel qu'utilisé au paragraphe 1, désigne la première notification reçue.

3. Si le débiteur reçoit une notification de cession 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 peut effectuer un paiement libératoire au cédant. La cession est réputée prouvée de la manière appropriée, notamment par la présentation d'un écrit émanant du cédant et indiquant que la cession a eu lieu.

4. Le présent article n'a pas d'incidence sur la libération du débiteur par paiement à la personne habilitée à recevoir ce paiement, à une instance judiciaire ou autre compétente, ou à un fonds de dépôt public.

Remarques

1. Cette proposition a pour objet de donner effet à l'avis exprimé lors de la vingt-huitième session du Groupe de travail selon lequel il faudrait établir une distinction nette entre la notification de la cession et les instructions de paiement. Cette distinction est importante en raison de la grande diversité des opérations faisant intervenir des cessions de créance. Dans certains cas, aucune notification de la cession n'est donnée. Dans d'autres, la notification de la cession est donnée au débiteur, mais ce dernier ne reçoit pas d'instructions lui demandant de payer quelqu'un d'autre que le cédant; dans de tels cas, le débiteur peut recevoir ultérieurement des instructions lui demandant de payer le cessionnaire. Dans d'autres cas encore, le débiteur est avisé de la cession et reçoit simultanément pour instructions de payer le cessionnaire. Les articles 16 et 18 devraient énoncer des règles claires applicables à tous ces cas. Étant donné que le principe de la protection du débiteur imprègne l'ensemble du projet de Convention, les règles régissant le paiement libératoire du débiteur devraient tenir compte de la manière dont ce dernier interprétera probablement les communications qu'il recevra concernant la cession de la créance.

2. À cette fin, la proposition établit une distinction entre la "notification de la cession" et les "instructions de paiement" et définit ces deux termes à l'article 5. Le reste de la proposition suit la structure du document WP.96. L'article 16 énonce les règles régissant le droit qu'ont le cédant et le cessionnaire d'envoyer une notification de la cession ou des instructions de paiement, ainsi que les effets, entre ces parties, d'une contravention à toute convention relative à cette notification ou à ces instructions. L'article 18, par contre, énonce les règles permettant de déterminer les circonstances dans lesquelles le débiteur peut effectuer un paiement libératoire au cédant ou au cessionnaire.

3. L'article 18 part du principe que ce sont les instructions de paiement, plutôt que de la notification de la cession, qui entraînent une modification des mesures que pourra prendre le débiteur pour effectuer un paiement libératoire. Même si le débiteur a reçu notification de la cession, il est habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant, comme s'il n'y avait pas eu de cession, tant qu'il n'a pas reçu d'instructions de paiement de la partie appropriée. L'article 18 dispose que la partie habilitée à envoyer des instructions de paiement est le cédant, tant que le débiteur n'a pas reçu notification de la cession, et le cessionnaire par la suite; en outre, soit le cessionnaire, soit le cédant, peut envoyer des instructions de paiement en même temps que la notification de la cession.

E. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa trentième session (New York, 1er-12 mars 1999)

(A/CN.9/456) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

INTRODUCTION 1-16

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS 17-18

II. PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT 19-227

A. Intitulé du projet de convention 19

B. Préambule 20-21

C. Examen des projets d'articles 22-227

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION 22-52

Article premier. Champ d'application 22-37

Article 2. Cession de créances 38-43

Article 3. Internationalité 44-45

Article 4. Exclusions 46-52

CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES 53-85

Article 5. Définitions et principes d'interprétation 53-78

Article 6. Autonomie des parties 79-80

Article 7. Protection du débiteur 81

Article 8. Principes d'interprétation 82-85

CHAPITRE III. FORME ET EFFETS DE LA CESSION 86-126

Article 9. Forme de la cession 86-92

Article 10. Effets de la cession 93-97

Article 11. Moment du transfert des créances 98-103

Article 12. Limitations contractuelles de la cession 104-116

Article 13. Transfert de sûretés 117-126

CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS 127-227

Section I. Cédant et cessionnaire 127-167

Article 14. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire 127-128

Article 15. Garanties du cédant 129-130

Article 16. Droit de notification au débiteur 131-144

Article 17. Droit du cessionnaire à recevoir paiement 145-159

Article 17 *bis*. Droits concurrents sur le produit 160-167

		Paragraphes
	Section II. Débiteur	168-208
	Article 17 *ter*. Principe de la protection du débiteur	168-176
	Article 17 *quater*. Notification au débiteur	177-180
	Article 18. Paiement libératoire du débiteur	181-193
	Article 19. Exceptions et droit à compensation	194-199
	Article 20. Convention de non-recours aux exceptions et au droit à compensation	200-204
	Article 21. Modification du contrat initial	205-206
	Article 22. Restitution des paiements	207-208
	Section III. Autres parties	209-227
	Article 23. Droits concurrents de plusieurs cessionnaires	209-210
	Article 24. Droits concurrents du cessionnaire et des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité	211-222
	Parties multiples	223-227
III.	RAPPORT DU GROUPE DE RÉDACTION	228-229
IV.	TRAVAUX FUTURS	230-231
V.	RAPPORTS ENTRE LE PROJET DE CONVENTION ET LE PROJET DE CONVENTION D'UNIDROIT SUR LES INTÉRÊTS INTERNATIONAUX À L'ÉGARD DU MATÉRIEL MOBILE	232-239
		Page
Annexe		141

INTRODUCTION

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

2. C'est pour donner suite à des suggestions qui lui ont été faites notamment lors du Congrès de la CNUDCI intitulé "Le droit commercial uniforme au XXIe siècle" (tenu à New York à l'occasion de la vingt-cinquième session, 17-21 mai 1992) que la Commission a décidé d'entamer des travaux sur la cession de créances à des fins de financement. Il a aussi été suggéré, lors du Congrès, que la Commission reprenne ses travaux sur les sûretés en général qu'elle avait décidé, à sa treizième session (1980), de reporter à une date ultérieure[2].

3. De sa vingt-sixième à sa vingt-huitième session (1993 à 1995), la Commission a examiné trois rapports du secrétariat concernant 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 ayant pour objectif d'éliminer les obstacles au financement par cession de créances résultant d'incertitudes dans divers systèmes juridiques quant à la validité des cessions transfrontières (dans lesquelles le cédant, le cessionnaire et le débiteur ne se trouvent 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, 8-19 novembre 1995), le Groupe de travail a entamé ses délibérations par l'étude d'un certain nombre d'avant-projets de règles uniformes figurant dans le rapport du Secrétaire général intitulé "La cession dans le cadre du financement par cession de créances: examen et avant-projet de règles uniformes" (A/CN.9/412). À cette 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-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].

---

[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.

6. À ses vingt-cinquième et vingt-sixième sessions (New York, 8-19 juillet 1996 et Vienne, 11-22 novembre 1996), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux par l'examen de diverses versions du projet de règles uniformes figurant dans deux notes du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.87 et A/CN.9/WG.II/WP.89). À ces mêmes sessions, le Groupe a pris pour hypothèse de travail que le texte en cours d'élaboration prendrait la forme d'une convention (A/CN.9/432, par. 28) et comporterait des dispositions relatives au droit international privé (A/CN.9/434, par. 262).

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 des tiers, tels que 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 ses vingt-septième et vingt-huitième sessions (Vienne, 20-31 octobre 1997 et New York, 2-13 mars 1998), le Groupe de travail a examiné deux notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.93 et A/CN.9/WG.II/WP.96). À sa vingt-huitième session, il a adopté les projets d'articles 14 à 16 (cédant et cessionnaire) et 18 à 22 (débiteur et autres tiers) quant au fond et a prié le secrétariat de revoir le projet d'article 17 (A/CN.9/447, par. 161 à 164 et 68, respectivement).

9. À sa trente et unième session (1998), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ses vingt-septième et vingt-huitième sessions (A/CN.9/445 et A/CN.9/447). Elle s'est déclarée satisfaite du travail effectué et a prié le Groupe de travail de poursuivre avec diligence ses travaux de manière à les achever en 1999 et à lui soumettre le projet de Convention pour adoption à sa trente-troisième session (2000)[7].

10. À sa vingt-neuvième session (Vienne, 5-16 octobre 1998), le Groupe de travail a examiné deux notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.96 et A/CN.9/WG.II/WP.98), ainsi qu'une note renfermant le rapport d'un groupe d'experts préparé par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (A/CN.9/WG.II/WP.99). À cette session, le Groupe de travail a adopté, quant au fond, le préambule et les paragraphes 1 et 2 du projet d'article premier (champ d'application), les alinéas *g* à *j* du projet d'article 5 (définitions), le paragraphe 5 *bis* du projet d'article 18 (paiement libératoire du débiteur) et les projets d'articles 23 à 33 (priorité et questions de droit international privé) et 41 à 50 (clauses finales; A/CN.9/455, par. 17).

11. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu la présente session à New York du 1er au 12 mars 1999. Ont assisté à la session les représentants des États membres suivants: Algérie, Allemagne, Argentine, Autriche, Botswana, Burkina Faso, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Honduras, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Mexique, Nigéria, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan et Thaïlande.

12. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Arabie saoudite, Bélarus, Bolivie, Canada, Croatie, Équateur, Gabon, Indonésie, Iraq, Irlande, Koweït, Lesotho, Pakistan, Pays-Bas, Pologne, République de Corée, République tchèque, Sénégal, Suède, Suisse, Turquie et Venezuela.

13. Étaient également représentées par des observateurs les organisations internationales suivantes: Association du barreau de la ville de New York (ACBNY), Association internationale du barreau (AIB), Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Commercial Finance Association (CFA), Factors Chain International (FCI), Fédération bancaire de l'Union européenne, Fédération européenne des associations de sociétés d'affacturage (EUROPAFACTORING), Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et Union internationale des avocats (UIA).

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

Président: M. David Morán Bovio (Espagne)

Rapporteur: M. Aly Gamaledin Awad (Égypte)

15. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.101), une note du secrétariat intitulée "Articles révisés du projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement" (A/CN.9/WG.II/WP.96), une autre note du secrétariat intitulée "Articles révisés du projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement" (A/CN.9/WG.II/WP.98), une proposition des États-Unis d'Amérique intitulée "Paiement libératoire du débiteur: révision proposée des articles 5, 16 et 18" (A/CN.9/WG.II/WP.100) et une autre note du secrétariat intitulée "Articles révisés du projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement: remarques et suggestions" (A/CN.9/WG.II/WP.102).

16. 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.

---

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

[6]Ibid., par. 256.

[7]Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 230.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

17. Le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 1 à 24, tels qu'ils figuraient dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.96, A/CN.9/WG.II/WP.98, A/CN.9/WG.II/WP.100 et A/CN.9/WG.II/WP.102.

18. Il est rendu compte des délibérations et conclusions du Groupe de travail, y compris de l'examen qu'il a consacré aux diverses dispositions du projet, dans les sections III à V ci-après. Le Groupe de travail a adopté l'intitulé, le préambule, les projets d'articles 1er à 24 et, à l'exception des projets d'articles 23 et 24, les a renvoyés à un groupe de travail constitué par le secrétariat pour en uniformiser les différentes versions linguistiques.

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

A. Intitulé du projet de convention

19. Le Groupe de travail a décidé d'attendre pour examiner l'intitulé du projet de convention d'avoir achevé l'examen du chapitre premier et du projet d'article 5 (voir par. 60 à 65 ci-après).

B. Préambule

20. Le texte du préambule que le Groupe de travail a examiné était le suivant:

"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 à la teneur et au choix du régime juridique applicable aux cessions dans le commerce international constituent un obstacle aux opérations de financement,

Désireux d'énoncer des principes et d'adopter des règles relatifs à la cession de créances qui garantiraient la prévisibilité et la transparence et favoriseraient la modernisation de la législation relative au financement par cession de créances, tout en préservant les pratiques de financement actuelles et en facilitant le développement de nouvelles pratiques,

Souhaitant par ailleurs dûment protéger les intérêts du débiteur en cas de cession de créances,

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,

Sont convenus de ce qui suit:"

21. On a noté qu'afin que le préambule reflète de façon plus équilibrée les principaux objectifs du projet de convention le principe de la protection du débiteur, qui était préalablement exposé dans le projet d'article 7, avait été inséré dans le préambule (et dans le nouvel article 17 *ter*; voir par. 81 et 168 à 176 ci-après). Le Groupe de travail a adopté le préambule avec cette modification et l'a renvoyé au groupe de rédaction. (Lorsqu'il a examiné le projet d'article 5 *d*, le Groupe de travail a rouvert le débat sur le préambule; voir par. 60 à 65 ci-après.)

C. Examen des projets d'articles

Chapitre premier. Champ d'application

Article premier. *Champ d'application*

22. Le texte de l'article premier que le Groupe de travail a examiné était le suivant:

"1. La présente Convention s'applique:

a) 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;

b) Aux cessions de créances effectuées par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire à des cessionnaires subséquents ("cessions subséquentes"), à condition que toute cession antérieure soit régie par la présente Convention; et

c) Aux cessions subséquentes qui sont régies par la présente Convention en vertu de l'alinéa *a* du présent paragraphe, même si une cession antérieure n'est pas régie par la présente Convention.

2. La présente Convention s'applique aux cessions subséquentes comme si le cessionnaire subséquent qui exerce son droit de cession était le cédant initial et comme si le cessionnaire subséquent au bénéfice duquel est effectuée la cession était le cessionnaire initial.

3. La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et les obligations du débiteur, à moins que ce dernier ne soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant la créance soit la loi d'un État contractant.

[4. 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 3 du présent article] [indépendamment des dispositions du présent chapitre]. Toutefois, les dispositions des articles 29 à 31 ne s'appliquent pas si un État fait une déclaration au titre de l'article 42 *bis*.]

5. Le chapitre VII s'applique dans un État contractant qui a fait une déclaration au titre de l'article 43.

[6. [En cas de cession de plus d'une créance par plus d'un cédant, la présente Convention s'applique si tout cédant est situé dans un État contractant.] En cas de cession de plus d'une créance par plus d'un débiteur, la présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et les obligations d'un débiteur, à moins que ce dernier ne soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant la créance due par lui soit la loi d'un État contractant.]

7. La présente Convention s'applique aux autres pratiques énumérées dans une déclaration faite par un État au titre du projet d'article 42 *ter*.]"

Paragraphes 1 à 3

23. On a noté qu'à sa précédente session le Groupe de travail avait déjà adopté les paragraphes 1 à 3 quant au fond (A/CN.9/455, par. 169 et 172). On a également noté que la teneur du projet d'article 25, qui traitait du champ d'application du projet de convention en ce qui concerne les cessions subséquentes, avait été incorporée dans le projet d'article premier sous une forme légèrement modifiée (c'est-à-dire que le cessionnaire subséquent qui, à son tour, cédait les créances qui lui avaient été cédées était considéré comme le cédant initial, et le cessionnaire subséquent qui recevait ces créances était considéré comme le cessionnaire initial).

24. Le Groupe de travail dans son ensemble était favorable aux paragraphes 1 à 3 sur le fond, mais plusieurs suggestions ont été faites concernant l'emplacement du texte du paragraphe 2. Selon l'une de ces suggestions, celui-ci devrait être inséré dans le projet d'article 5, puisqu'il contenait une règle d'interprétation. Selon une autre suggestion, il convenait de le maintenir au chapitre premier (soit dans le projet d'article premier, soit dans le projet d'article 2) puisqu'il portait sur le champ d'application du projet de convention. Le Groupe de travail a adopté les paragraphes 1 à 3 qu'il a renvoyés au groupe de rédaction pour que celui-ci revoie leur formulation ainsi que la question de l'emplacement du paragraphe 2. (Lorsqu'il a examiné le projet d'article 5-1, le Groupe de travail est revenu sur la référence au "moment de la cession" figurant au paragraphe 1; voir par. 76 à 78.)

Paragraphe 4

25. On a noté que le paragraphe 4 traitait de la question du champ d'application ou de l'objet des règles de droit international privé énoncées dans le projet de convention (chap. VI). On a noté par ailleurs que, si le premier membre de phrase entre crochets était supprimé, les règles de droit international privé énoncées dans le projet de convention s'appliqueraient, que le cédant ou le débiteur soient ou non situés dans un État contractant, ou que la loi régissant la créance soit ou non la loi d'un État contractant. En outre, si ce membre de phrase était supprimé et le second membre de phrase entre crochets était maintenu, les règles de droit international privé énoncées dans le projet de convention s'appliqueraient indépendamment des autres dispositions concernant le champ d'application figurant dans le chapitre premier, et en particulier indépendamment de la définition de l'internationalité exposée dans le projet d'article 3. On a également noté que le Groupe de travail devrait trancher un certain nombre de questions. Il devrait décider notamment si le paragraphe 4 devait être déplacé au chapitre VI; si les États devaient être autorisés à n'adopter que le chapitre VI; et, enfin, s'il était nécessaire d'insérer un libellé supplémentaire garantissant qu'un État contractant appliquerait les dispositions de droit matériel avant d'appliquer les règles de conflit de lois du projet de convention.

26. On a noté qu'à sa précédente session le Groupe de travail avait décidé d'inclure au chapitre VI une clause de renonciation (A/CN.9/455, par. 72) qui permettrait aux États d'émettre une réserve concernant l'application de ce chapitre. On a toutefois émis l'avis que le chapitre VI devrait être supprimé ou, qu'au moins, il devrait comporter non pas une clause de renonciation, mais une clause d'option positive. Ce point de vue a bénéficié d'un certain appui, mais la majorité a estimé que le chapitre VI devait être maintenu dans le projet de convention, avec une clause de renonciation, et que le Groupe de travail devrait revenir sur cette question une fois qu'il aurait examiné le fond du chapitre VI.

Paragraphe 5

27. On a noté que le chapitre VII avait été déplacé à l'annexe du projet de convention. Le Groupe de travail dans son ensemble a estimé que celle-ci devait comporter une clause d'option positive. Il a adopté le paragraphe 5, étant entendu que la référence au chapitre VII serait remplacée par une référence à l'annexe.

Paragraphe 6

28. On a noté que plusieurs dispositions du projet de convention [projet d'articles 1-6, 3-2 et 3-3 et 5 *k*] envisageaient le cas d'une multiplicité de parties. Ce cas correspondant à des pratiques bien précises, le Groupe de travail a décidé d'attendre pour examiner ces dispositions d'avoir achevé l'examen du projet de convention, de façon à pouvoir procéder à des consultations concernant les pratiques faisant intervenir de multiples parties (voir par. 45 et 223 à 227).

Paragraphe 7

29. Le Groupe de travail a décidé d'attendre pour examiner le paragraphe 7 d'avoir examiné le projet d'article 2 (voir par. 43).

Champ d'application territorial et internationalité ("situation géographique")

30. Avant de clore son débat sur le projet d'article premier, le Groupe de travail a examiné la signification du terme "situé" aux fins de la détermination du champ d'application territorial du projet de convention et de celle de l'internationalité d'une cession ou d'une créance. On a noté que le projet d'article 5 *k*, qui avait été établi par le secrétariat en fonction des débats du Groupe de travail à la précédente session (A/CN.9/455, par. 163 à 169), définissait ce terme aux fins des projets d'articles 1er et 3 par référence à l'établissement ayant la relation la plus étroite avec le contrat pertinent et disposait qu'en l'absence de preuve contraire cet établissement était le lieu où une personne morale avait son administration centrale. On a également noté qu'étant donné que le projet d'article 5 *j* définissait ce même terme aux fins des articles 23 et 24 par référence au lieu d'incorporation le Groupe de travail devrait déterminer s'il ne serait pas préférable d'avoir une seule et même définition aux fins du projet de convention dans son ensemble.

31. Les opinions ont été partagées sur ce point. Selon l'une d'entre elles, la "situation géographique" d'une per-

sonne morale devrait être définie par référence à son lieu d'incorporation. À l'appui de ce point de vue, on a fait valoir qu'une telle approche ferait référence à une seule juridiction, facilement déterminable. Elle lèverait toute ambiguïté quant à l'applicabilité du projet de convention, ce qui pourrait avoir un impact bénéfique sur l'offre et le coût du crédit. En outre, si la "situation" d'une personne morale était définie par référence à la relation la plus étroite entre une opération et un lieu donné, il serait très difficile, en particulier pour les tiers, de déterminer dans chaque cas quel était l'établissement pertinent. Une telle approche aurait un impact négatif sur l'offre et le coût du crédit.

32. On a de plus fait observer que, pour éviter les incohérences, le Groupe de travail devrait définir la "situation géographique" aux fins de l'ensemble du projet de convention de la même façon qu'il l'avait définie aux fins des projets d'articles 23 et 24 (soit par référence au lieu d'incorporation). On a aussi fait valoir que dans le cas de diverses opérations portant sur des services — opérations dans lesquelles les services étaient fournis par diverses succursales d'une société — il serait difficile et inutile de se référer à l'établissement de ces succursales. Dans un tel cas, il serait plus facile et plus pratique de se référer au lieu d'incorporation de la société mère. La référence à l'établissement ayant la relation la plus étroite avec la cession risquait d'aboutir à des incohérences (par exemple, diverses cessions des mêmes créances par le cédant risquaient de relever de régimes juridiques différents, du simple fait qu'elles entretiendraient une relation plus étroite avec des juridictions différentes).

33. Selon une autre opinion, il fallait définir la "situation géographique" par référence à l'établissement ayant la relation la plus étroite avec le contrat pertinent. À l'appui de ce point de vue, on a fait valoir qu'une telle approche offrirait suffisamment de sécurité juridique puisque le terme "établissement" renvoyait à une notion bien connue, était utilisé dans de nombreuses lois uniformes et avait été suffisamment explicité par la jurisprudence. On a en outre fait valoir qu'une telle approche aurait le mérite de la souplesse, puisqu'elle aboutirait à la prise en compte, dans chaque cas, de l'établissement pertinent, c'est-à-dire l'établissement qui aurait la relation la plus étroite avec l'opération considérée (la cession pour le cédant et le cessionnaire, et le contrat initial pour le débiteur).

34. Si une définition de la "situation" par référence au lieu d'incorporation avait été jugée acceptable aux fins des projets d'articles 23 et 24, elle ne conviendrait pas aux fins des dispositions concernant le champ d'application territorial, car le lieu d'incorporation pouvait être fictif, et en le retenant comme critère dans ce contexte on courrait le risque que le projet de convention soit appliqué à des opérations qui n'avaient rien d'international. On a fait observer à cet égard que si le lieu d'incorporation pouvait être retenu afin de protéger les droits des tiers il n'en allait pas de même en ce qui concerne la protection du débiteur, car la société/succursale débitrice risquait alors de se retrouver soumise à la loi d'une juridiction fictive, ce qui compromettrait la protection du débiteur, alors que celle-ci était l'un des principaux objectifs du projet de convention. On a en outre fait valoir que si l'on retenait comme critère le lieu d'incorporation on prenait le risque que le projet de convention ne s'applique pas à une opération qui était pourtant de toute évidence internationale. On a aussi fait observer que l'emploi du terme "lieu d'incorporation" risquait d'aller à l'encontre du but recherché, à savoir la sécurité juridique, puisque ce terme n'était pas compris partout de la même façon et que le lieu d'incorporation ne pouvait pas être immédiatement connu des tiers, contrairement à l'établissement qui apparaissait normalement sur l'en-tête d'une société. On pourrait de plus, en retenant ce critère, aboutir involontairement à la non-application du projet de convention lorsqu'une société, qui avait son établissement effectif dans un ou plusieurs endroits, était incorporée dans un paradis fiscal, qui ne serait évidemment pas un État contractant. Faire référence au lieu d'incorporation, c'est-à-dire à la nationalité de la société, irait également à l'encontre, a-t-il été déclaré, de l'approche habituelle qui consistait à privilégier la résidence, et non la nationalité, des personnes aux fins de la détermination de leur "situation géographique".

35. Un certain nombre de suggestions ont été faites en vue de rapprocher les points de vue divergents susmentionnés, notamment: adopter comme critère la direction générale; le centre organique; le lieu d'enregistrement (du moins pour ce qui est du cédant et du cessionnaire, mais non pas nécessairement du débiteur, compte tenu du problème mentionné au paragraphe 33); l'établissement, ce terme devant être entendu, sauf preuve contraire, comme étant le lieu de l'administration centrale ou le lieu d'incorporation; ou le lieu où la créance a pris naissance (par exemple, dans le cas de marchandises, le lieu d'où les marchandises ont été expédiées ou celui où la facture a été adressée). À propos de cette dernière suggestion, on a déclaré que si le champ d'application territoriale du projet de convention pouvait être déterminé sur la base du lieu où la créance avait pris naissance, l'internationalité pouvait être définie par référence au lieu d'enregistrement, à l'établissement, à l'emplacement de la direction générale ou à la résidence habituelle, dans le cas des particuliers.

36. Ces suggestions ont suscité un certain intérêt, mais le Groupe de travail n'est pas parvenu à se mettre d'accord sur la définition de la "situation géographique". S'agissant de la direction générale, du centre organique ou du lieu d'enregistrement, on a objecté qu'une référence à l'un ou l'autre de ces lieux aurait pour effet malencontreux de soumettre les opérations des succursales d'une société à la loi du pays où était situé le siège. On a en outre fait observer que l'emploi des termes "centre organique" et "lieu d'enregistrement" introduirait un élément d'incertitude quant à l'applicabilité du projet de convention, car ils n'avaient pas partout la même acception. Quant à la solution qui consisterait à retenir comme critère l'établissement, entendu comme le lieu de l'administration centrale ou le lieu d'incorporation, on a objecté qu'elle n'aboutirait pas à un degré de sécurité juridique suffisant du point de vue de l'applicabilité du projet de convention ni, surtout, du point de vue des droits des tiers.

37. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de laisser les alinéas *j* et *k* entre crochets, étant entendu qu'il reviendrait sur la question à sa session suivante lorsqu'il examinerait l'ensemble des dispositions du projet de convention

dans lesquelles il était fait référence à la situation géographique d'une personne [c'est-à-dire les projets d'articles 1, 3, 9, 17 *bis*, 19-2, 20-1, 22 à 24, 29 à 33 et 46-3].

Article 2. *Cession de créances*

38. Le texte du projet d'article 2 que le Groupe de travail a examiné était le suivant:

> "Aux fins de la présente Convention, le terme "cession" désigne le transfert par convention d'une personne ("cédant") à une autre personne ("cessionnaire") du droit contractuel du cédant au paiement d'une somme d'argent ("créance") due par une troisième personne ("débiteur"), y compris la création de droits sur des créances à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation."

39. On a noté que le projet de convention était axé sur la cession en tant que transfert de droits de propriété sur des créances et qu'il n'était censé s'appliquer aux accords de cession que dans les cas où il le prévoyait expressément (par exemple, projets d'articles 14 à 17). On a en outre noté qu'étant donné que le projet de convention ne traitait du contrat de financement ou de l'accord de cession que dans des cas exceptionnels on pouvait supprimer la référence, qui figurait dans une version antérieure de la définition de la "cession" (A/CN.9/WG.II/WP.96, projet d'article 2), à la "contrepartie, [au] crédit ou [aux] services connexes" en échange desquels s'effectuait le transfert. De plus, on a noté que puisqu'il était fréquent que tous les droits découlant d'un contrat soient cédés on risquait, si l'on limitait le champ d'application du projet de convention à la cession de droits au paiement, d'aboutir à ce que différentes parties de la même opération relèvent de régimes juridiques différents. On a également noté que ce problème ne se poserait pas dans le cas des cessions de contrats (qui impliquaient la cession de droits et la délégation d'obligations), car ces cessions n'intervenaient que dans le cadre d'opérations exceptionnelles qui pouvaient être exclues du champ d'application du projet de convention.

40. Les membres du Groupe de travail étaient dans l'ensemble d'accord sur le fond du projet d'article 2. Pour la majorité d'entre eux, le projet de convention devait porter sur les cessions pures et simples et sur les cessions à titre de garantie, ainsi que sur les opérations similaires impliquant le transfert de créances ou la création de sûretés sur des créances (par exemple, la subrogation contractuelle et le nantissement de créances). À l'appui de cette approche, on a fait valoir en particulier que, dans certains systèmes juridiques, d'importantes opérations de financement, telles que l'affacturage, impliquaient une subrogation contractuelle ou un nantissement plutôt qu'une cession de créances proprement dite. À cet égard, on a rappelé qu'on avait supprimé une référence expresse à de telles opérations apparentées à la cession de créances, qui figurait dans une version antérieure du projet d'article 2 (A/CN.9/WG.II/WP.93), afin de ne pas courir le risque, en dressant une liste de ces pratiques, d'exclure, sans le vouloir, certaines d'entre elles (A/CN.9/445, par. 151). Il a été convenu qu'on pourrait donner des explications dans le commentaire pour éviter toute ambiguïté sur cette question. Il a aussi été convenu que le commentaire pourrait préciser que le projet de convention ne visait pas à créer un nouveau type de cession de créances, mais à offrir des règles uniformes sur les pratiques dans ce domaine et dans des domaines connexes que reconnaissaient actuellement divers droits nationaux.

41. S'agissant du libellé du projet d'article 2, on a suggéré de remplacer les mots "y compris" par le mot "ou", car, dans certains systèmes juridiques, la création d'une sûreté sur des créances ne constituait pas un transfert. À cet égard, on a rappelé que la référence à la création de sûretés sur des créances avait été insérée dans le projet d'article 2 parce que le Groupe de travail avait décidé que la simple création d'une sûreté, même si elle n'impliquait aucun transfert, devait être englobée dans le champ d'application du projet de convention (A/CN.9/445, par. 152)

42. En ce qui concerne les créances naissant par l'effet de la loi (par exemple, créances extracontractuelles ou créances fiscales,), il a été convenu, même si certains membres auraient souhaité qu'il en soit autrement, qu'il n'était pas nécessaire d'inclure leur cession dans le champ d'application du projet de convention dans la mesure où de telles créances étaient rarement cédées à des fins de financement.

43. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 2 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Compte tenu de sa décision de ne retenir que la cession des créances contractuelles, il a décidé de supprimer le paragraphe 7 du projet d'article premier qui était destiné aux États qui auraient souhaité appliquer le projet de convention à la cession de créances naissant par l'effet de la loi (voir par. 29).

Article 3. *Internationalité*

44. Le texte du projet d'article 3 que le Groupe de travail a examiné était le suivant:

> "[1.] 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.
>
> [2. [En cas de cession de plus d'une créance par plus d'un cédant, la cession est internationale si tout cédant et le cessionnaire sont situés dans des États différents. En cas de cession de plus d'une créance à plus d'un cessionnaire, la cession est internationale si le cédant et tout cessionnaire sont situés dans des États différents.
>
> 3. En cas de cession de plus d'une créance due à plus d'un créancier, la créance est internationale si tout cédant et le débiteur sont situés dans des États différents.] En cas de cession de plus d'une créance due par plus d'un débiteur, seule est internationale la créance pour laquelle le cédant et le débiteur sont situés dans des États différents.]"

45. Le Groupe de travail dans son ensemble a jugé le paragraphe 1 acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Pour ce qui est des paragraphes 2 et 3, il a décidé d'attendre, pour prendre une décision définitive, d'avoir achevé l'examen du projet de convention,

afin de permettre des consultations concernant les pratiques de financement faisant intervenir plusieurs parties (voir par. 28 et 223 à 227).

Article 4. *Exclusions*

46. Le texte du projet d'article 4 que le Groupe de travail a examiné était le suivant:

"[1.] 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 et remise, ou uniquement par 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.

[2. La présente Convention ne s'applique pas aux cessions énumérées par un État dans une déclaration faite au titre du projet d'article 42 *quater*.]"

Paragraphe 1

47. Le paragraphe 1 a été jugé acceptable dans l'ensemble quant au fond. S'agissant de l'alinéa *a*, on a toutefois exprimé la crainte que la référence aux cessions effectuées "à des fins personnelles, familiales ou domestiques" n'introduise un élément d'incertitude dans la mesure où il ne serait peut-être pas toujours facile de déterminer à quelles fins une cession donnée avait été effectuée. Pour résoudre ce problème, il a été convenu qu'on préciserait dans le commentaire, éventuellement en prenant des exemples inspirés de la jurisprudence à laquelle avait donné lieu l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après appelée "la Convention sur les ventes"), les types de cession qui étaient visés par la référence à des "fins personnelles, familiales ou domestiques". À propos de l'alinéa *b*, on a émis l'avis qu'il faudrait sans doute le remanier de façon à faire apparaître clairement que l'endossement n'était pas nécessaire dans tous les cas (par exemple, dans celui des effets de commerce payables au porteur). S'agissant de l'alinéa *c*, il a été convenu qu'il serait utile de préciser dans le commentaire que la cession de l'ancien au nouveau propriétaire était exclue, mais non pas la cession du nouveau propriétaire à une institution finançant la vente.

48. Afin d'éviter de semer le trouble dans des pratiques solidement établies et suffisamment bien réglementées, le Groupe de travail a examiné diverses suggestions concernant l'exclusion d'autres pratiques du champ d'application du projet de convention. L'une de ces suggestions était d'exclure les opérations des organismes de compensation qui règlent les paiements entre banques. On a donné l'exemple des valeurs mobilières dématérialisées dont le transfert devrait continuer d'être régi par les règles applicables aux organismes de compensation. On a également suggéré d'exclure du champ d'application du projet de convention les systèmes de compensation, qui pouvaient jouer un rôle important dans les opérations portant sur des produits dérivés. On a en outre suggéré d'exclure les opérations de réméré impliquant la vente et le rachat de sûretés. On a aussi suggéré d'exclure les accords de swap (qui impliquaient l'engagement d'accepter un risque, un privilège flottant par exemple, et dans lesquels toute partie pouvait être créancier ou débiteur). On a expliqué que les opérations dans lesquelles intervenaient des organismes de compensation, les arrangements de compensation et les accords de réméré ou de swap comportaient en général une clause de non-cession ou subordonnaient la cession à l'acceptation du débiteur, et qu'ils seraient donc en contradiction avec le projet d'article 12. Enfin, on a suggéré d'exclure le crédit-bail immobilier qui était normalement soumis à la publicité foncière et qui était souvent régi par la loi du pays dans lequel les biens immobiliers étaient situés (c'est-à-dire la *lex situs*).

49. Tout en reconnaissant qu'il importait de ne pas entraver le déroulement normal de ces opérations, les membres du Groupe de travail ont estimé, dans leur majorité, qu'ils devraient examiner la question plus avant, éventuellement après avoir procédé à de plus amples consultations avec la branche d'activité et les praticiens concernés en vue de déterminer si les opérations en question (ou d'autres) devraient être purement et simplement exclues du champ d'application du projet de convention (au paragraphe 1 ou au paragraphe 2 du projet d'article 4), ou si elles devraient être uniquement exclues du champ d'application du projet d'article 12.

Paragraphe 2

50. On a noté que le paragraphe 2 avait pour but d'autoriser les États à exclure des types de cessions autres que ceux énumérés dans le paragraphe 1. On a fait observer que cette approche risquait de ne pas être la plus favorable à l'unification du droit, et ce, pour deux raisons: le champ d'application du projet de convention risquait de différer d'un État à l'autre; et si les déclarations faites par les États étaient ambiguës, la prévisibilité concernant l'application du projet de convention s'en trouverait réduite. D'un autre côté, cette approche pourrait avoir le mérite de rendre le projet de convention plus facilement acceptable par les États.

51. On a fait observer que, sous sa forme actuelle, le paragraphe 2 ne précisait pas quel État devrait faire une déclaration afin que le projet de convention ne s'applique pas aux types de cession supplémentaires énumérés dans la déclaration. De façon à résoudre ce problème, on a suggéré d'ajouter au paragraphe 2 une référence à l'État dans lequel était situé le cédant, puisque le critère pour déterminer le champ d'application territorial du projet de convention était la situation géographique du cédant. On a en outre fait observer qu'il faudrait, pour la même raison, faire référence, aux fins des dispositions du projet de convention qui traitaient des droits et obligations du débiteur, à l'État dans lequel celui-ci était situé.

52. Le Groupe de travail a chargé le groupe de rédaction de régler cette question et a décidé de maintenir le paragraphe 2 entre crochets et d'attendre pour prendre une décision définitive sur ce paragraphe d'avoir achevé l'examen du paragraphe 1.

Chapitre II. Dispositions générales

Article 5. *Définitions et principes d'interprétation*

53. Le texte du projet d'article 5 que le Groupe de travail a examiné était le suivant:

"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 de la 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 de 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 par écrit qui identifie raisonnablement les créances cédées, le cessionnaire et la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle, ou l'adresse à laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement;

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 ou d'une autre autorité compétente 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) Aux fins des articles 23 et 24, un particulier est situé dans l'État où il a sa résidence habituelle; une société est située dans l'État où elle est incorporée; une personne morale autre qu'une société est située dans l'État où ont été effectuées les formalités de sa constitution et, à défaut, dans l'État où elle a sa direction générale;

[k) Aux fins des articles 1er et 3:

i) Le cédant est situé dans l'État où il a l'établissement ayant la relation la plus étroite avec la cession;

ii) Le cessionnaire est situé dans l'État où il a l'établissement ayant la relation la plus étroite avec la cession;

iii) Le débiteur est situé dans l'État où il a l'établissement ayant la relation la plus étroite avec le contrat initial;

iv) En l'absence de preuve contraire, le lieu de l'administration centrale d'une partie est supposé être l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat pertinent. Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu;

v) Les cédants ou cessionnaires multiples sont situés là où est situé leur agent ou leur mandataire;

l) Le terme "moment de la cession" désigne le moment spécifié dans une convention entre le cédant et le cessionnaire et, en l'absence d'une telle convention, le moment où le contrat de cession est conclu.]"

Alinéa a

54. Le Groupe de travail dans son ensemble a jugé l'alinéa *a* satisfaisant sur le fond. Ayant antérieurement décidé de restreindre le champ d'application du projet de convention aux cessions de créances contractuelles (voir par. 42), il est convenu de supprimer les mots "s'il y en a un", ainsi que le membre de phrase figurant entre crochets à la fin du paragraphe puisque ce membre de phrase visait les créances extracontractuelles. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa *a* sous réserve de cette modification et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéa b

55. On a émis l'avis que, même si le champ d'application du projet de convention était limité aux cessions de créances contractuelles, la référence dans l'alinéa *b* à la décision d'une instance judiciaire ou non judiciaire (par exemple, arbitrale ou administrative) devrait être maintenue au cas où surgirait un différend concernant une créance contractuelle. Vu la décision qu'il venait de prendre au sujet de l'alinéa *a*, le Groupe de travail, par souci de cohérence, a néanmoins adopté l'alinéa *b* sans le membre de phrase figurant entre crochets et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéa c

56. On a émis l'avis que la définition du terme "créance future" devrait préciser que c'était la conclusion d'un contrat de cession qui faisait naître une créance, et non pas le simple fait de céder une créance donnée. Sous réserve d'une modification dans ce sens, le Groupe de travail a adopté l'alinéa *c* quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéa d

57. On a rappelé que, lorsqu'il avait été décidé d'inclure la définition du terme "financement par cession de créances" dans le projet d'article 5, ce terme était utilisé dans le projet d'article premier pour circonscrire le champ d'application du projet de convention. Le terme n'étant plus utilisé que dans l'intitulé du projet de convention, dans le préambule et dans le projet d'article 14-3, on s'est demandé s'il était toujours nécessaire de le définir.

58. Le Groupe de travail dans son ensemble a estimé que si le terme “financement par cession de créances” devait être maintenu dans l’intitulé du projet de convention il fallait qu’il apparaisse soit dans les définitions, soit dans le préambule ou dans le commentaire. Diverses opinions ont été exprimées au sujet de la façon dont la notion de “financement par cession de créances” devait être traitée, et où. Selon une opinion, si ce terme apparaissait dans l’intitulé, il devait être défini dans le projet de convention. Selon une autre opinion, une définition, même si elle n’était pas strictement nécessaire, pourrait être instructive. On a toutefois exprimé la crainte que, s’il était maintenu dans les définitions, ce terme ne puisse être utilisé pour interpréter le champ d’application du projet de convention de façon trop restrictive, c’est-à-dire comme le limitant aux cessions de créances effectuées à des fins de financement. On a aussi fait observer, au sujet de la formulation de la définition du “financement par cession de créances”, que la définition actuelle était incomplète et que, de ce fait, des pratiques existant déjà ou qui apparaîtraient à l’avenir risquaient de se trouver exclues du champ d’application du projet de convention. On a donc émis l’avis que si une définition de ce terme devait être maintenue il faudrait réviser le texte actuel afin d’éviter qu’il ne produise l’effet susmentionné; on a suggéré à cette fin de modifier le début de la deuxième phrase de l’alinéa *d* comme suit: “ce terme inclut, mais sans s’y limiter, ...”.

59. Selon un autre avis, au lieu d’insérer et de définir le terme “financement par cession de créances” dans le texte même du projet de convention, on pourrait traiter de la question dans le commentaire. On a, toutefois, objecté que, le commentaire n’ayant pas le même statut que le texte de la Convention lui-même, une référence à ce terme dans le commentaire pourrait passer inaperçue et aurait une valeur bien moindre.

60. Selon un autre avis encore, il faudrait incorporer la définition du “financement par cession de créances” dans le préambule. L’opinion générale a néanmoins été que le maintien de la référence à ce terme à la fois dans l’intitulé et dans le préambule, sans qu’il apparaisse dans le projet d’article premier, risquait de créer un élément d’incertitude quant au champ d’application du projet de convention. On a déclaré craindre que le défaut de concordance entre l’intitulé et le préambule, d’une part, et le projet d’article premier, d’autre part, ne soit encore plus accusé si la définition du “financement par cession de créances” devait également être insérée dans le préambule, ou maintenue dans les définitions.

61. Afin de résoudre ce problème, on a suggéré de réviser l’intitulé et le préambule. Pour ce qui est de l’intitulé, on a proposé la formule “Projet de convention sur la cession de créances” ou “Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international”. S’agissant du préambule, on a suggéré de le réviser comme suit:

“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 les problèmes créés par les incertitudes quant à la teneur et au choix du régime juridique applicable à la cession de créances dans le commerce international,

Désireux d’énoncer des principes et d’adopter des règles relatifs à la cession de créances qui garantissent la prévisibilité et la transparence et favorisent la modernisation de la législation relative à la cession de créances, y compris, mais sans s’y limiter, les cessions effectuées dans le cadre de l’affacturage, du forfaitage, de la titrisation, du financement de projets et du refinancement, tout en préservant les pratiques de cession actuelles et en facilitant le développement de nouvelles pratiques,

Souhaitant aussi dûment protéger les intérêts du débiteur en cas de cession de créances,

Estimant que l’adoption de règles uniformes régissant les cessions de créances faciliterait le développement du commerce international et favoriserait l’offre de capitaux et de crédit à des taux plus favorables,”.

62. On a fait observer que si le Groupe de travail devait adopter les modifications proposées de l’intitulé et du préambule, la définition du “financement par cession de créances” serait superflue, et il faudrait, dans le projet d’article 14-3, remplacer les mots “opérations ... de financement des créances” par les mots “opérations ... de cession des créances”.

63. On a exprimé la crainte qu’en révisant l’intitulé du projet de convention le Groupe de travail n’excède son mandat. On a rappelé que ce mandat était d’élaborer une loi uniforme, dont le principal objectif serait de lever les obstacles au financement par cession de créances qui étaient dus aux incertitudes quant à la validité et aux effets juridiques de la cession de créances dans le commerce international[8]. L’approche adoptée par le Groupe de travail, qui consistait à axer le projet de convention sur certaines opérations de financement sans pour autant exclure des opérations connexes (A/CN.9/420, par. 41 à 43, A/CN.9/432, par. 14 à 18 et A/CN.9/434, par. 18), n’était pas incompatible avec le mandat qui lui avait été donné par la CNUDCI. Le Groupe de travail ayant déjà pris une décision quant au champ d’application du projet de convention, la proposition à l’examen visait simplement à rétablir la concordance entre l’intitulé et le champ d’application du projet de convention.

64. Le Groupe de travail n’a pas pris de décision définitive concernant les modifications proposées de l’intitulé et du préambule. De nombreux membres ont estimé qu’il faudrait revenir sur la question à une session ultérieure, après avoir soigneusement examiné la proposition et procédé aux consultations voulues. Tout en reconnaissant que les modifications proposées élimineraient le défaut de concordance — qui existait bel et bien — entre l’intitulé, le préambule et le champ d’application du projet de convention, des membres ont exprimé la crainte qu’elles n’aient pour résultat d’étendre le champ d’application. Si

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

tel devait être le cas, les dispositions concernant les exclusions du champ d'application seraient d'autant plus importantes.

65. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de laisser l'alinéa *d* entre crochets et d'insérer dans le texte, également entre crochets, les modifications proposées de l'intitulé et du préambule afin de poursuivre le débat à une session ultérieure.

Alinéa e

66. On a rappelé que l'alinéa *e* définissait le terme "écrit" en combinant les définitions de l'"écrit" et de la "signature" figurant aux articles 6 et 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. En vertu du projet de convention, un écrit signé était nécessaire pour la cession, pour la notification de cette cession et pour la convention aux termes de laquelle le débiteur s'engageait à ne pas opposer d'exceptions au cessionnaire. On a estimé qu'il faudrait préciser le sens que revêtaient dans le projet de convention les termes empruntés à la Loi type sur le commerce électronique (par exemple, les termes "expéditeur" et "destinataire").

67. En ce qui concerne le fond, on s'est demandé s'il y avait lieu d'exiger un "écrit signé", tel que défini à l'alinéa *e*, dans tous les cas où un "écrit" était requis en vertu du projet de convention. On a cité, à titre d'exemples, des cas (notamment dans l'affacturage) où les cessions étaient normalement effectuées sans qu'aucune signature soit exigée de la part des parties à la transaction. On a estimé, toutefois, que s'il n'y avait peut-être pas lieu d'imposer des conditions de forme pour les communications entre cédant et cessionnaire il fallait exiger une forme quelconque d'authentification pour la notification des cessions au débiteur et, plus généralement, pour assurer la protection de ce dernier, qui devait pouvoir compter sur l'authenticité des communications qu'il recevait (par exemple, notification de cession ou instructions de paiement). On a dit que le texte de l'alinéa *e* pourrait représenter un bon compromis entre le désir de réduire les formalités et la nécessité de préserver la sécurité des opérations.

68. On a généralement estimé que la nécessité de mieux garantir l'authenticité des communications pouvait être appréciée différemment selon le contexte dans lequel le mot "écrit" était employé et selon le type de relation contractuelle considéré. De l'avis général, si exiger l'équivalent d'une signature risquait de nuire à la pratique établie dans le contexte du projet d'article 9 (forme de la cession) ou d'être superflu dans le contexte du projet d'article 5 *f* (notification de la cession), cela se justifierait davantage dans le contexte du projet d'article 20 (convention de non-recours aux exceptions et au droit à compensation). On a toutefois exprimé la crainte qu'une telle exigence n'aille à l'encontre des pratiques internes existant dans certains systèmes juridiques. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'il fallait distinguer, à l'alinéa *e*, entre les notions d'"écrit" et d'"écrit signé". Il a aussi décidé qu'un "écrit signé" ne serait requis que pour communiquer le consentement du débiteur à ne pas opposer d'exceptions au cessionnaire. Compte tenu de ces décisions, le Groupe de travail a adopté l'alinéa *e* et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéa f

69. Le débat a porté essentiellement sur la question de savoir si, pour être valide, la notification d'une cession devait nécessairement comporter des instructions concernant le paiement. On a généralement estimé qu'il n'y avait pas de lien logique évident entre la notification d'une cession au débiteur et l'identification de "la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle, ou l'adresse à laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement". Si le débiteur recevait notification d'une cession (ce qui signifiait simplement qu'il ne devait plus payer le cédant) et ne recevait pas d'instructions de paiement, il pouvait normalement (selon le droit applicable en dehors du projet de convention) effectuer un paiement libératoire à un tribunal ou à un organisme public de consignation. On a fait observer, en outre, qu'en faisant dépendre la validité de la notification de l'inclusion d'instructions de paiement on ne tiendrait pas compte du développement rapide des pratiques consistant à notifier les cessions sans donner d'instructions de paiement.

70. Des suggestions ont été faites en vue de limiter l'effet que pouvait avoir la mention des instructions de paiement à l'alinéa *f*. L'une consistait à rendre ces instructions de paiement facultatives; une autre à ajouter les mots "le cas échéant" ou "si besoin est"; une autre encore à ajouter à la fin de l'alinéa la phrase suivante: "Si la personne à laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement n'est pas identifiée, le paiement doit être effectué au cessionnaire". La majorité des membres du Groupe de travail ont toutefois estimé qu'il fallait supprimer la référence aux instructions de paiement (à savoir, les mots "et la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle, ou l'adresse à laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement").

71. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'aucune référence aux instructions de paiement ne devait figurer à l'alinéa *f*. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté l'alinéa *f* et l'a renvoyé au groupe de rédaction, étant entendu que le sens à donner à cet alinéa dans le contexte du projet d'article 18 (paiement libératoire du débiteur) devrait être examiné à un stade ultérieur.

Alinéa g

72. L'alinéa *g* a été jugé généralement acceptable quant au fond. En ce qui concerne la forme, la majorité des membres ont estimé que, dans la définition de l'"administrateur de l'insolvabilité", il fallait mentionner l'existence d'une procédure d'insolvabilité pour assurer la concordance entre le texte du projet de convention et celui de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (article 2 *d*). Sous réserve de cet amendement, le Groupe de travail a adopté l'alinéa *g* et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéa h

73. Un des membres du Groupe de travail a proposé de réviser l'alinéa *h* de manière à inclure dans la définition de la "procédure d'insolvabilité" la liquidation administrative et la liquidation volontaire. On a fait valoir à l'encontre de cette proposition que la liquidation volontaire pouvait prendre de nombreuses formes différentes qui ne devaient

pas entrer dans le cadre de la définition. On a généralement estimé que le Groupe de travail devait adopter la définition de la "procédure d'insolvabilité" utilisée dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (article 2 *a*). Cette définition avait été rédigée avec soin de manière à tenir compte des différences entre les législations des États membres en matière d'insolvabilité. Après un débat, le Groupe de travail a adopté l'alinéa *h* non modifié quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéa i

74. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa *i* et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéas j *et* k

75. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé de maintenir entre crochets le texte des alinéas *j* et *k* (voir par. 37).

Alinéa l

76. Un des membres a dit que les parties à un contrat de cession ne devaient pas être autorisées à spécifier pour le moment de la cession une date antérieure à celle de la conclusion du contrat, mais qu'elles devaient pouvoir spécifier une date ultérieure. Il a fait observer que, sur le plan de la forme, l'alinéa *l* n'indiquait pas assez clairement que le moment spécifié par les parties était celui où le transfert était effectué.

77. Un autre membre estimait, au contraire, que les parties devaient jouir d'une autonomie totale, c'est-à-dire qu'elles devaient aussi être autorisées à décider d'un commun accord que le transfert aurait lieu rétroactivement, à condition que cela ne porte pas atteinte aux droits des tierces parties. On a objecté à cela que l'autonomie des parties était suffisamment garantie dans le projet d'article 6, sous réserve des droits des tierces parties. On a proposé, en conséquence, de supprimer à l'alinéa *l* la référence à l'autonomie des parties. La définition se lirait donc comme suit: "Les termes "moment de la cession" désignent le moment où le contrat de cession est conclu". On a fait observer à l'appui de cette proposition que le moment où le contrat de cession est conclu est un élément objectif et n'a pas à être déterminé par les parties, contrairement aux effets de la cession que les parties peuvent déterminer librement, sous réserve des droits des tierces parties.

78. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer complètement l'alinéa *l* et de remplacer dans le projet de convention les termes "moment de la session" par "moment où le contrat de cession est conclu". La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

Article 6. *Autonomie des parties*

79. Le texte du projet d'article 6 que le Groupe de travail a examiné était le suivant:

> "Le cédant, le cessionnaire et le débiteur peuvent, par convention, déroger aux dispositions de la présente Convention relative à leurs droits et obligations respectifs ou les modifier. Une telle convention n'a pas d'incidences sur les droits de toute personne qui n'y est pas partie."

80. On a rappelé que l'intention, dans le projet d'article 6, était de consacrer le principe de l'autonomie des parties, sans pour autant porter atteinte aux droits des tiers. La question de savoir de quels "tiers" il pouvait s'agir ayant été posée, on a expliqué qu'en règle générale, dans le cas d'une convention entre le cédant et le cessionnaire, les "tiers" étaient le débiteur, les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité. Dans le cas d'une convention entre le cédant et le débiteur, les "tiers" étaient le cessionnaire, les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité. On a aussi rappelé que les conventions entre le cessionnaire et le débiteur étaient exclues du champ d'application du projet de convention. Sur cette base, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 6 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 7. *Protection du débiteur*

81. On a noté que le principe général que posait le projet d'article 7 avait été exposé dans le préambule, que le projet d'article 7 avait été déplacé au début de la section II du chapitre IV, qui traitait des droits et obligations du débiteur (projet d'article 17 *ter*) (voir par. 21 et 168 à 176). Le Groupe de travail a approuvé cette approche.

Article 8. *Principes d'interprétation*

82. Le texte du projet d'article 8 que le Groupe de travail a examiné 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, conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé [de la présente Convention.
>
> 3) Les questions concernant les points régis par les articles 9, 17 *bis*, 19-2, 23, 24 et 29 à 33 qui ne sont pas expressément réglées dans ces articles doivent être réglées conformément aux principes généraux sur lesquels ils se fondent, ou, à défaut, conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé de l'État du for]."

Paragraphe 1

83. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 sans aucune modification.

Paragraphes 2 et 3

84. On a noté que le paragraphe 3 avait pour objet de combler les lacunes que pourraient présenter les dispositions de droit international privé du projet de convention en renvoyant aux principes de droit international privé dont celui-ci s'inspire et, à défaut, aux règles de droit international privé de l'État du for.

85. De nombreux membres ont estimé que le texte figurant entre crochets aux paragraphes 2 et 3 n'était pas nécessaire et risquait même d'introduire un élément d'incertitude, puisqu'il ne faisait pas ressortir clairement de quels principes il s'agissait. On a fait observer que le projet d'article 8 s'inspirait du libellé de l'article 7 de la Convention sur les ventes, qui traitait convenablement de la question et n'avait pas besoin d'être modifié. On a aussi fait observer que la référence aux dispositions de droit international privé du projet de convention, qui avait été insérée au paragraphe 2, ne conviendrait pas dans le cas d'un État non contractant. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer la partie du paragraphe 2 figurant entre crochets et le paragraphe 3. Il a adopté le paragraphe 2, sous réserve de ces modifications.

Chapitre III. Forme et effets de la cession

Article 9. *Forme de la cession*

86. Le texte du projet d'article 9 que le Groupe de travail a examiné était le suivant:

"1. Une cession sous une forme autre que la forme écrite ne produit pas ses effets [à l'égard des tiers], sauf si:

a) elle est effectuée au titre d'un contrat entre le cédant et le cessionnaire attesté par un écrit décrivant les créances sur lesquelles elle porte; ou

b) la loi de l'État dans lequel est situé le cédant au moment de la cession en dispose autrement.

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

87. On a noté que le paragraphe 1 traitait de la validité des cessions effectuées sous une forme autre que la forme écrite, c'est-à-dire la validité des cessions verbales. On a rappelé qu'à des sessions précédentes on avait pu constater au sein du Groupe de travail un net clivage entre les États dont la législation imposait la forme écrite et ceux dont la législation reconnaissait la validité des cessions verbales (A/CN.9/432, par. 82 à 86, et A/CN.9/434, par. 102 à 106). On avait cherché, au paragraphe 1, à établir des conditions de formes minimales tout en ménageant un compromis viable entre les positions des deux catégories d'États (A/CN.9/445, par. 201 à 203). Compte tenu de la décision qu'il avait prise en ce qui concerne la signification du terme "écrit" (voir par. 68), le Groupe de travail est parti de l'hypothèse que le terme "forme écrite", tel qu'il était utilisé au paragraphe 1, devait être interprété comme une référence à l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (c'est-à-dire sans qu'il implique qu'une signature ou une authentification était exigée).

88. En ce qui concerne l'objet et la portée du paragraphe 1, il a été généralement reconnu que l'intention n'était pas d'imposer une condition de forme à laquelle il ne pourrait être dérogé sans priver la cession de ses effets. Le paragraphe 1 visait simplement à protéger les tiers lorsque la cession avait été effectuée verbalement. L'opinion générale a donc été qu'il fallait maintenir les mots "à l'égard des tiers" ou inclure un libellé équivalent. Dans ce contexte, on a fait observer que si le paragraphe 1 était conservé il faudrait peut-être modifier l'intitulé du projet d'article de façon qu'il indique plus clairement que celui-ci était axé sur la protection des tiers et sur les créances verbales. De plus, l'intitulé du chapitre devrait peut-être aussi être révisé.

89. S'agissant de l'alinéa *a*, on a déclaré que, si la condition de forme avait pour objet de protéger les tiers en cas de cession verbale, il serait souhaitable de maintenir la référence à la description des créances (alors qu'une description serait superflue pour les parties à la cession). On a objecté qu'exiger que les créances cédées soient "décrites" dans l'écrit attestant la cession ne serait guère réaliste, en particulier en cas de cession de créances futures. On a suggéré de remplacer les mots "un écrit décrivant les créances sur lesquelles elle porte" par les mots "un écrit permettant raisonnablement d'identifier les créances sur lesquelles elle porte" ou un libellé équivalent.

90. Les conditions de forme prévues à l'alinéa *a* (qui se rapporte à un écrit non signé) étant déjà réduites au minimum, on a émis l'avis que l'alinéa *b* était superflu, car il était difficile d'imaginer que la loi d'un État soit encore plus minimaliste. On a objecté que la suppression de l'alinéa *b* risquait d'invalider certaines cessions effectuées dans les États dans lesquels absolument aucun écrit n'était exigé (ou dans lesquels un écrit était établi en vue de constater certains actes juridiques des parties mais pas nécessairement l'intégralité du contrat), et par conséquent de compromettre les droits des tiers. En réponse à cette objection, on a fait observer que le paragraphe 1 traitait principalement de la production d'effets de la cession à l'égard des tiers, question qui était réglée par les projets d'articles 23 et 24. Quant à la question des conditions de forme entre le cédant et le cessionnaire, on a fait valoir qu'elle était réglée par le projet d'article 6, et celle des conditions de forme à respecter à l'égard du débiteur par le projet d'article 16. Si la loi d'un État imposait des conditions supplémentaires, le projet de convention ne l'emporterait pas sur elle. Il fallait donc supprimer à la fois l'alinéa *a* et l'alinéa *b*.

91. On a émis l'avis que le maintien des alinéas *a* et *b* ne poserait aucun problème, tandis que leur suppression pourrait avoir des conséquences imprévues. L'opinion majoritaire a néanmoins été que, si l'on conservait l'alinéa *b*, l'alinéa *a* n'atteindrait pas le but recherché qui était d'exiger au moins une trace écrite permettant de constater les cessions. Il a été déclaré, à l'encontre de cet argument, que: le paragraphe 1 n'imposait aucune condition minimale pour les cessions sous forme écrite puisque la phrase liminaire excluait ce type d'opérations; et, pour ce qui était des cessions verbales, l'alinéa *b* renvoyait à la loi de l'État du cédant, qui pouvait très bien n'exiger aucun écrit. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 1.

Paragraphe 2

92. Le principe énoncé dans ce paragraphe, à savoir qu'un seul acte juridique suffisait pour transférer une ou plusieurs créances futures, a remporté un large appui. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 et l'a renvoyé au groupe de rédaction pour qu'il en revoie le libellé et examine la question de son emplacement dans le projet de convention.

Article 10. *Effets de la cession*

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

"Sous réserve des articles 23 et 24, la cession d'une ou plusieurs créances, existantes ou futures, et de la totalité ou de fractions de créances ou de tout droit indivis sur lesdites créances produit ses effets, si

a) Les créances sont individualisées en tant que créances faisant l'objet de la cession; ou

b) Les créances peuvent être identifiées comme étant celles faisant l'objet de la cession, au moment convenu par le cédant et le cessionnaire et, en l'absence d'une telle convention, au moment où elles naissent."

94. Il a été noté que le projet d'article 10 avait principalement pour objet de valider les cessions de créances futures, les cessions globales et les cessions partielles entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur, mais non à l'égard des tiers. Il a été décidé, pour indiquer plus clairement cet objet, de se référer, dans le titre du projet d'article, à "l'efficacité" des types de cession qu'il visait. Et, pour le faire ressortir plus clairement dans le texte, il a été proposé d'employer le terme "validité", étant donné que dans de nombreux systèmes juridiques le terme "efficacité" était utilisé pour indiquer les effets à l'égard des tiers. De ce fait, il a été fait observer que le terme "efficacité" était préférable dans la mesure où il traduisait la notion de transfert de droits de propriété. En outre, a-t-on souligné, le terme "validité" n'était pas universellement compris de la même manière.

95. Il a été noté que les premiers mots du chapeau du projet d'article 10 ("sous réserve des articles 23 et 24"), qui constituaient aussi le chapeau du paragraphe 1 du projet d'article 11, visaient à garantir que les projets d'articles 10 et 11 n'influaient pas indûment sur les droits des tiers; en effet, sans cette phrase liminaire, on pourrait penser que le projet d'article 10 validait la première cession et invalidait toute cession ultérieure des mêmes créances par le même cédant et que le projet d'article 11 énonçait une règle concernant les effets de la cession à l'égard des tiers, y compris de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant (par exemple, les créances naissant après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pourraient être prélevées sur les biens en liquidation ou être assorties d'une sûreté si la cession avait été effectuée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité).

96. Il a été noté toutefois que les premiers mots du chapeau du projet d'article 10 pourraient également avoir pour conséquence involontaire de faire régir entièrement la cession de créances futures ou les cessions globales par la loi applicable au titre des projets d'articles 23 et 24. Pour éviter cela, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "sous réserve des articles 23 et 24" dans les deux projets d'articles. De cette manière, on ne donnerait pas l'impression que les projets d'articles 10 et 11 portaient sur les droits des tiers, si le projet de convention était lu dans son ensemble. En outre, on a fait observer qu'ainsi le projet de convention validerait ces cessions, au titre du droit civil ou commercial, d'autres problèmes spécifiques concernant leur validité devant être réglés par un autre droit (par exemple, l'invalidation d'une cession effectuée pendant la période suspecte précédant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au motif qu'elle constitue un transfert frauduleux ou préférentiel). Quant à la question de savoir s'il fallait apporter davantage de précisions dans les projets d'articles 23 et 24, le Groupe de travail a décidé d'attendre d'avoir terminé l'examen du projet de convention avant de se prononcer.

97. Les principes énoncés aux alinéas *a* et *b* ont été généralement approuvés. En ce qui concerne leur libellé, plusieurs suggestions ont été faites. Il a été suggéré que, dans le texte anglais de l'alinéa *a*, le terme "*specified*" soit remplacé par le terme "*described*" pour que le projet de convention n'invalide pas les pratiques dans lesquelles la norme de "spécification" des créances cédées était trop élevée pour qu'il y soit satisfait. Il a été dit par ailleurs qu'à l'alinéa *b* il n'était pas nécessaire de se référer à une convention entre le cédant et le cessionnaire puisque l'autonomie des parties était généralement reconnue dans le projet d'article 6. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 10 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 11. *Moment du transfert des créances*

98. Le texte du projet d'article 11 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. Sous réserve des articles 23 et 24,

a) Une créance *autre qu'une créance future* est transférée au moment de la cession;

b) Une créance future est réputée transférée au moment de la cession.

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].*"

99. Il a été noté que le projet d'article 11 visait à fixer le moment du transfert des créances existantes aussi bien que futures entre le cédant et le cessionnaire, ainsi qu'à l'égard du débiteur mais non à l'égard des tiers. En outre, il a été noté que, conformément à la décision prise au sujet des premiers mots du projet d'article 10 (voir par. 96), la phrase liminaire et le paragraphe 2 du projet d'article 11 devaient être supprimés. Il a été noté aussi que, puisque le Groupe de travail avait décidé de supprimer l'alinéa *l* du projet d'article 5 (voir par. 78), il faudrait se référer, dans le projet d'article 11, non pas au moment de la cession, mais au moment de la conclusion du contrat de cession.

100. Des opinions divergentes ont été exprimées sur le point de savoir s'il fallait conserver l'article 11. Selon une

opinion, l'article 11 n'était d'aucune utilité et devrait être supprimé. On a fait valoir que le cédant et le cessionnaire pouvaient fixer le moment du transfert de la créance cédée entre eux comme les y autorisait le projet d'article 6. Il a été souligné en outre que le projet d'article 10 suffisait à établir que la cession prenait effet à l'égard du débiteur avant même la notification et que le débiteur était suffisamment protégé par les garanties prévues dans le projet d'article 18. Il a été fait observer par ailleurs que, conformément aux projets d'articles 23 et 24, le moment du transfert à l'égard des tiers était régi par la loi de l'État dans lequel était situé le cédant.

101. L'opinion dominante a été toutefois que le projet d'article 11 était utile en ce qu'il offrait une règle par défaut souple en ce qui concernait le moment du transfert des créances cédées. Il a été dit aussi qu'il avait l'avantage de préciser que les parties pouvaient spécifier que leur contrat pouvait prendre effet à un moment ultérieur. Il a été fait observer à cet égard que, si les parties ne pouvaient pas changer le moment de la conclusion du contrat de cession, elles devraient avoir la faculté de changer le moment du transfert des créances entre elles et à l'égard du débiteur et d'autres tiers. Il a été souligné qu'il était clair que cette faculté existait en ce qui concernait les relations entre le cédant et le cessionnaire en vertu du projet d'article 6, mais qu'il n'était pas clair si elle existait à l'égard du débiteur et d'autres tiers. Il a été dit aussi que la faculté du cédant et du cessionnaire de modifier le moment du transfert à l'égard du débiteur et d'autres tiers devait être préservée et, en même temps, soumise à leur faculté de fixer un moment qui soit ultérieur au moment de la conclusion du contrat de cession. De cette façon, les intérêts du cédant et du cessionnaire seraient pris en compte sans qu'il soit porté atteinte aux droits des tiers. En outre, il a été souligné que le projet d'article 11 était utile en ce qu'il clarifiait le sens d'autres dispositions — par exemple, les projets d'articles 6, 10, 18, 23 et 24.

102. Il a été fait observer au cours du débat que, puisque le mot "cession" était défini comme étant un transfert et que le projet d'article 10 se référait à l'efficacité de la cession, il serait plus approprié que le titre du projet d'article 11 se lise "Moment de la cession".

103. Sous réserve des modifications mentionnées plus haut, dans les paragraphes 99, 101 et 102, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 11 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 12. *Limitations contractuelles de la cession*

104. Le texte du projet d'article 12 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 ou, en cas de cession subséquente, entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur ou tout concessionnaire subséquent, 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 découlant de la violation d'une telle convention. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable en vertu de ladite convention du chef de sa violation.

[3. Le présent article ne s'applique pas aux cessions de créances nées au titre de conventions de prêt, de comptes de dépôt, de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by, de contrats conclus à des fins personnelles, domestiques ou familiales et de marchés publics.]"

105. On a noté que le projet d'article 12 avait pour principal objet de valider les cessions effectuées en violation de clauses de non-cession. Il donnait ainsi au cessionnaire la priorité sur les créanciers du cédant en cas de défaillance de ce dernier et lui permettait de se faire payer directement par le débiteur. On a aussi noté que cet article procédait de l'idée qu'il valait mieux pour tout le monde réduire le coût de l'opération en supprimant les frais à engager pour s'assurer que les contrats ne contenaient pas de clauses de non-cession plutôt que protéger le débiteur contre l'obligation de payer une personne autre que le créancier initial (le cédant).

Paragraphe 1

106. Le paragraphe 1 a été jugé généralement acceptable quant au fond. En ce qui concerne la référence aux cessions subséquentes, on a estimé qu'il ne fallait mentionner que les parties qui pouvaient convenir entre elles d'une clause de non-cession (c'est-à-dire les parties au contrat initial et à une cession initiale ou subséquente). Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

107. On a noté que le paragraphe 2 affirmait que les dispositions de l'article n'avaient pas d'incidences sur la responsabilité que le cédant pouvait avoir à l'égard du débiteur, en vertu du droit applicable en dehors du projet de convention, pour la violation d'une clause de non-cession, mais que cette responsabilité contractuelle ne devait pas être étendue au cessionnaire. On a aussi noté que le paragraphe 2 ne traitait pas de la question de la responsabilité extracontractuelle (quasi délictuelle) que pouvait encourir le cessionnaire, question qui se poserait, par exemple, si le cessionnaire poussait le cédant à céder ses créances en violation d'une clause de non-cession dans l'intention de nuire aux intérêts du débiteur ou d'une autre partie. On a toutefois noté à cet égard qu'en cas d'intention délictueuse la responsabilité extracontractuelle du cessionnaire serait engagée. On a aussi noté que la simple connaissance de l'existence d'une clause de non-cession ne suffirait pas à engager la responsabilité du cessionnaire car une telle possibilité pourrait dissuader des cessionnaires potentiels de participer à une opération de financement, résultat qui irait à l'encontre du principal objectif du projet de convention, qui était d'accroître la disponibilité de crédits à des conditions plus abordables. Les membres du Groupe de travail ont généralement souscrit au principe énoncé au paragraphe 2. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 sans modifications.

Paragraphe 3

108. On a noté que le principal objet du paragraphe 3 était d'assurer la protection du débiteur en établissant une règle selon laquelle, en cas de limitations contractuelles d'une cession, la cession produirait des effets entre le cédant (et les créanciers du cédant) et le cessionnaire, mais ne produirait pas d'effets à l'encontre du débiteur. Selon cette règle, certains débiteurs auraient le droit de continuer à effectuer un paiement libératoire au cédant, même après avoir reçu notification de la cession. Des doutes ont été exprimés quant au bien-fondé d'une règle consistant à exclure plusieurs catégories de débiteurs du champ d'application de la règle énoncée au paragraphe 1. On a proposé d'autres formules basées sur les exclusions énumérées au paragraphe 1 du projet d'article 4 ou sur celles que les États pourraient décider par voie de déclaration en vertu du paragraphe 2 de ce projet d'article.

109. On a critiqué l'approche adoptée au paragraphe 3, qui consistait à dresser la liste des pratiques financières qui ne devaient pas tomber sous le coup du projet de convention, en faisant observer qu'une telle liste serait nécessairement incomplète en raison de l'évolution rapide des techniques financières et risquait d'entraver cette évolution. Parmi les pratiques financières qu'il faudrait peut-être aussi exclure du champ d'application du projet d'article 12, on a mentionné, à titre d'exemples, les accords de swap et les accords de réméré ou de réméré inverse. L'autre formule qui a été suggérée (à savoir l'inclusion d'une disposition non limitative décrivant ce type de pratiques financières en termes suffisamment larges pour englober les pratiques existantes et les pratiques futures) n'a pas été jugée pratique parce qu'il était difficile de décrire avec suffisamment de précision une vaste gamme de pratiques hétérogènes qui évoluaient rapidement. En ce qui concerne les différentes pratiques énumérées au paragraphe 3, on a estimé que la terminologie utilisée n'était peut-être pas suffisamment claire.

"Conventions de prêt, comptes de dépôt"

110. À propos des "conventions de prêt", on a expliqué que le but de la disposition était de reconnaître la pratique des prêts consortiaux, selon laquelle une cession n'était possible que si les clauses de la convention de prêt l'autorisaient. On a généralement estimé, toutefois, que les mots "conventions de prêt" pouvaient être interprétés comme désignant diverses conventions telles que les prêts en devises ou l'escompte des créances commerciales. Quant aux "comptes de dépôt", on a généralement estimé que cette notion, ainsi que le régime juridique qui pouvait s'appliquer à ces comptes risquaient de varier considérablement d'un pays à l'autre.

111. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'au lieu d'essayer d'établir une liste des pratiques financières à exclure du champ d'application du projet d'article 12 il fallait tenir compte de ces pratiques lorsqu'on examinerait les dispositions du projet de convention relatives à la protection du débiteur. On s'est demandé toutefois si un mécanisme de protection du débiteur était nécessaire pour les débiteurs puissants qui participeraient normalement aux opérations financières en question. Le Groupe de travail a également estimé qu'il devrait tenir compte des pratiques financières lorsqu'il examinerait le projet d'article 4 à sa prochaine session (voir par. 49). Il a décidé qu'il ne fallait pas mentionner les "conventions de prêt" et les "comptes de dépôt" au paragraphe 3.

"Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by"

112. On a rappelé que les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by avaient été mentionnées au paragraphe 3 en raison de la règle généralement admise en matière de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by, selon laquelle le garant/émetteur d'un engagement indépendant ne devait pas être tenu de payer contre son gré une personne autre que le bénéficiaire (voir, par exemple, les articles 10 et 11 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, appelée ci-après la Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by). On a fait observer toutefois qu'il fallait établir une distinction entre le transfert du droit de demander paiement (art. 9 de la Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by), qui n'était possible que s'il était autorisé dans l'engagement, et la cession du produit (art. 10 de la Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by), qui était possible sauf stipulation contraire de l'engagement. Étant donné que le produit (à la différence du droit de demander le paiement) devait être considéré comme la créance au titre d'une garantie indépendante ou d'une lettre de crédit stand-by, il n'y avait aucun risque de conflit entre la Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by et le projet de convention. Après un débat, il a été décidé de supprimer la mention des garanties indépendantes et des lettres de crédit stand-by.

"Contrats conclus à des fins personnelles, domestiques ou familiales"

113. Une question a été posée au sujet de l'interaction possible entre l'exclusion des cessions effectuées à des fins de consommation, c'est-à-dire à des fins personnelles, domestiques ou familiales, au titre du projet d'article 4, et l'exclusion des cessions de créances nées de contrats conclus à des fins de consommation au titre du paragraphe 3 du projet d'article 12. En réponse à cette question, on a expliqué que le projet d'article 4 visait à exclure les cessions faites à des fins de consommation, mais non la cession de créances nées de contrats conclus à des fins de consommation, alors que le projet d'article 12 visait à invalider les cessions de créances nées de contrats de ce type à l'égard seulement du consommateur-débiteur. On a rappelé que le projet de Convention avait pour objectif d'accroître la disponibilité de crédits à des conditions plus abordables et on a estimé à cet égard qu'en excluant du champ d'application du projet d'article 12 la cession de créances nées de contrats conclus par des consommateurs on risquait de limiter inutilement l'accès des consommateurs à ces crédits.

114. En ce qui concerne les raisons pour lesquelles le paragraphe 3 visait à invalider la cession de créances de ce type à l'encontre des consommateurs-débiteurs, on a noté que, par exemple, en cas de titrisation des prêts hypothécaires, une cession contre le consommateur-débiteur pou-

vait accroître considérablement les risques imposés à ce dernier (par exemple, si le prêt hypothécaire était cédé par un établissement local d'épargne et de crédit compréhensif à un prêteur étranger, qui pouvait se montrer plus agressif dans le recouvrement des montants dus ou dans la gestion de tout taux d'intérêt variable). On s'est accordé sur le fait que ces raisons exigeaient qu'une attention particulière soit accordée à la protection des consommateurs-débiteurs dans le cadre des projets d'articles traitant de la protection du débiteur, mais il a été largement estimé qu'elles ne justifiaient pas pour autant l'invalidation des cessions de créances à l'encontre des consommateurs-débiteurs. On a fait observer que la majorité des contrats conclus par des consommateurs étaient des contrats d'adhésion, qui ne contenaient normalement pas de clauses de non-cession. L'intérêt pratique que pouvait présenter une dérogation aux clauses de non-cession dans les opérations concernant des consommateurs était donc limité. Après un débat, il a été décidé que les mots "de contrats conclus à des fins personnelles, domestiques ou familiales" devaient être supprimés.

"Marchés publics"

115. Des vues divergentes ont été exprimées quant à la question de savoir si une cession effectuée malgré l'existence d'une clause de non-cession devait être invalidée si le débiteur était un État. Certains pensaient qu'une telle exception ne se justifiait pas. On a fait valoir qu'une fois que le principe énoncé au paragraphe 1 était accepté il n'y avait pas de raison valable pour accorder une protection spéciale à un débiteur puissant. Une telle protection serait d'ailleurs inutile puisque, en tout état de cause, les débiteurs gouvernementaux pouvaient être protégés par la loi. En outre, en permettant que des clauses de non-cession invalident la cession de créances à l'encontre d'un débiteur souverain, on risquait, a-t-on fait observer, d'augmenter le coût du crédit pour les petits et moyens fournisseurs de biens et de services, de sorte qu'il serait encore plus difficile pour eux de lutter contre la concurrence des gros fournisseurs pour les marchés publics, étant donné que ces derniers avaient normalement d'autres sources de crédit. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, il fallait préserver le régime juridique spécifique des marchés publics et autres contrats administratifs, car toute atteinte à ce régime risquait de compromettre sérieusement l'acceptabilité du projet de convention. On a fait observer en outre que, si on ne suivait pas une telle approche, les gouvernements-débiteurs dans certains pays pourraient rester sans protection dans la mesure où la non-cessibilité des créances nées au titre de marchés publics n'aurait pas sa source dans la législation nationale mais dans la jurisprudence ou la pratique établie. Par ailleurs, les exceptions auraient un effet pratique — par exemple, sur la concurrence entre les fournisseurs, comme on l'a dit plus haut — dans la mesure seulement où les débiteurs souverains décideraient d'inclure des clauses de non-cession dans les marchés publics, et c'était là une décision qu'ils devaient être libres de prendre. On a dit également que, si la cession de marchés publics n'entrait pas dans le cadre du projet de convention, la cession du produit des créances nées de ces marchés y entrait, et une disposition comme celle du paragraphe 3, qui permettrait aux débiteurs publics d'effectuer des paiements libératoires aux cédants, tiendrait compte des préoccupations légitimes de ces débiteurs.

116. En ce qui concerne la portée du paragraphe 3, on a fait observer que ce paragraphe devait s'appliquer non seulement aux autorités publiques centrales, mais aussi aux émanations de l'État, y compris les autorités publiques locales, les sociétés d'État et autres entreprises publiques. On a dit que, si le paragraphe 3 pouvait s'appliquer aux entités publiques exerçant des fonctions publiques, il ne devait pas s'appliquer aux entités commerciales publiques (par exemple, aux compagnies aériennes) ou aux entités publiques exerçant des activités commerciales. On a décidé d'introduire entre crochets dans le projet de convention une disposition fondée sur les définitions pertinentes contenues dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics que le Groupe de travail examinerait à sa prochaine session. Sous réserve de cette modification et de la suppression des autres pratiques énumérées au paragraphe 3, le Groupe de travail a adopté ce paragraphe et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 13. *Transfert de sûretés*

117. Le projet d'article 13 examiné par le Groupe de travail se lisait comme suit:

"1) Une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée est transférée au cessionnaire sans un nouvel acte de transfert, sauf si elle est [indépendante] [transférable uniquement avec un nouvel acte de transfert] en vertu de la loi. Si une telle sûreté est, en vertu de la loi [indépendante] [transférable uniquement avec un nouvel acte de transfert], le cédant a l'obligation d'en transférer le produit au cessionnaire.

2) Une sûreté garantissant le paiement de la créance cédée est transférée en vertu du paragraphe 1 nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur ou une autre personne accordant la sûreté, qui limite d'une quelconque manière le droit du cédant de céder la créance ou la sûreté garantissant le paiement de la créance cédée.

3) Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur toute obligation ou responsabilité du cédant découlant d'une violation d'une convention en vertu du paragraphe 2. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable en vertu de ladite convention du chef de sa violation.

4) Le paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les exigences des règles de droit, autres que la présente convention, relatives à la forme ou à l'enregistrement du transfert de toutes sûretés garantissant le paiement de la créance cédée."

Paragraphe 1

118. On a fait observer que le paragraphe 1 exprime un principe, accepté dans la plupart des systèmes juridiques, selon lequel les sûretés accessoires sont indissolublement liées à la créance qu'elles garantissent. Ce principe a été approuvé en général. On a déclaré que, souvent, la valeur sur laquelle s'appuie le prêteur qui accorde le crédit au

cédant réside dans la sûreté qui garantit la créance, davantage que dans la créance elle-même.

119. Quant à la manière précise dont la notion de droit accessoire pourrait être exprimée au paragraphe 1, on a fait observer que la seconde formule entre crochets était peut-être tautologique, mais les participants sont convenus qu'elle était néanmoins préférable parce qu'elle laissait aux règles applicables en dehors du projet de convention le soin de régler la question du caractère accessoire ou indépendant de la sûreté. Afin d'éviter toute incertitude quant à savoir si c'était le droit applicable à la cession ou à la sûreté qui était visé, il a été décidé que le paragraphe 1 serait révisé pour exprimer d'une manière suffisamment claire que le caractère indépendant ou accessoire d'une sûreté serait déterminé par référence au droit applicable à cette sûreté. En considérant que le droit du bénéficiaire d'exiger paiement dans le cas d'une garantie indépendante ou d'une lettre de crédit de confirmation n'est pas une créance (voir par. 112), le Groupe de travail a décidé que le cédant doit être tenu de céder non seulement le produit, mais aussi le droit d'exiger paiement conféré par un tel instrument. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté le contenu du paragraphe 1 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

120. On a relevé que, dans le même esprit que le projet d'article 12, paragraphe 1, le paragraphe 2 cherchait à faire en sorte qu'en présence de restrictions contractuelles de la cession une sûreté soit traitée comme une créance dans le sens où une convention limitant le droit du cédant de transférer une sûreté n'invaliderait pas son transfert. On a fait observer aussi qu'en cas de cession une telle convention aurait pour effet d'éteindre la sûreté si l'on parlait d'un droit accessoire, ou de rendre le droit non cessible, si l'on parlait d'un droit indépendant.

121. On a déclaré que, si une telle règle se justifiait lorsque la sûreté avait été accordée par le débiteur, elle ne se justifiait pas nécessairement si la sûreté avait été accordée par un tiers (par exemple, un tiers garant). La plupart des participants ont cependant estimé que le paragraphe 2 était libellé correctement. On a déclaré qu'il importe peu au tiers qu'il paie entre les mains du cédant ou du cessionnaire puisque les conditions auxquelles il paie restent les mêmes.

122. On a déclaré que, si le tiers accordant la sûreté est une entité publique, en cas de restriction contractuelle de la cession, la cession sera sans effet à l'égard de ladite entité. On a déclaré qu'une telle solution était conforme à celle qui était adoptée au projet d'article 12 relativement aux débiteurs publics (voir par. 115 à 117).

123. On a fait observer que les entités publiques, intervenant comme tierces parties se portant garantes du paiement des créances cédées devaient être traitées différemment des débiteurs publics, mais il a été décidé que ces entités devaient échapper à la règle énoncée au paragraphe 2. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 et s'en est remis au groupe de rédaction pour arrêter son libellé et décider de la place à lui donner.

Paragraphe 3

124. On a relevé que, dans la logique du projet d'article 12, paragraphe 2, le paragraphe 3 visait à assurer que toute obligation ou responsabilité qui pouvait incomber au cédant, en vertu de règles applicables en dehors du projet de convention, du fait de la violation d'une clause interdisant la cession ne devait pas être modifiée par le projet de convention, mais ne devait pas non plus être étendue au cessionnaire (voir par. 107).

125. On a relevé également que le paragraphe 3 cherchait à couvrir toute obligation ou responsabilité que le cédant pourrait supporter en vertu des règles régissant la sûreté du fait de dommages subis à la suite de la cession par le débiteur ou une autre personne accordant un droit possessoire (par exemple, si des actions mises en gage se trouvaient entre les mains d'un cessionnaire étranger qui causait un dommage au débiteur ou à une autre personne accordant la sûreté; voir A/CN.9/434, par. 145 et 146). Cependant, en raison du doute exprimé quant à savoir si le paragraphe 3 couvrait suffisamment bien ce cas de figure, on a suggéré de régler expressément cette question en s'inspirant d'une version antérieure du paragraphe 3 (A/CN.9/WG.II/WP.96). Après un échange de vues, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 sans changement et prié le groupe de rédaction de réintroduire dans le texte un paragraphe supplémentaire suivant la suggestion ci-dessus.

Paragraphe 4

126. On a relevé que le paragraphe 4 avait pour but d'assurer qu'aucune atteinte ne serait portée aux conditions de forme prévues par les règles régissant une sûreté. On a suggéré qu'il pourrait être utile d'ajouter la mention expresse des règles régissant la sûreté. Toutefois, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 4 sans modification et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre IV. Droits, obligations et exceptions

Section I. Cédant et cessionnaire

Article 14. *Droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

127. Le texte du projet d'article 14 que le Groupe de travail a examiné était le suivant:

"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."

128. On a noté que le Groupe de travail avait déjà adopté le projet d'article 14 (A/CN.9/447, par. 17 à 24 et 161). On s'est demandé si le premier membre de phrase du paragraphe 1 ou la totalité du paragraphe 1 étaient nécessaires, car ce paragraphe semblait, avec le premier membre de phrase, incompatible avec le principe de l'autonomie des parties exposé dans le projet d'article 6 et, sans lui, n'être qu'une répétition de ce principe. Le texte du projet d'article 14 a été renvoyé au groupe de rédaction afin que celui-ci l'aligne sur le projet d'article 6 et sur les modifications récemment apportées à l'intitulé du projet de convention et au préambule (voir par. 61 à 65).

Article 15. *Garanties du cédant*

129. Le texte du projet d'article 15 que le Groupe de travail a examiné était le suivant:

"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."

130. On a noté que le Groupe de travail avait adopté le projet d'article 15 (A/CN.9/447, par. 25 à 40 et 161).

Article 16. *Droit de notification au débiteur*

131. Le texte du projet d'article 16 que le Groupe de travail a examiné était le suivant:

"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 ou à l'adresse indiquée dans la notification. [Cependant, une fois que le débiteur a reçu la notification, seul le cessionnaire peut lui adresser une deuxième notification et demander que le paiement soit fait à une autre personne ou à une autre adresse.]

2) La notification de la cession ou la demande de paiement adressée par le cédant ou le cessionnaire n'est pas sans effets au seul motif qu'elle a été faite en contravention d'une convention mentionnée au paragraphe 1 du présent article. 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."

132. On a noté que le Groupe de travail avait adopté le projet d'article 16 quant au fond, à sa vingt-huitième session, sans établir de distinction entre une notification et une demande de paiement. On a également noté que, si à cette session certains membres s'étaient prononcés pour l'établissement d'une telle distinction, des objections avaient été émises à l'encontre de cette approche, notamment les suivantes: elle officialisait inutilement une distinction qui n'avait finalement une importance pratique que dans des situations exceptionnelles puisqu'un cessionnaire qui adressait une notification à un débiteur ne pouvait se permettre aucune ambiguïté concernant la personne à qui le débiteur devait faire le paiement; elle pourrait avoir pour effet involontaire d'augmenter le coût du crédit si elle était perçue comme encourageant les parties à adresser deux "notifications", l'une sans instructions de paiement et l'autre avec ses instructions; elle compliquerait la libération du débiteur, puisque celui-ci devrait connaître les conséquences juridiques de chaque type de notification (A/CN.9/447, par. 75 à 78). On a en outre noté que la question avait de nouveau été soulevée dans le cadre du débat sur les projets d'articles 18-3 (on s'était demandé si le cessionnaire pourrait modifier ou rectifier les instructions de paiement données au débiteur avec la notification), 19-2 et 21-4 (on s'était demandé si une notification qui n'identifiait pas le bénéficiaire devrait emporter les conséquences juridiques décrites dans ces projets d'articles), et qu'elle n'avait pas été résolue (A/CN.9/447, par. 46, 74 à 76, 82 et 83, 99 et 100 et 135).

133. On a rappelé qu'à la session en cours le Groupe de travail avait décidé, sous réserve d'un réexamen de la question dans le contexte du projet d'article 18, de supprimer la référence au bénéficiaire figurant dans la définition du terme "notification de la cession" (voir par. 71). Cela avait pour conséquence qu'une distinction devait être établie entre la notification et les instructions de paiement pour permettre l'application des projets d'articles 16 et 18. Bien que le Groupe de travail ait décidé d'attendre pour prendre une décision définitive sur cette question d'avoir examiné le projet d'article 18, on a déposé une proposition (A/CN.9/WG.II/WP.100) visant à introduire cette distinction en remaniant le projet d'article 16 comme suit:

"1) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, l'un d'entre eux ou les deux peuvent adresser au débiteur une notification de la cession et des instructions de paiement non contraires au paragraphe 2 de l'article 7.

2) La notification d'une cession ou des instructions de paiement adressées en contravention de toute convention visée au paragraphe 1 ci-dessus produisent leurs effets aux fins de l'article 18 malgré ladite contravention, mais aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur les obligations ou responsabilités de la partie contrevenante en cas de préjudice découlant de ladite contravention."

C'est sur cette proposition que le Groupe de travail a fondé son débat.

Paragraphe 1

134. Un certain nombre de questions ont été soulevées. On a notamment demandé si des instructions de paiement pourraient mettre à la charge du débiteur une obligation venant s'ajouter à celles découlant du contrat initial passé avec le cédant. En réponse à cette question, on a expliqué que le projet d'article 16 traitait du rapport entre le cédant et le cessionnaire et n'était pas censé avoir des incidences sur les droits ou obligations du débiteur. On a également

demandé si le débiteur effectuerait un paiement libératoire s'il se conformait au contrat initial mais ignorait des instructions de paiement qui seraient contraires à l'article 7-2, c'est-à-dire qui iraient à l'encontre du "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" [A/CN.9/WG.II/WP.96, projet d'article 7-2]. On a suggéré de supprimer les mots "non contraires au paragraphe 2 de l'article 7" et de réexaminer la question dans le cadre du débat sur le projet d'article 17 *ter*-2, qui avait remplacé le projet d'article 7-2.

135. On a déclaré qu'après la notification, que celle-ci contienne ou non des instructions de paiement, le cédant n'était plus propriétaire des créances cédées. On a donc suggéré de modifier le paragraphe 1 de façon qu'il dispose qu'une fois la notification donnée seul le cessionnaire pouvait émettre des instructions de paiement. On a proposé de remanier le paragraphe 1 comme suit:

> "1) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, l'un d'entre eux ou les deux peuvent adresser au débiteur une notification de la cession et des instructions de paiement, mais une fois la notification adressée seul le cessionnaire peut envoyer des instructions de paiement."

136. Sur le fond, cette proposition a emporté l'adhésion générale. S'agissant du libellé, on a demandé pourquoi il mentionnait le moment où la notification était "adressée" et non pas celui où elle était "reçue". En réponse à cette question, on a expliqué que ni le cédant ni le cessionnaire n'avait aucun moyen de connaître le moment de la réception, qui était certes important pour la protection du débiteur mais sur laquelle le projet d'article 16 n'avait pas d'incidence. Après un débat, le Groupe de travail a adopté la proposition quant au fond et l'a renvoyée au groupe de rédaction.

Définition du terme "instructions de paiement"

137. Lors du débat sur le paragraphe 1, de nombreux membres du Groupe de travail ont émis l'avis qu'il fallait définir le terme "instructions de paiement". Le texte ci-après a été proposé pour insertion dans le projet d'article pertinent du projet de convention:

> "Le terme 'instructions de paiement' désigne un écrit adressé par le cédant ou le cessionnaire ou les deux qui décrit raisonnablement les créances auxquelles il s'applique et indique l'adresse à laquelle ou le compte sur lequel le paiement doit être effectué."

138. Le Groupe de travail a engagé un débat sur le texte proposé. Diverses suggestions ont été faites en vue de l'améliorer. Selon l'une d'entre elles, il faudrait remplacer le terme "écrit" par le terme "informations" puisque la validité d'instructions de paiement n'avait pas à être subordonnée à la forme écrite. On a objecté que, dans la mesure où les instructions de paiement avaient pour principale fonction de fournir un point de référence afin de déterminer si le débiteur avait effectué un paiement libératoire au sens du projet d'article 18, un écrit pourrait être utile pour servir de preuve.

139. On a aussi proposé de faire référence à l'identification de la "personne" à laquelle le paiement devait être effectué, en sus de la référence à l'adresse ou au compte, car une simple référence à l'adresse ou au compte risquait d'être insuffisante dans le cas, par exemple, où le paiement serait effectué par chèque. Ce point de vue a bénéficié d'un certain appui, mais on a fait observer que, dans la plupart des cas, la notification et les instructions de paiement seraient adressées au débiteur en même temps; dans les rares cas où la notification et les instructions seraient adressées à des moments différents, il n'y avait guère de raison d'exiger que les instructions de paiement redonnent des informations qui figuraient déjà dans la notification.

140. On a également proposé d'inclure dans la définition une référence à une demande expresse de paiement. On a expliqué que, conformément à la législation de certains pays, la simple notification de la cession, même si elle ne comportait aucune demande expresse de paiement, mettrait à la charge du débiteur l'obligation de payer le cessionnaire. Il serait donc utile que le projet de convention précise que le débiteur ne devait payer le cessionnaire que si une telle instruction lui avait été expressément donnée. De nombreux membres du Groupe de travail ont toutefois estimé que la question devait être étudiée plus avant car, en posant une telle règle, on prenait le risque de soumettre les cessions nationales de créances nationales, d'une part, et les autres types de cessions, d'autre part, à des règles de libération du débiteur différentes.

141. Compte tenu des suggestions et préoccupations exposées ci-dessus, la définition suivante a été proposée:

> "Le terme "instructions de paiement" désigne un écrit adressé par le cédant ou le cessionnaire ou les deux qui décrit raisonnablement les créances auxquelles il s'applique et qui donne l'ordre de faire le paiement à la personne, à l'adresse ou sur le compte qui y sont spécifiés."

142. Le Groupe de travail a pris note des diverses suggestions et a décidé d'attendre pour prendre une décision sur la définition du terme "instructions de paiement" d'avoir achevé l'examen du projet d'article 18 (voir par. 193).

Paragraphe 2

143. On a déclaré qu'en vertu du paragraphe 2 une notification donnée en contravention d'une convention entre le cédant et le cessionnaire devait conserver ses effets aux fins de la libération du débiteur (projet d'article 18), mais devait être sans effets sur le droit du débiteur à compensation (projet d'article 19), sur la façon dont le contrat initial pouvait être modifié (projet d'article 21), ou sur la détermination de la priorité en vertu de la loi de l'État dans lequel était situé le cédant (projets d'articles 23 et 24). Cette disposition a reçu un accueil favorable au sein du Groupe de travail dans la mesure où elle était destinée à protéger le débiteur en posant une règle claire concernant sa libération, tout en préservant son droit à compensation et le droit de modifier le contrat initial sans le consentement du cessionnaire. Quant à la question de savoir si la notification pourrait produire d'autres effets — par exemple, fournir le moment à prendre en considération pour la

détermination de la priorité en vertu de la loi nationale — on a déclaré qu'il faudrait expliquer dans le commentaire que de tels effets n'étaient pas traités dans le projet de convention.

144. Sous réserve des résultats de débats ultérieurs concernant les projets d'articles 18 à 21, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 proposé et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 17. *Droit du cessionnaire à recevoir paiement*

145. Le texte du projet d'article 17 que le Groupe de travail a examiné était le suivant:

"1) Sous réserve des articles 23 et 24, et sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire:

a) Le cessionnaire est habilité à demander paiement de la créance cédée au débiteur et, si le paiement afférent à la créance cédée est fait au cessionnaire, à conserver tout ce qu'il reçoit en paiement total ou partiel de la créance cédée ('le produit');

b) Si le paiement afférent à la créance cédée est fait au cédant, le cessionnaire est habilité à demander le paiement au cédant et à en conserver le produit.

2) Si le paiement afférent à la créance cédée est fait à une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, le cessionnaire a droit à son produit.

3) Le cessionnaire n'est pas habilité à conserver un montant dépassant son droit sur la créance."

146. On a noté que le projet d'article 17 était conforme à la décision du Groupe de travail de consacrer, dans le projet de convention, le droit du cessionnaire au produit des créances cédées et de laisser la loi applicable en dehors du projet de convention régler la question de savoir s'il s'agissait d'un droit réel (*in rem*) ou personnel (*ad personam*).

Paragraphe 1

147. Le Groupe de travail dans son ensemble a appuyé les principes sur lesquels reposait le paragraphe 1. Quant au libellé de ce paragraphe, un certain nombre de suggestions ont été faites. L'une d'entre elles était de supprimer les mots "Sous réserve des articles 23 et 24", compte tenu de la décision que le Groupe de travail avait prise à leur sujet dans le cas des projets d'articles 10 et 11 (voir par. 96 et 99) et étant donné que le projet d'article 17 traitait du droit à recevoir paiement dans l'optique des relations entre le cédant et le cessionnaire et non pas dans celle des tiers. Cette suggestion a remporté un large appui au sein du Groupe de travail.

148. Il a par ailleurs été suggéré de supprimer les mots "et sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire". À l'appui de cette suggestion, on a fait valoir que l'autonomie des parties était déjà traitée dans le projet d'article 6. Il a néanmoins été convenu que ces mots pouvaient être maintenus puisqu'ils apparaissaient dans d'autres dispositions de la section I du chapitre IV, qui traitaient des droits et obligations du cédant et du cessionnaire. À cet égard, on a déclaré qu'il faudrait revoir les dispositions du projet de convention afin de s'assurer que la même approche avait partout été adoptée en ce qui concerne l'autonomie des parties.

149. On a d'autre part suggéré de supprimer le premier membre de phrase de l'alinéa *a* ("le cessionnaire est habilité à demander paiement de la créance cédée au débiteur et,"). On a souligné que le projet d'article 16 prévoyait déjà que le cessionnaire était habilité à demander paiement au débiteur et que le projet d'article 18 traitait déjà suffisamment de la libération du débiteur. De plus, on a fait observer que ce membre de phrase risquait d'être interprété, à tort, comme renvoyant à un droit réel du cessionnaire sur le produit des créances. Cette suggestion a remporté un large appui au sein du Groupe de travail.

150. On a aussi suggéré de remplacer le terme "paiement" par le terme "libération" afin d'englober le paiement en nature (par exemple, la restitution de marchandises par le débiteur au cédant). L'opinion générale a toutefois été que cette modification n'était pas nécessaire et que des précisions à ce sujet pourraient être données dans le commentaire.

151. On a par ailleurs suggéré de remanier l'alinéa *a* de façon que le droit du cessionnaire sur le produit des créances cédées n'apparaisse pas comme un droit réel. Une solution à cet égard consisterait peut-être à éviter le terme "produit" dont l'acception n'était pas partout la même. On a d'autre part suggéré, afin de garantir que le cessionnaire obtienne uniquement du cédant ce que ce dernier avait reçu et rien de plus, de remanier la fin de l'alinéa *b* comme suit: "le cessionnaire est habilité à demander le produit reçu par ce dernier et à le conserver". Ces suggestions ont suscité un certain intérêt.

152. On a aussi émis l'avis que le cessionnaire avait droit au produit reçu par le cédant, que le paiement ait été reçu avant ou après la notification et donc que le débiteur se soit ou non libéré. On a ajouté que si, après la notification, seul le débiteur pouvait obtenir un remboursement du cédant le cessionnaire courrait le risque que le cédant ou le débiteur ne soit plus solvable. Ce point de vue a été largement partagé.

153. On a aussi suggéré de préciser, à l'alinéa *b*, que si le débiteur avait payé le cédant après notification de la cession le cessionnaire pouvait demander paiement au débiteur ou au cédant. On a répliqué que l'on arriverait de toute façon à ce résultat puisque le droit du cessionnaire de poursuivre le débiteur, en tant que créancier, était prévu par le contrat initial sur lequel le projet de convention n'avait pas d'incidence et puisqu'il ressortait suffisamment clairement de l'article 18-2 qu'après la notification seul un paiement au cessionnaire libérerait le débiteur. On a souligné que, dans la pratique, le cessionnaire ne poursuivrait normalement pas le débiteur pour obtenir un second paiement, à moins que ce dernier ne soit devenu insolvable. Quant au droit du cessionnaire de poursuivre le cédant, on a déclaré qu'il était suffisamment traité à l'alinéa *b*.

154. Au cours du débat, on a posé la question du rapport entre les projets d'articles 12-3 et 17-1 *b*. On a répondu qu'en cas de clause de non-cession la cession produirait

des effets à l'égard du cédant et des créanciers du cédant, mais non pas à l'égard du débiteur. De ce fait, le débiteur, en vertu du projet d'article 12-3, pourrait se libérer en payant le cédant, mais le cessionnaire aurait le droit, en vertu du projet d'article 17-1 *b*, d'exiger que le produit de ce paiement lui soit remis. Quant à la question de savoir si ce droit sur le produit serait un droit réel ou personnel, elle serait tranchée par la loi régissant la priorité en vertu du projet d'article 17 *bis*.

155. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond et a renvoyé au groupe de rédaction les suggestions exposées aux paragraphes 147, 149, 151 et 152.

Paragraphe 2

156. On a suggéré de supprimer le paragraphe 2 ou de le déplacer. On a fait valoir que, dans la mesure où il traitait du paiement à une personne autre que le cédant ou le cessionnaire, ce paragraphe n'avait pas sa place dans le projet d'article 17. De plus, il risquait d'être interprété à tort comme conférant au cessionnaire des droits opposables au cédant lorsque le paiement avait été fait à la mauvaise personne, même si le cessionnaire n'était pas prioritaire par rapport à cette personne. On a déclaré qu'un tel résultat, auquel aboutirait une règle sur la restitution, était une question dont le projet de convention ne pouvait pas traiter.

157. À l'encontre de la suggestion tendant à supprimer le paragraphe 2 ou à le déplacer, on a fait valoir que ce paragraphe ne visait pas uniquement les cas dans lesquels le paiement avait été fait à une personne qui n'avait pas la priorité, mais aussi ceux dans lesquels il avait été fait par erreur. On a en outre fait observer que le paragraphe 2 précisait utilement que le cessionnaire avait uniquement droit au produit du paiement.

158. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 et a renvoyé les suggestions exposées au paragraphe 151 ci-dessus au groupe de rédaction.

Paragraphe 3

159. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 sans aucune modification.

Article 17 *bis*. *Droits concurrents sur le produit*

160. Le texte du projet d'article 17 *bis* que le Groupe de travail a examiné était le suivant:

1) *Variante A*

Lorsqu'il existe des droits concurrents comme prévu aux articles 23 et 24:

a) Si le produit revêt la forme d'une créance, la priorité sur le produit est régie par la loi de l'État dans lequel est situé le cédant;

b) Si le produit revêt la forme d'autres actifs, la priorité sur le produit est régie par la loi de l'État dans lequel ces derniers sont situés.

Variante B

La priorité sur un produit en espèces est régie par la loi de l'État dans lequel est situé le cédant. Aux fins du présent article, l'expression "produit en espèces" désigne des sommes d'argent, chèques[, soldes de comptes bancaires et avoirs semblables].

2) Les paragraphes 3 à 5 de l'article 24 s'appliquent à tout conflit de priorité sur le produit entre un cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant."

161. Les opinions ont été partagées sur le point de savoir s'il fallait conserver ce projet d'article. Selon un point de vue, il devait être purement et simplement supprimé. On a fait valoir qu'on ne pouvait guère traiter dans un texte juridique consacré à la cession de créances des droits réels sur des avoirs aussi divers que des sommes d'argent, des chèques, des virements télégraphiques et des marchandises. L'opinion qui l'a emporté a, toutefois, été qu'il fallait conserver le projet d'article. On a fait observer qu'il aurait pour effet de laisser la loi de l'État dans lequel le cédant ou les avoirs étaient situés déterminer si le droit du cessionnaire sur le produit des créances cédées serait un droit réel (*in rem*) ou un droit personnel (*ad personam*). On a rappelé que le Groupe de travail n'avait pu se mettre d'accord sur cette question et qu'il avait été convenu que celle-ci pourrait être réglée par le biais d'une disposition de conflit de lois (A/CN.9/447, par. 63 à 68). Il avait aussi été convenu que la disposition énoncée dans le projet d'article 17 *bis* serait mieux à sa place dans le contexte des projets d'articles 23 et 24 puisqu'elle traitait des droits concurrents de tiers.

162. Le débat a porté uniquement sur la variante A que le Groupe de travail dans son ensemble a jugé préférable. Un certain nombre de préoccupations ont néanmoins été exprimées. L'une d'entre elles était que cette variante semblait traiter des droits concurrents de tiers sur le produit sans créer de droits réels sur celui-ci (ayant des répercussions sur les droits des tiers). Dans le même ordre d'idées, on s'est inquiété de ce que la variante A traite de questions de priorité sans spécifier comment celle-ci serait exercée. On a par ailleurs fait observer que la variante A utilisait sans le définir le terme "produit" alors que celui-ci n'avait pas partout la même acception. Il a été proposé qu'aux fins du projet de convention il désigne ce qui doit être reçu au titre d'une créance.

163. Pour répondre à ces préoccupations, on a suggéré que le projet de convention crée un droit réel sur le produit des créances dans les cas biens particuliers où le cédant recevait paiement en espèces en tant que fiduciaire du cessionnaire et détenait le produit du paiement séparément de ses propres avoirs. On a en outre suggéré de compléter cette règle par: une règle qui prévoirait que, si le paiement était fait au cessionnaire, celui-ci avait sur lui un droit réel et pouvait le conserver à condition qu'il soit prioritaire à l'égard de la créance cédée; et une règle allant dans le sens de la variante A qui traiterait des situations autres que celles dans lesquelles le cédant recevait paiement en tant que fiduciaire du cessionnaire.

164. Le libellé ci-après a été proposé pour donner effet à cette suggestion:

"1) Lorsque le produit d'une créance cédée est reçu du débiteur par le cessionnaire, ce dernier a la même priorité sur le produit que sur la créance cédée.

2) Lorsque le produit d'une créance cédée est reçu du débiteur par le cédant, le cessionnaire a la même priorité sur le produit que sur la créance cédée si:

a) Le produit revêt la forme de monnaie, chèques, virements télégraphiques, soldes de compte de dépôt ou avoirs similaires (produit en espèces);

b) Le cédant a encaissé le produit en espèces et le détient pour le compte du cessionnaire, sur instructions de ce dernier; et

c) Le produit en espèces est détenu, pour le compte du cessionnaire, par le cédant, séparément des avoirs de ce dernier, par exemple, sur un compte de dépôt distinct exclusivement réservé au produit en espèces des créances cédées au cessionnaire.

3) Dans les autres cas, si le produit d'une créance cédée est reçu par le cédant, la priorité entre les droits concurrents sur le produit est déterminée comme suit: ... [règle sur le choix de la loi]."

165. Le texte proposé a bénéficié d'un certain appui. On a déclaré qu'une telle règle apporterait une contribution importante à des pratiques, telles que l'escompte de factures et la titrisation, dans lesquelles le cédant agissait en tant que mandataire du cessionnaire. On a en outre fait valoir qu'une telle règle serait profitable au cédant en ce que celui-ci pourrait obtenir des moyens de financement sans que ses rapports commerciaux avec ses clients s'en trouvent perturbés, aux créanciers du cédant dans la mesure où l'affaire de ce dernier se développerait, et au débiteur dans la mesure où il y aurait plus de chance que le cédant accorde à celui-ci de meilleures conditions de crédit. On a aussi fait observer qu'une telle règle ne porterait pas atteinte aux pratiques nationales puisque, même dans les juridictions où la notion de "produit" était inconnue, les espèces détenues sur un compte distinct par un cédant en tant que fiduciaire d'un cessionnaire étaient considérées comme ne faisant pas partie du patrimoine du cédant.

166. Un certain nombre de préoccupations ont toutefois été exprimées. On a notamment fait observer qu'il faudrait protéger les créanciers du cédant chez lesquels la détention du compte par ce dernier ferait inévitablement naître une impression de richesse. On s'est aussi inquiété de ce que le texte proposé ne faisait pas ressortir suffisamment clairement que le cédant agissait en tant que fiduciaire du cessionnaire. On a par ailleurs émis l'avis que loin de créer un droit réel du cessionnaire sur le produit des créances cédées, le texte proposé semblait faire relever la question de la priorité des règles de conflit de lois du projet de convention. On a par ailleurs fait valoir que le texte proposé n'aboutirait à des résultats satisfaits que si le cédant agissait conformément aux instructions du cessionnaire, ce qui n'était pas garanti. En réponse à cet argument, on a expliqué que, dans la pratique, les parties à des opérations de financement étaient généralement notées en fonction de leurs antécédents et que le prix de l'opération dépendait de cette note et des risques encourus. On s'est d'autre part demandé si une telle règle ne risquait pas de priver les créanciers du cédant, y compris les créanciers privilégiés tels que les employés, d'avoirs importants sur lesquels ils devaient pouvoir compter pour se faire payer. On a répondu que puisque le patrimoine du cédant aurait été enrichi par le crédit avancé par le cessionnaire on ne pouvait guère permettre aux créanciers du cédant de se faire payer sur les créances cédées, car le résultat serait que les créanciers du cédant auraient tiré un avantage injustifié d'une faillite éventuelle du cédant.

167. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver le texte proposé en le plaçant entre crochets et de le réexaminer à sa session suivante en même temps que la variante A et le paragraphe 2 du projet d'article 17 *bis*. Il a renvoyé ces dispositions et le texte proposé au groupe de rédaction.

Section II. Débiteur

Article 17 *ter*. *Principe de la protection du débiteur*

168. Le texte du projet d'article 17 *ter* que le Groupe de travail a examiné 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) Sauf en cas de changement de l'identité de la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle ou à l'adresse de laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement, qui peut être communiqué dans une notification de la cession, aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidences sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial sans le consentement du débiteur."

169. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait antérieurement décidé d'inclure dans le préambule une référence générale à la protection du débiteur (voir par. 21). On a noté que le projet d'article 17 *ter* était fondé sur la version du projet d'article 7 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.96 (ci-après appelé l'"ancien article 7").

Paragraphe 1

170. On a noté que l'intention était de poser au paragraphe 1 que, à l'exception de certaines questions mettant en jeu le débiteur qui étaient expressément réglées dans le projet de convention (c'est-à-dire dans les projets d'articles 9 à 12 et 16 à 22), les droits et obligations du débiteur étaient ceux prévus par le contrat entre le cédant et le débiteur et par la loi qui régissait ce contrat. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

171. On a noté que la disposition énoncée au paragraphe 2 de l'ancien article 7 avait été reformulée en des termes plus généraux afin de l'aligner sur le projet d'article 16 et d'éviter qu'elle ne soit interprétée *a contrario* comme signifiant qu'en dehors du pays et de la monnaie spécifiés dans le contrat initial le cessionnaire pouvait

modifier les autres conditions de paiement indiquées dans ce contrat. Afin d'aligner le paragraphe 2 sur la définition du terme "instructions de paiement", on a suggéré de remplacer le membre de phrase "la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle ou à l'adresse de laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement" par les mots "de la personne, de l'adresse ou du compte" (voir par. 141 et 193). On a aussi suggéré, le Groupe de travail ayant décidé d'introduire une distinction entre la "notification de la cession" et les "instructions de paiement" (voir par. 138 à 142), de remplacer les mots "une notification de la cession" par les mots "des instructions de paiement". Ces suggestions ont bénéficié d'un large appui.

172. De nombreux membres ont estimé que la référence au "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" figurant dans l'ancien article 7 devait être ajoutée au paragraphe 2 afin de circonscrire les coûts et les risques supportés par le débiteur.

173. On a demandé s'il ne faudrait pas insérer une disposition visant expressément le cas du consommateur débiteur. On a émis l'avis que, dans tous les cas, le consommateur débiteur devait avoir la possibilité de se libérer en payant le cédant. A l'appui de cet avis, il a été déclaré qu'une telle approche irait dans le sens de la modification proposée du projet d'article 17 *bis* (voir par. 164) au titre duquel un débiteur pouvait continuer à effectuer des paiements au cédant. Cette suggestion n'a reçu aucun appui.

174. Il y a eu ensuite un débat sur le point de savoir s'il fallait insérer une disposition visant expressément les situations dans lesquelles le débiteur recevrait pour instruction de faire le paiement dans un lieu autre que celui stipulé dans le contrat initial, mais situé dans le même pays. Diverses opinions ont été exprimées concernant la façon dont le projet de convention devait traiter de la répartition des frais qui pourraient résulter d'une telle modification du lieu de paiement. Selon une opinion, lorsque le contrat initial mentionnait un lieu de paiement déterminé, le débiteur ne devait pas, sans son consentement, être privé du droit, qu'il tenait du contrat, de faire le paiement en ce lieu. On a expliqué que le débiteur risquait d'être sérieusement pénalisé s'il devait, par exemple, passer par une banque ou une succursale autre que celle initialement prévue. Le projet de convention devait donc consacrer le droit du débiteur de passer outre à une telle instruction ou, du moins, d'être indemnisé s'il devait supporter des frais supplémentaires en raison d'un changement du lieu de paiement, même dans le même pays. On a suggéré d'adopter une disposition s'inspirant du libellé du projet d'article 12-2 pour traiter de la violation d'une clause spécifiant le lieu de paiement. On a répliqué que dans la pratique, dans tous les cas où il attachait une importance particulière au lieu de paiement et où il était en mesure de négocier l'inclusion d'une clause spécifiant ce lieu, le débiteur introduirait une clause de non-cession dans le contrat initial. La question du droit éventuel du débiteur d'obtenir une compensation du cédant en cas de violation d'une telle clause serait donc couverte par le projet d'article 12-2. On a également déclaré que, dans la plupart des cas, une modification du lieu de paiement au sein d'un même pays n'aurait guère d'importance et ne serait pas considérée comme une violation du contrat.

175. Selon un autre point de vue, qui a été largement partagé, dans le cas de certaines pratiques financières, dont l'affacturage, il était essentiel que le lieu de paiement puisse être modifié dans les instructions de paiement. Dans la pratique, cela n'entraînait normalement pas de frais supplémentaires, et le cessionnaire avait tout intérêt à faciliter le paiement par le débiteur dans le pays et la monnaie de ce dernier, même si le contrat initial prévoyait le paiement dans un autre pays et une autre monnaie. De plus, dans la plupart des cas, la législation nationale autorisait le changement du lieu de paiement pour les cessions internes. Le paragraphe 2 devrait donc reconnaître expressément la possibilité d'indiquer dans les instructions de paiement un pays de paiement autre que celui spécifié dans le contrat initial afin que le débiteur puisse faire le paiement dans son pays.

176. Sous réserve de l'apport des modifications proposées aux paragraphes 171, 172 et 175 ci-dessus, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 17 *ter* quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 17 *quater*. *Notification au débiteur*

177. Le texte du projet d'article 17 *quater* que le Groupe de travail a examiné était le suivant:

"1) La notification de la cession produit ses effets lorsqu'elle est reçue par le débiteur, si elle est formulée dans des termes qui visent raisonnablement à informer le débiteur de son contenu. Il suffit qu'elle soit formulée dans les termes du contrat initial.

2) La notification de la cession peut porter sur des créances nées après ladite notification.

3) La notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure."

Paragraphes 1 et 2

178. On a rappelé que le Groupe de travail avait déjà adopté quant au fond les paragraphes qui composaient le projet d'article 17 *quater*. Il a néanmoins été convenu que, puisque le Groupe de travail avait décidé d'établir une distinction entre une notification de la cession et des instructions de paiement, cette dernière notion devrait être incorporée dans les paragraphes 1 et 2. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté les paragraphes 1 et 2 et les a renvoyés au groupe de rédaction.

Paragraphe 3

179. On a demandé si le paragraphe 3 devait être aligné sur les paragraphes 1 et 2 du fait de la distinction qui avait été établie entre la notification et les instructions de paiement. On a répondu qu'une référence aux instructions de paiement n'était pas nécessaire au paragraphe 3 puisque dans les cas où il y avait de multiples cessions successives, comme celui d'une chaîne de facteurs, il n'y aurait pas de raison de notifier le débiteur tant que la créance n'aurait pas été cédée au dernier cessionnaire de la chaîne. En outre, le paragraphe 3 permettrait au dernier cessionnaire d'adresser au débiteur une notification qui vaudrait aussi notification des cessions antérieures. Une telle approche permettrait au dernier cessionnaire de combler les lacunes

dans la chaîne de notifications et de donner au débiteur les instructions de paiement.

180. Un certain nombre de préoccupations ont toutefois été exprimées concernant les situations dans lesquelles la chaîne de notifications aurait été interrompue dans une série de cessions subséquentes. L'une d'elles était que le débiteur ne soit pas en mesure de déterminer avec certitude les droits du cessionnaire. Pour répondre à cette préoccupation, on a suggéré que la notification identifie le cédant initial et tous les cessionnaires successifs. On a objecté qu'à sa précédente session le Groupe de travail avait estimé qu'une énumération dans la notification de tous les cessionnaires successifs serait "une procédure trop lourde et contraire à l'usage établi et qui pourrait en outre dérouter les débiteurs", qu'"un cessionnaire raisonnable fournirait normalement suffisamment d'informations au débiteur pour être sûr que ce dernier effectue le paiement conformément à ses instructions" et que de toute façon "le débiteur était suffisamment protégé contre toute incertitude par le projet d'article 18-[6]" (A/CN.9/455, par. 63 à 66). On a répondu qu'il n'était pas certain que le projet d'article 18-6 soit suffisant pour protéger le débiteur. Étant entendu qu'il reviendrait sur la question lorsqu'il examinerait le projet d'article 18, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 17 *quater* et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 18. *Paiement libératoire du débiteur*

181. Le texte du projet d'article 18 examiné par le Groupe de travail se lisait comme suit:

"1) Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial.

2) Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des paragraphes 3 à 8 du présent article, le débiteur ne peut effectuer un paiement libératoire qu'à la personne désignée ou à l'adresse indiquée dans ladite notification.

3) S'il reçoit notification de plus d'une cession des mêmes créances effectuée par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire à la personne désignée ou à l'adresse indiquée dans la première notification reçue.

4) Si le débiteur reçoit plus d'une notification relative à une seule cession des mêmes créances effectuée par le même cédant, il peut effectuer un paiement libératoire à la personne désignée ou à l'adresse indiquée dans la dernière notification reçue avant le paiement.

5) S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur ne peut effectuer un paiement libératoire qu'à la personne désignée ou à l'adresse indiquée dans la notification de la dernière de ces cessions subséquentes reçue avant le paiement.

6) S'il reçoit du cessionnaire notification de la cession, le débiteur est fondé à 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.

7) Le présent article n'a d'incidences sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente, ou à un organisme public de consignation.

[8) Le présent article n'a d'incidence sur aucun motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur à une personne en faveur de laquelle a été faite une cession non valide.]"

Paragraphes 1 et 2

182. On a noté que le Groupe de travail avait déjà adopté le projet d'article 18 (A/CN.9/447, par. 69 à 93). Rappelant qu'il avait décidé de supprimer la référence au bénéficiaire dans la définition de la notification (voir par. 71), le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à remplacer, aux paragraphes 1 et 2, les mots "notification de la cession" par les mots "instructions de paiement". On a fait observer que, dans un certain nombre de pratiques, la notification était généralement donnée sans instructions de paiement (par exemple, dans le cas d'une notification relative à des sûretés). Pour que ces pratiques puissent être prises en compte sans porter atteinte à la protection du débiteur, le paiement libératoire du débiteur devrait être effectué sur la base d'instructions de paiement plutôt que d'une notification, car la notification n'indiquerait pas nécessairement le nom, l'adresse ou le compte du bénéficiaire. Selon cette approche, même si le débiteur avait reçu notification de la cession, , il devait avoir le droit d'effectuer un paiement libératoire au cédant, comme s'il n'y avait pas eu de cession.

183. Cette proposition a soulevé un certain nombre d'objections. On a dit qu'une telle approche irait à l'encontre de pratiques très répandues selon lesquelles un débiteur qui avait reçu notification d'une cession se libérait normalement en payant le cessionnaire. On a cité le cas de l'escompte de factures, dans lequel la notification visait uniquement à annuler les droits à compensation et le débiteur continuait à payer le cédant en tant qu'agent du cessionnaire. On a fait observer en outre que, selon l'approche proposée, le débiteur ne saurait pas avec certitude à qui le paiement libératoire devait être effectué ni si le projet de convention s'appliquait dans telle ou telle situation. Une telle incertitude, a-t-on dit, retarderait le paiement, ce qui n'était pas dans l'intérêt du cessionnaire ni du cédant.

184. Pour tenir compte des préoccupations exprimées, la proposition a été modifiée: le paragraphe 1 disposerait qu'après avoir reçu notification de la cession le débiteur pourrait se libérer en payant le cessionnaire, à condition que la notification ne contienne pas d'indication contraire et fournisse suffisamment de renseignements pour que le débiteur puisse savoir à qui effectuer le paiement. On a proposé le texte suivant: "Lorsqu'il a reçu notification de la cession, à moins que la notification n'indique le contraire, le débiteur ne peut effectuer un paiement libératoire qu'au cessionnaire si la notification fournit suffisamment de renseignements pour lui permettre de savoir à qui il doit effectuer le paiement."

185. Cette proposition n'a pas été non plus approuvée. On a dit qu'elle créerait une incertitude et permettrait au débiteur de refuser ou de retarder le paiement en prétextant un manque d'information. En outre, elle pouvait avoir pour effet involontaire d'obliger le débiteur à faire des recherches pour déterminer qui il devait payer pour se libérer. On a fait observer, par ailleurs, que normalement, même dans les cas où le cédant continuait à recevoir paiement après notification, il agirait au nom du cessionnaire et, par conséquent, le paiement au cédant devait être considéré comme un paiement au cessionnaire.

186. On a donc proposé de dire, au paragraphe 2, que le paiement devait être fait "au cessionnaire ou à la personne désignée par le cessionnaire dans la notification". On a toutefois exprimé la crainte que la formule proposée n'indique pas de façon suffisamment claire que la notification pouvait être donnée par le cédant. Pour répondre à cette crainte, un certain nombre de suggestions ont été faites: on a proposé notamment de supprimer les mots "par le cessionnaire" ou "dans la notification" et de dire plutôt que le paiement devait être fait au cessionnaire sauf si des instructions de paiement contraires étaient données. Cette dernière suggestion a été bien accueillie. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1, sans modification, et le paragraphe 2, sous réserve de l'insertion d'un membre de phrase indiquant que le paiement devait être fait au cessionnaire, à moins que le débiteur ne reçoive des instructions contraires, et il a renvoyé ces deux paragraphes au groupe de rédaction.

Paragraphes 3, 4 et 5

187. Pour aligner le texte des paragraphes 3, 4 et 5 sur la nouvelle définition de la notification adoptée à la présente cession (voir par. 71), il a été décidé de supprimer, aux paragraphes 3, 4 et 5, les mots "à la personne désignée ou à l'adresse indiquée" et de faire référence, au paragraphe 4, à des instructions de paiement.

188. Un certain nombre de questions ont été soulevées. Un membre a demandé si le mode de paiement prévu au paragraphe 3 était le seul moyen par lequel le débiteur pouvait effectuer un paiement libératoire. En réponse à cette question, on a fait observer qu'à la différence du paragraphe 2 (selon lequel le débiteur "*ne* peut effectuer un paiement libératoire *qu*'à") le paragraphe 3 ne présentait pas le mode de paiement prévu comme le seul possible car, en vertu de ce paragraphe (comme en vertu des paragraphes 4 et 5), le débiteur pouvait choisir soit de payer comme prévu au paragraphe 3, soit de payer la personne fondée à recevoir le paiement en vertu du paragraphe 7. Dans ce dernier cas, le débiteur courrait le risque de payer une personne autre que l'ayant droit et, par conséquent, de devoir payer deux fois. Un autre membre a demandé si, en vertu des paragraphes 3, 4 et 5, le paiement effectué par le débiteur serait libératoire uniquement si celui-ci agissait de bonne foi. On a rappelé, en réponse à cette question, qu'à ses sessions précédentes le Groupe de travail avait conclu qu'en exigeant, pour que le paiement ait valeur libératoire, que le débiteur ait agi de bonne foi et qu'il n'ait pas eu connaissance, par exemple, de l'invalidité de la cession ou du droit supérieur d'un autre cessionnaire on créerait une incertitude qui compromettrait un des principaux objectifs du projet de convention, à savoir la protection du débiteur (A/CN.9/420, par. 100 à 104, A/CN.9/432, par. 168 à 172 et A/CN.9/434, par. 180). Quant aux cas dans lesquels la mauvaise foi pouvait exceptionnellement être recevable, on a noté qu'ils relevaient du droit applicable en dehors du projet de convention.

Paragraphe 6

189. En réponse à une question, on a fait observer que le fait de recevoir notification de la cession ne pouvait pas, en soi, déclencher pour le débiteur l'obligation de payer, qui découlait du contrat initial. Ainsi, si le débiteur recevait notification de la cession avant l'échéance de la dette, il n'aurait pas l'obligation de payer le capital ou l'intérêt de la dette. Si le débiteur recevait la notification après l'échéance de la dette et si les conditions énoncées au paragraphe 7 étaient remplies, son obligation de payer le capital de la dette serait suspendue et, par conséquent, aucun intérêt ne lui serait réclamé. Un membre a dit que les questions relatives aux intérêts devraient être traitées explicitement dans le texte du projet de convention. Mais on a fait observer que ces questions faisaient souvent partie d'arrangements contractuels complexes et ne se prêtaient pas à une unification. On a estimé, toutefois, qu'il serait utile d'expliquer ces questions dans le commentaire.

Paragraphe 7

190. On a dit que le paragraphe 7 énonçait la règle la plus importante du projet d'article 18, à savoir que le débiteur pouvait être libéré en payant l'ayant droit. Tous les autres paragraphes du projet d'article contenaient une règle "refuge" destinée à protéger le débiteur s'il avait payé une autre personne. On a donc proposé de placer le paragraphe 7 au commencement de l'article 18. Cette suggestion a été accueillie avec intérêt.

191. Pour éviter tout conflit avec le droit interne régissant la libération du débiteur, il a été suggéré de faire référence, au paragraphe 7, au droit régissant la créance. Certains ont objecté que, dans la mesure où le paragraphe 7 indiquait de façon suffisamment claire que le projet de convention ne visait pas à exclure les motifs (contractuels ou non contractuels) conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur en vertu du droit applicable en dehors du projet de convention, il n'était pas nécessaire de spécifier le droit applicable. On a noté par ailleurs que le texte du paragraphe 7 reprenait les termes de la Convention d'Ottawa (A/CN.9/420, par. 131, A/CN.9/434, par. 190 et 191, et A/CN.9/447, par. 91 et 92).

Paragraphe 8

192. On a noté que le paragraphe 8 avait été ajouté entre crochets dans le texte du projet d'article 18 pour traiter des cas exceptionnels dans lesquels le débiteur pouvait payer une personne en faveur de laquelle avait été faite une cession non valide (A/CN.9/455, par. 55 à 58). Des vues divergentes ont été exprimées quant à la question de savoir si le paragraphe 8 devait être maintenu. Certains pensaient qu'il devait être supprimé ou qu'il fallait préciser davantage qu'il

visait une cession non valide. À leur avis, la définition de la cession indiquait de façon suffisamment claire que le débiteur ne pouvait pas se libérer en payant un cessionnaire dont les droits découlaient d'une cession non valide. En outre, le paragraphe 6, qui permettait au débiteur, en cas de notification par le cessionnaire, de demander à celui-ci la preuve que la cession avait été effectuée, suffisait à protéger le débiteur. Certains ont répondu que le paragraphe 6 ne couvrait pas les cas dans lesquels la notification était donnée par le cédant. Ils ne voyaient pas pourquoi, en cas de notification par le cédant, le débiteur ne devait pas être libéré, même si la cession n'était pas valide. On s'est demandé, en outre, si le paragraphe 8 était compatible avec l'ensemble du projet d'article 18, qui, à l'exception du paragraphe 7, visait à assurer la protection du débiteur en cas de paiement à une personne autre que l'ayant droit. Faute de temps, le Groupe de travail a décidé de maintenir provisoirement le paragraphe 8 entre crochets et d'examiner la question à sa session suivante.

"Instructions de paiement"

193. Rappelant qu'il avait décidé d'examiner s'il était nécessaire de définir l'expression "instructions de paiement", qui était utilisée dans le texte révisé du projet d'article 16 et des paragraphes 2 et 4 du projet d'article 18, le Groupe de travail a examiné une définition révisée de cette expression (voir par. 141). Il a généralement estimé qu'une telle définition ne serait pas nécessaire étant donné que le sens de l'expression "instructions de paiement" était évident. Il a en outre été convenu que le groupe de rédaction examinerait le paragraphe 4 du projet d'article 18 afin de déterminer s'il était nécessaire d'y incorporer des éléments de la définition supprimée.

Article 19. *Exceptions et droit à compensation*

194. Le texte du projet d'article 19 examiné par le Groupe de travail se lisait comme suit:

"1) Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur une demande de paiement des créances cédées, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions ou tout droit 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 que [, en vertu de la loi de l'État sur le territoire duquel il est situé,] 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 droit 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."

195. Ayant noté que le projet d'article 19 avait déjà été adopté (A/CN.9/447, par. 94 à 102), le Groupe de travail s'est concentré sur les quelques questions qui restaient en suspens.

Paragraphe 1

196. Rappelant sa décision d'exclure du champ d'application du projet de Convention les créances autres que les créances contractuelles (voir par. 42), le Groupe de travail a décidé de supprimer le texte entre crochets au paragraphe 1.

Paragraphe 2

197. Un membre du Groupe de travail a fait observer que la question du moment auquel un droit à compensation pouvait être invoqué devait être réglée par la loi régissant la créance de l'État où celle-ci était née plutôt que par la loi de l'État sur le territoire duquel était situé le débiteur. On resterait ainsi dans la logique de la Convention de l'Union européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980, ci-après appelée "la Convention de Rome") et du projet d'article 30 du projet de convention, et on donnerait aux parties la possibilité de convenir de la loi régissant le droit à compensation. Ce point de vue a bénéficié d'un certain appui mais, d'une manière générale, on estimait que l'on n'avait pas à se préoccuper de cette question dans le projet de convention. On a fait remarquer que, dans la plupart des cas, c'est la loi en vigueur dans l'État sur le territoire duquel était situé le débiteur qui s'appliquerait vraisemblablement. Après un débat, le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots entre crochets dans la première phrase du paragraphe 2.

198. Compte tenu de sa décision de ne pas mentionner le bénéficiaire du paiement dans la définition de la "notification" (voir par. 71), le Groupe de travail a aussi décidé de supprimer la deuxième phrase figurant entre crochets, qui n'était plus nécessaire.

Paragraphe 3

199. La question de l'interaction entre le paragraphe 3 et le projet d'article 12 a été posée. On a noté, à cet égard, qu'en vertu du paragraphe 2 du projet d'article 12 une clause de non-cession produirait toujours ses effets entre le cédant et le débiteur. On a aussi noté que, dans la mesure où, en vertu du droit interne, une cession pouvait être considérée comme une rupture de contrat, le débiteur serait fondé à intenter une action contre le cédant, mais non contre le cessionnaire. D'autre part, il a été noté que le paragraphe 3 visait à garantir que le débiteur n'aurait pas la possibilité d'opposer au cessionnaire la violation d'une clause de non-cession aux fins de compensation car, si tel était le cas, la cession perdrait toute valeur pour ce dernier. On a noté en outre que les débiteurs publics ne pouvaient pas perdre leurs droits à compensation puisqu'une cession effectuée en dépit d'une clause de non-cession n'aurait pas d'effet à leur égard et le paragraphe 3 ne s'appliquerait donc pas. Sous réserve des modifications mentionnées aux paragraphes 196 à 198, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 19.

Article 20. *Convention de non-recours aux exceptions et au droit à compensation*

200. Le texte du projet d'article 20 examiné par le Groupe de travail se lisait comme suit:

"1) Sans préjudice de la loi régissant la protection du débiteur dans les transactions à des fins personnelles, familiales ou domestiques dans l'État sur le territoire duquel le débiteur est situé, le débiteur peut convenir avec le cédant, par écrit, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droit à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de l'article 19. Une telle convention empêche le débiteur d'apposer au cessionnaire ces exceptions et droit 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 sans savoir que, ce faisant, il devenait partie au contrat, pourvu 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."

201. On a fait observer que le projet d'article 20 avait déjà été adopté (A/CN.9/447, par. 103 à 121).

Paragraphe 1

202. Il a été convenu que, pour couvrir les transactions faites à la fois aux fins de consommation et à des fins commerciales, on préciserait, s'agissant des transactions à des fins de consommation, que ces transactions avaient été effectuées "principalement" à ces fins.

Paragraphes 2 et 3

203. Il a été convenu de supprimer la mention, à l'alinéa *b* du paragraphe 2, du défaut de qualité de l'agent pour conclure le contrat pour le compte du débiteur. Il n'y avait pas lieu, a-t-on fait observer, d'étendre des concepts tirés du droit applicable aux instruments négociables, au droit applicable aux cessions, en particulier si l'on considérait qu'il se pouvait que dans certains cas le cédant agisse en tant qu'agent du débiteur.

204. Il a été convenu que l'alinéa *c* du paragraphe 2 n'était pas nécessaire et qu'il devait, par conséquent, être supprimé. On a fait observer que, dans la mesure où le projet de convention traitait uniquement de créances et non d'instruments négociables, les obligations auxquelles était tenu le débiteur ne naîtraient pas d'une signature, mais découleraient de la volonté des parties. On a fait remarquer, aussi, qu'en tout état de cause, dans certains systèmes juridiques, le débiteur ne pouvait invoquer une exception pour nullité du contrat initial. Sous réserve des changements mentionnés aux paragraphes 202 à 204, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 20.

Article 21. *Modification du contrat initial*

205. Le texte du projet d'article 21 examiné par le Groupe de travail se lisait comme suit:

"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 les 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 n'y consente; ou

b) La créance ne soit pas encore acquise en totalité, le contrat initial n'étant pas complètement exécuté, et soit que la modification y ait été prévue, soit que, dans le contexte de ce contrat, tout cessionnaire raisonnable y consentirait.

3) Les paragraphes 1 et 2 du présent article sont sans incidences 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.]"

206. Notant que le projet d'article 21 avait déjà été adopté (A/CN.9/447, par. 122 à 135) et rappelant sa décision de ne pas mentionner dans la définition de la notification le concept d'instructions de paiement (voir par. 71), le Groupe de travail est convenu de supprimer le paragraphe 4.

Article 22. *Restitution des paiements*

207. Le texte du projet d'article 22 examiné par le Groupe de travail se lisait comme suit:

"Sans préjudice des lois de l'État sur le territoire duquel est situé le débiteur concernant la protection du débiteur dans les transactions à des fins personnelles, familiales ou domestiques ni des droits du débiteur en vertu de l'article 19, la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur à recouvrer auprès du cessionnaire une somme payée par lui au cédant ou au cessionnaire."

208. Notant que le projet d'article 22 avait déjà été adopté par le Groupe de travail (A/CN.9/447, par. 136 à 139), celui-ci a décidé qu'il convenait de préciser à propos des transactions à des fins de consommation que ces transactions avaient été effectuées "principalement" à de telles fins.

Section III. Autres parties

Article 23. *Droits concurrents de plusieurs cessionnaires*

209. Le texte du projet d'article 23 examiné par le Groupe de travail se lisait comme suit:

"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. Un cessionnaire bénéficiant d'une priorité peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur d'un cessionnaire concurrent, que ledit cessionnaire existe ou non au moment de la renonciation. [La renonciation, si elle est conventionnelle, peut résulter d'une convention avec le cédant, le cessionnaire concurrent ou toute autre personne.]"

210. Le Groupe de travail a noté qu'il avait déjà adopté le projet d'article 23 (A/CN.9/455, par. 18 à 21) et il a examiné la phrase placée entre crochets à la fin du paragraphe 2. Différents points de vue ont été exprimés. Selon l'un, la phrase entre crochets devait être supprimée. La première phrase du paragraphe 2 suffisait, car un renoncement volontaire devrait nécessairement être unilatéral ou conventionnel. La majorité des membres ont toutefois estimé que la phrase entre crochets apportait des précisions utiles sur un point qui n'était pas très clair dans certains systèmes juridiques. Du point de vue de la forme, on a proposé, dans un souci de concision et de clarté, de réviser le paragraphe 2 de la façon suivante: "Un cessionnaire bénéficiant d'une priorité peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tous cessionnaires existants ou futurs." Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2.

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

211. Le texte du projet d'article 24 que le Groupe de travail a examiné était le suivant:

"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. Dans une procédure d'insolvabilité portant sur les biens du cédant, la priorité entre le cessionnaire et les créanciers du cédant est régie par la loi de l'État dans lequel est situé le cédant.

3. Nonobstant les paragraphes 1 et 2, l'application d'une disposition de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant ne peut être refusée par un tribunal ou une autre autorité compétente que si ladite disposition est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.

4. En cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, sauf dispositions contraires 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.

[5. Si une procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit non contractuel qui, en vertu de la loi du for, aurait la priorité sur le droit d'un cessionnaire conserve cette priorité, nonobstant le paragraphe 2, mais dans la mesure seulement où ladite priorité a été spécifiée par l'État du for dans un instrument déposé auprès du dépositaire avant la date de la cession.]

6. 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."

212. On a rappelé que le Groupe de travail avait déjà adopté le texte du projet d'article 24 (A/CN.9/455, par. 175).

Paragraphe 2

213. On a noté que le paragraphe 2 avait été remanié pour tenir compte du fait que l'administrateur de l'insolvabilité n'était pas toujours détenteur des droits des créanciers, mais pouvait se contenter de les exercer. Il a été noté par ailleurs que le libellé actuel tenait compte du fait que, dans certaines procédures de redressement, il n'y avait pas nécessairement d'administrateur de l'insolvabilité. Il a été convenu qu'en raison de la définition du terme "procédure d'insolvabilité" les mots "portant sur les biens du cédant" devaient être supprimés. Sous réserve de l'apport de cette modification, le Groupe de travail a adopté le texte révisé du paragraphe 2.

Paragraphe 3

214. On s'est demandé s'il convenait de faire jouer l'exception d'ordre public uniquement dans les cas où la loi applicable était "*manifestement* contraire" à l'ordre public de l'État du for. On a fait valoir que cette notion de "manifestement contraire" n'était pas usuelle dans certains systèmes juridiques et risquait donc d'introduire un élément d'incertitude quant à la portée de la disposition. On a répondu que le terme "*manifestement* contraire" était utilisé dans de nombreux autres instruments juridiques internationaux (par exemple, à l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale) pour qualifier le terme "ordre public". L'adverbe "manifestement" visait à souligner que les exceptions d'ordre public devaient être interprétées de manière restrictive et que le paragraphe 3 ne devait être invoqué que dans des circonstances exceptionnelles pour des questions d'une importance fondamentale pour l'État du for (voir le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par. 89). De nombreux membres du Groupe de travail ont estimé que cette approche était suffisante pour satisfaire les considérations d'ordre public fondamentales de l'État du for, sans compromettre indûment la sécurité juridique qu'apporterait la future convention.

Paragraphe 4

215. De nombreux membres du Groupe de travail ont estimé qu'il faudrait expliquer dans le commentaire ce que recouvrait le membre de phrase "sauf dispositions contraires du présent article".

Paragraphe 5

216. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si, pour veiller à ce que le projet d'article 24-2 ne l'emporte pas sur les règles nationales créant des droits de préférence (droits non contractuels ou droits de superpriorité) (par exemple, en faveur de l'État pour les impôts), une disposition distincte, telle que celle énoncée au paragraphe 5, était nécessaire.

217. Le Groupe de travail dans son ensemble s'est prononcé en faveur du principe exprimé au paragraphe 5, à savoir que la possibilité devait être donnée à l'État du for de préserver l'application de ses propres règles nationales créant des droits de superpriorité. On a demandé si ce principe n'était pas déjà posé au paragraphe 3. On a répondu qu'en vertu du paragraphe 3 l'État du for pourrait refuser l'application d'une disposition de la loi applicable conformément au paragraphe 2 si celle-ci était manifestement contraire à son ordre public, mais qu'il ne pourrait pas imposer l'application de dispositions conformes à son ordre public. On a aussi déclaré que le commentaire pourrait expliquer que le paragraphe 5 était destiné à préserver les droits et intérêts non contractuels qui étaient prioritaires en vertu de la loi de l'État du for.

218. Le débat a ensuite été axé sur le point de savoir si la référence, à la fin du paragraphe 5, à une déclaration dans laquelle les États spécifieraient les droits non contractuels qui auraient la priorité sur les droits d'un cessionnaire devait être maintenue. Des opinions divergentes ont été exprimées.

219. Selon un point de vue, la référence devait être maintenue. On a fait observer qu'une déclaration telle que celle envisagée au paragraphe 5 pourrait, en délimitant les superpriorités dans un État donné, être capitale pour éliminer les incertitudes pouvant entourer l'application du projet de convention. De plus, il y avait déjà un précédent puisque cette approche avait été adoptée dans l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles. Qui plus est, l'absence d'une telle déclaration et les incertitudes qui en résulteraient quant à la nature et à l'étendue des droits de superpriorité reconnus dans un État donné risquaient d'accroître considérablement le coût du crédit dans cet État.

220. L'opinion de la majorité a néanmoins été que cette référence devait être supprimée. On a fait valoir que si l'on exigeait d'eux qu'ils spécifient dans une déclaration les droits non contractuels qui auraient la priorité sur les droits d'un cessionnaire, les États risquaient d'être plus réticents à l'égard du projet de convention car toute omission ou erreur dans la déclaration ferait perdre aux droits non mentionnés leur priorité par rapport à ceux d'un cessionnaire. En outre, contrairement à l'effet attendu du paragraphe 5, la sécurité juridique ne serait pas meilleure si les déclarations n'étaient pas suffisamment claires ou détaillées ou étaient constamment révisées. De plus, il ne fallait pas surestimer l'incertitude qui résulterait de l'absence de telles déclarations, car même s'il était techniquement difficile d'élaborer une liste exhaustive des droits de superpriorité, les grandes catégories de droits non contractuels qui seraient normalement considérés comme des droits superprioritaires étaient déjà connues de la communauté financière internationale. On a aussi fait valoir que de telles déclarations seraient carrément impossibles pour les gouvernements des États dont la législation ne donnait pas une liste exhaustive des droits superprioritaires.

221. On a émis l'avis qu'il faudrait au moins donner aux États qui souhaitaient lever l'ambiguïté concernant les droits superprioritaires qu'ils reconnaissaient la possibilité de faire une telle déclaration. Pour ce faire, on a proposé le libellé ci-après:

> "Un État peut à tout moment déposer une déclaration spécifiant les droits [non contractuels] [préférentiels] ou intérêts qui ont la priorité sur les intérêts d'un cessionnaire, nonobstant l'application de la règle de priorité énoncée au paragraphe 2."

222. Sous réserve de la suppression de la référence aux déclarations à déposer par les États figurant à la fin du paragraphe 5 et de l'adjonction du texte susmentionné entre crochets, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 5.

Parties multiples

223. On a rappelé que le Groupe de travail avait remis à plus tard l'examen du paragraphe 6 de l'article premier et des paragraphes 2 et 3 de l'article 3 afin de pouvoir procéder à des consultations sur les pratiques relatives aux parties multiples (voir par. 28). On a dit qu'il pouvait y avoir multiplicité de parties dans trois cas: plusieurs débiteurs pouvaient être responsables conjointement et solidairement du paiement d'une ou plusieurs créances; plusieurs cédants pouvaient détenir conjointement une ou plusieurs créances; ou une ou plusieurs créances pouvaient être cédées à plusieurs cessionnaires.

224. On a fait observer qu'il pouvait y avoir des débiteurs multiples lorsqu'un prêteur avait accordé un crédit à plusieurs débiteurs (par exemple, à plusieurs sociétés appartenant au même groupe) et que tous les débiteurs avaient accepté d'être conjointement et solidairement responsables en vertu du contrat initial. Il pouvait aussi y avoir des cessionnaires multiples lorsque plusieurs cessionnaires avaient prêté de l'argent à un cédant en vertu d'un contrat de prêt unique (par exemple, un contrat de prêt consortial). On a fait observer que les cas de cédants multiples (par exemple, les cas où plusieurs cédants détenaient conjointement une ou plusieurs créances) étaient très rares dans la pratique.

225. Dans le cas des débiteurs multiples, les droits et obligations de tous les débiteurs seraient régis par les règles du projet de convention si le contrat initial devait être régi par la loi d'un État contractant. Si ce n'était pas le cas et si un seul des débiteurs était situé dans un État contractant, chaque opération devrait être considérée comme une opération indépendante. Par conséquent, le projet de convention ne devait être applicable qu'aux débiteurs qui étaient situés dans des États contractants. Par ailleurs, une créance devait être considérée comme une créance internationale si chacun des débiteurs et le cédant étaient situés dans des pays différents. On a fait observer

en outre que, dans le cas des cessionnaires ou des cédants multiples, il ne fallait pas tenir compte de l'appartenance d'une société à un groupe pour déterminer si le cédant était situé dans un État contractant ou si la cession ou la créance était internationale. On a estimé que le projet de convention produirait ces résultats sans qu'il soit nécessaire d'ajouter des dispositions comme celles qui figuraient au paragraphe 6 de l'article premier et aux paragraphes 2 et 3 de l'article 3. Il était donc inutile de déterminer où se situait la responsabilité principale ou la responsabilité subsidiaire; les règles du projet de convention seraient applicables comme s'il n'y avait pas de responsabilité conjointe et solidaire et leur applicabilité serait déterminée en fonction des parties et de l'effet économique de l'opération, quelles qu'en soient la structure ou la forme. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 6 de l'article premier et les paragraphes 2 et 3 de l'article 3.

226. Le débat a ensuite porté sur la question de savoir si l'emplacement des cédants et des cessionnaires multiples pouvait être déterminé en fonction de celui de leur agent ou mandataire (projet d'article 5 *k* v. Des points de vue divergents ont été exprimés. Selon l'un, le sous-alinéa *k* v du projet d'article 5 devait être maintenu car il apporterait une précision utile dans les cas où l'emplacement pourrait être logiquement déterminé en fonction de celui de l'agent dans la mesure où celui-ci serait partie à l'opération.

227. Selon un autre point de vue, le sous-alinéa *k* v du projet d'article 5 devait être supprimé. Il ne fallait pas, en effet, que l'opération tout entière soit régie par la loi de l'État où l'agent était situé, que celui-ci soit partie à l'opération ou qu'il remplisse simplement des fonctions administratives. De plus, le projet de convention serait souvent inapplicable dans la mesure où les agents étaient souvent situés dans un paradis fiscal, qui ne serait normalement pas un État contractant. En outre, les expressions "agent" et "mandataire" n'étaient pas universellement comprises. On a fait observer à l'encontre de ce point de vue qu'il serait peut-être prématuré de supprimer le sous-alinéa *k* v du projet d'article 5 avant que le Groupe de travail ait eu la possibilité d'examiner l'ensemble de l'alinéa *k*. Cela étant, le Groupe de travail a décidé de maintenir le sous-alinéa *k* v de l'article 5 entre crochets.

III. RAPPORT DU GROUPE DE RÉDACTION

228. Le Groupe de travail a prié un groupe de rédaction établi par le secrétariat de réexaminer l'intitulé, le préambule et les projets d'articles 1er à 22 afin d'assurer l'homogénéité des diverses versions linguistiques.

229. À la fin de ses délibérations, le Groupe de travail a examiné le rapport du groupe de rédaction et a adopté quant au fond l'intitulé, le préambule et les projets d'articles 1er à 22 tels qu'ils avaient été révisés par le groupe de rédaction, ainsi que les articles 23 et 24. Le texte des projets d'articles révisés ainsi que des projets d'articles 23 et 24, tels qu'adoptés par le Groupe de travail, est reproduit en annexe au présent rapport. Conformément à la décision qu'il avait prise à l'issue de l'établissement du rapport du Groupe de rédaction (voir par. 225), le Groupe de travail a décidé de supprimer les projets d'articles 1-5, 3-2 et 3-3. Il a été convenu qu'il fallait ajouter dans la deuxième phrase du projet d'article 2 *a* les mots "considérée être" afin qu'il apparaisse clairement que le Groupe de travail établissait une fiction juridique en disposant que la création de droits sur des créances à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation était un transfert. S'agissant du projet d'article 5 *c*, il a été décidé qu'il fallait préciser qu'une créance existante était une créance née "avant ou au moment de la conclusion du contrat de cession". Il a également été décidé que la référence à certains projets d'articles figurant au début du projet d'article 5 *j* et *k* devait être mise entre crochets afin d'indiquer que pour la majorité des membres du Groupe de travail il était préférable de n'avoir qu'une seule règle concernant la "situation géographique" aux fins de l'ensemble du projet de convention. En ce qui concerne le projet d'article 12, il a été décidé que la référence aux départements, agences ... gouvernementaux et la référence aux activités commerciales d'entités gouvernementales devaient être mises entre crochets, de sorte que le Groupe de travail revienne sur ces questions à sa session suivante. Il a été suggéré d'ajouter, dans la version anglaise du projet d'article 19-2, les mots "*by payment*" après le mot "*discharge*". À l'encontre de cette suggestion, on a fait valoir que cela n'était pas nécessaire puisque le projet d'article 19 traitait uniquement du paiement libératoire. Il a été décidé que le projet d'article 19-4 devait préciser qu'après la notification seul le cessionnaire pouvait donner des instructions de paiement. S'agissant du projet d'article 21, on a rappelé que la référence à une exception fondée sur la nullité du contrat initial avait été supprimée notamment parce que le débiteur ne pouvait, en tout état de cause, renoncer à invoquer une telle exception. Quant à la mention d'un "écrit signé", on a déclaré que le Groupe de travail devrait revenir sur la question à sa session suivante.

IV. TRAVAUX FUTURS

230. On a déclaré que le Groupe de travail devrait redoubler d'efforts pour parvenir à un accord sur la signification du terme "situé" aux fins de l'ensemble du projet de convention. À cet égard, on a fait observer qu'en ce qui concerne la situation géographique du cédant et du cessionnaire les notions de "direction générale" ou de "lieu de l'administration centrale" pourraient offrir un terrain d'entente et que, s'agissant de la situation du débiteur, on pourrait retenir le lieu ayant la relation la plus étroite avec le contrat initial. Quant aux dispositions du chapitre VI concernant les lois de police et les questions d'ordre public, on a fait observer qu'en les excluant des règles contre l'application desquelles les États contractants pouvaient opter on risquait de donner à tort l'impression qu'elles étaient censées s'appliquer non seulement aux dispositions de droit international privé du projet de convention autres que celles du chapitre VI, mais aussi aux dispositions de droit matériel du projet de convention. Cela aurait, a-t-on ajouté, pour résultat de réduire considérablement la sécurité juridique apportée par le projet de convention. Pour ce qui est de l'annexe facultative, on a suggéré d'organiser des consultations officieuses sur les questions qu'elle soulevait avant la session suivante du Groupe de travail.

231. On a noté qu'il était prévu que le Groupe de travail tienne sa prochaine session à Vienne du 11 au 22 octobre 1999, sous réserve que la Commission confirme ces dates à sa trente-deuxième session, qui aurait lieu à Vienne du 17 mai au 4 juin 1999.

V. RAPPORTS ENTRE LE PROJET DE CONVENTION ET LE PROJET DE CONVENTION D'UNIDROIT SUR LES INTÉRÊTS INTERNATIONAUX À L'ÉGARD DU MATÉRIEL MOBILE

232. On a déclaré que l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) rédigeait actuellement, en coopération avec l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) et d'autres organisations, une convention sur les sûretés (comprenant les ventes à condition et les contrats de location) constituées sur le matériel mobile de grande valeur comme les aéronefs, l'équipement spatial et le matériel ferroviaire roulant), ci-après dénommée "le projet d'Unidroit". On a souligné également que le projet d'Unidroit cherchait à éliminer les obstacles au commerce international qui résultaient de l'application de la loi du lieu du matériel (*lex situs*), avec pour conséquence le fait qu'une sûreté créée dans un pays A n'était pas nécessairement exécutoire dans un pays B.

233. On a fait observer que le projet d'Unidroit avait notamment pour caractéristique principale d'être divisé entre une convention de base, qui contenait des dispositions applicables à un certain nombre de types de matériel mobile, et des protocoles, qui contenaient des dispositions s'appliquant spécialement à certains matériels. On a souligné, de plus, que la convention de base n'entrerait en vigueur que dans la mesure où un protocole applicable à un type de matériel entrerait lui-même en vigueur. De même, le projet d'Unidroit prévoyait des registres internationaux par type de matériel qui devraient être établis à l'avenir pour que le projet s'applique. Pour le moment, un protocole sur les aéronefs avait été rédigé en coopération avec l'OACI et un protocole sur le matériel spatial et un autre sur le matériel ferroviaire roulant étaient en cours de rédaction en coopération avec d'autres organisations. Suivant le projet de protocole rédigé pour les aéronefs, il fallait trois ratifications pour que l'instrument entre en vigueur (alors que, conformément à la pratique de l'OACI, la Convention de Genève de 1948 sur la reconnaissance internationale des droits sur les aéronefs, qui serait remplacée par le Protocole sur les aéronefs, exigeait 20 ratifications).

234. Le projet d'Unidroit s'appliquerait notamment à la création de sûretés garantissant les droits à paiement ou les droits à exécution par le débiteur, ainsi qu'à la cession pure et simple de ces mêmes droits, en vertu d'un contrat de vente ou de location du matériel (art. 1er et art. 41). D'autre part, le projet d'Unidroit s'appliquerait à la cession des sûretés constituées sur le matériel, ce qui provoquerait, d'après l'état actuel du projet, le transfert des créances nées du contrat de vente ou de location du matériel au bénéficiaire du transfert de la sûreté sur le matériel (art. 31). En outre, le projet d'Unidroit réglerait la question du rang pour la distribution des indemnités d'assurance dues en cas de perte ou de destruction du matériel (art. 28.5).

235. On a souligné que des dispositions à ce sujet provoqueraient un chevauchement avec le contenu du projet de convention en cours de rédaction par le Groupe de travail. Dans la mesure où le projet d'Unidroit réglerait les questions concernant la cession d'une manière différente de celle qui est envisagée dans le projet de convention, il y aurait en définitive deux régimes contradictoires applicables aux mêmes matières. On a fait observer que de telles contradictions pouvaient être éliminées de trois manières: en excluant du champ d'application du projet de convention la cession des créances procédant de la vente ou de la location du matériel; en excluant du projet d'Unidroit la cession des créances; enfin, en prévoyant de régler les conflits par une disposition qui déterminerait les rapports du projet de convention avec les autres instruments internationaux. Une telle disposition pourrait prévoir que le projet de convention l'emporte sur le projet d'Unidroit ou, inversement, que le projet d'Unidroit l'emporte sur le projet de convention. Il serait possible aussi de disposer, suivant l'exemple du projet d'article 42, qu'un État, s'il est intéressé à adopter les deux textes, doit décider à quel texte il désire donner la prééminence.

236. On a déclaré que, si la cession des créances procédant de la vente ou de la location de matériel devait être exclue du champ d'application du projet de convention en supposant que le projet d'Unidroit serait largement adopté et entrerait en vigueur dans un délai raisonnable (qui dépendait de la mise en place, à l'avenir, de registres internationaux par type de matériel), la cession de ces créances serait régie par ce texte. Ce choix aurait principalement les conséquences suivantes: la créance garantie par une sûreté accessoire constituée sur le matériel serait traitée comme un droit accessoire, associé, qui suivrait la sûreté; la cession de ces créances ne serait possible qu'avec le consentement du débiteur; le rang des créanciers à l'égard de ces créances serait déterminé d'après l'ordre chronologique d'inscription au registre international pertinent; le financier du matériel pourrait se prévaloir des recours directs prévus par le projet d'Unidroit (art. 9) et également des recours prévus dans ce texte en cas d'insolvabilité de l'emprunteur (du cessionnaire des créances), y compris la reprise du matériel grevé par la sûreté dans les 30 ou les 60 jours de l'ouverture de la procédure collective (art. XI du Protocole sur les aéronefs).

237. Si, en revanche, la cession des créances procédant de la vente ou de la location du matériel était exclue du projet d'Unidroit, au motif que le projet de convention serait largement adopté, cette cession relèverait du champ d'application du projet de convention. Il en résulterait notamment que le rang des créanciers pour le règlement de ces créances serait déterminé par la loi de l'État où est situé le cessionnaire. Si cet État est partie au projet d'Unidroit, le rang sera déterminé conformément à l'ordre chronologique des inscriptions au registre international pertinent. Cependant, si le cessionnaire se trouve dans un État qui n'est pas partie au projet d'Unidroit et que ce texte s'applique en prenant pour base l'inscription du matériel pour un registre national (par exemple, un aéronef enregistré auprès d'une autorité nationale de l'aviation; art. 4), deux régimes différents pourraient être applicables pour déterminer le rang de priorité.

238. On a déclaré que, pour décider comment régler le conflit entre le projet de convention et le projet d'Unidroit, il faudrait répondre essentiellement à une question de nature empirique: savoir si les créances procédant de la vente ou de la location du matériel relèvent du financement du matériel ou du financement des créances. À ce sujet, on a souligné que, dans les opérations de financement des aéronefs, les droits associés à la vente ou à la location du matériel (c'est-à-dire les droits à paiement et les droits à exécution) sont indissolublement attachés à l'appareil, dans le sens où le financier cherchera normalement à obtenir une sûreté sur l'appareil, de même que sur les flux de recettes dérivant de la location et sur les droits concernant l'entretien de l'aéronef grevé. On a donc suggéré que, pour éviter de perturber des pratiques établies de financement du matériel, la cession des créances procédant de la vente ou de la location de l'aéronef et, éventuellement, de matériel mobile similaire devrait être exclue du projet de convention. À la différence des créances qui procèdent de la vente ou de la location d'aéronefs, celles qui prennent naissance par la vente de billets de transport aérien sont souvent utilisées dans les opérations de financement par créances, comme la titrisation, et pourraient donc, lorsqu'elles sont associées à d'autres créances, être exclues du champ du projet d'Unidroit.

239. Cette suggestion a recueilli un certain appui mais le Groupe de travail a renvoyé la décision définitive à sa session suivante pour ménager le temps nécessaire à des consultations. On a fait observer qu'étant donné le large champ d'application de la convention de base du projet d'Unidroit l'exclusion de la cession des créances procédant de la vente et de la location de tous les types de matériel mobile risquerait de réduire considérablement l'avantage que les États tireraient de l'adoption du projet de convention. Toutefois, l'impact d'une telle exclusion ne serait pas important puisque le projet d'Unidroit ne toucherait, au plus, qu'une gamme restreinte d'opérations de financement par créances. On a donc fait observer qu'il faudrait aussi envisager la possibilité de s'en remettre aux protocoles pour régler la cession des créances ou encore d'exclure purement et simplement la cession des créances de la convention de base du projet d'Unidroit. On a déclaré en outre qu'il faudrait étudier soigneusement la possibilité de régler le conflit entre le projet de convention et le projet d'Unidroit au moyen d'une disposition portant sur les conflits entre instruments internationaux.

ANNEXE

[PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT]

[PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES [DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL]]

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 à la teneur et au choix du régime juridique applicable aux cessions [de créances] dans le commerce international [constituent un obstacle aux opérations de financement],

Désireux d'énoncer des principes et d'adopter des règles [relatifs à la cession de créances] qui garantissent la prévisibilité et la transparence et favorisent la modernisation de la législation relative [au financement par] [aux cessions de créances,] [notamment les cessions effectuées à l'occasion d'opérations d'affacturage, de forfaitage, de titrisation, de financement de projets et de refinancement,] tout en préservant les pratiques [de financement] [de cession] actuelles et en facilitant le développement de nouvelles pratiques,

Souhaitant aussi dûment protéger les intérêts du débiteur en cas de cession de créances,

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 [capitaux et de] crédit à des taux plus favorables,

Sont convenus de ce qui suit:

Chapitre premier. Champ d'application

Article premier. *Champ d'application*

1. La présente Convention s'applique:

a) Aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre si, au moment de la conclusion du contrat de cession, le cédant est situé dans un État contractant;

b) Aux cessions subséquentes, à condition qu'une cession antérieure soit régie par la présente Convention; et

c) Aux cessions subséquentes qui sont régies par la présente Convention en vertu de l'alinéa *a* du présent paragraphe, même si une cession antérieure n'est pas régie par la présente Convention.

2. La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et les obligations du débiteur, à moins que ce dernier ne soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant la créance soit la loi d'un État contractant.

[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] [indépendamment des dispositions du présent chapitre]. Toutefois, les dispositions des articles 29 à 31 ne s'appliquent pas si un État fait une déclaration au titre de l'article 42 *bis*.]

4. L'annexe de la présente Convention s'applique dans un État contractant qui a fait une déclaration au titre de l'article 43.

Article 2. *Cession de créances*

Aux fins de la présente Convention:

a) Le terme "cession" désigne le transfert qu'effectue par convention une personne ("cédant") à une autre personne ("cessionnaire") du droit contractuel du cédant au paiement d'une somme d'argent ("créance") due par une troisième personne ("débiteur"). La création de droits sur des créances à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation est considérée comme un transfert;

b) En cas de cession effectuée par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire ("cession subséquente"), la personne qui effectue cette cession est le cédant et la personne en faveur de qui cette cession est effectuée est le cessionnaire.

Article 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 de la conclusion du contrat de cession, le cédant et le cessionnaire sont situés dans des États différents.

Article 4. *Exclusions*

[1.] 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 remise d'un effet de commerce accompagné de tout endossement nécessaire;

c) Effectuées dans le cadre de la vente, ou de la modification du régime de propriété ou du statut juridique de l'entreprise commerciale à laquelle sont liées les créances cédées.

[2. La présente Convention ne s'applique pas aux cessions visées dans une déclaration faite au titre de l'article 42 *quater* par l'État dans lequel est situé le cédant ou, pour ce qui est de ses dispositions traitant des droits et obligations du débiteur, par l'État dans lequel est situé le débiteur.]

Chapitre II. Dispositions générales

Article 5. *Définitions et principes d'interprétation*

Aux fins de la présente Convention:

a) Le terme "contrat initial" désigne le contrat entre le cédant et le débiteur d'où naît la créance cédée;

b) Une créance est réputée naître au moment où le contrat initial est conclu;

c) Les termes "créance existante" désignent une créance née avant ou au moment de la conclusion du contrat de cession; les termes "créance future" désignent une créance qui peut naître après la conclusion du contrat de cession;

[*d)* Les termes "financement par cession de créances" désignent toute opération dans laquelle une contrepartie, un crédit ou des services connexes sont fournis en échange de créances. Ladite expression inclut l'affacturage, le forfaitage, la titrisation, le financement de projets et le refinancement;]

e) Le terme "écrit" désigne toute forme d'information accessible de manière à être utilisable pour référence ultérieure. Lorsque la présente Convention exige qu'un écrit soit signé, cette exigence est remplie si, par des méthodes généralement acceptées ou suivant une procédure agréée par la personne dont la signature est requise, l'écrit identifie cette personne et indique que son contenu a son approbation;

f) Les termes "notification de la cession" désignent une communication par écrit qui identifie suffisamment les créances cédées et le cessionnaire;

g) Les termes "administrateur de l'insolvabilité" désignent une personne ou un organisme, même désigné(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des activités du cédant;

h) Les termes "procédure d'insolvabilité" désignent 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 ou d'une autre autorité compétente 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)* [Aux fins des articles 24 et 25,] un particulier est situé dans l'État dans lequel il a sa résidence habituelle; une société est située dans l'État dans lequel elle est constituée; une personne morale autre qu'une société est située dans l'État dans lequel ont été effectuées les formalités de sa constitution et, à défaut, dans l'État dans lequel elle a sa direction générale.]

[*k)* [Aux fins des articles 1er et 3:]

i) Le cédant est situé dans l'État dans lequel il a l'établissement ayant la relation la plus étroite avec la cession;

ii) Le cessionnaire est situé dans l'État dans lequel il a l'établissement ayant la relation la plus étroite avec la cession;

iii) Le débiteur est situé dans l'État dans lequel il a l'établissement ayant la relation la plus étroite avec le contrat initial;

iv) En l'absence de preuve contraire, le lieu de l'administration centrale d'une partie est supposé être l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat pertinent. Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu[;

v) Les cédants ou cessionnaires multiples sont situés là où est situé leur agent ou leur mandataire]].

Article 6. *Autonomie des parties*

Le cédant, le cessionnaire et le débiteur peuvent, par convention, déroger aux dispositions de la présente Convention relatives à leurs droits et obligations respectifs ou les modifier. Une telle convention n'a pas d'incidences sur les droits de quiconque n'y est pas partie.

Article 7. *Principes d'interprétation*

1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité d'en promouvoir l'application uniforme, 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 de droit international privé.

Chapitre III. Effets de la cession

Article 8. *Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures et de fractions de créances*

1. La cession d'une ou plusieurs créances, existantes ou futures, en totalité ou par fractions ou de tout droit indivis sur lesdites créances a effet si ces créances sont désignées:

a) Individuellement en tant que créances faisant l'objet de la cession; ou

b) De toute autre manière, à condition qu'elles soient identifiables, au moment où elles naissent, comme étant celles faisant l'objet de la cession.

2. Sauf convention contraire, la cession d'une ou plusieurs créances futures a effet sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances au fur et à mesure qu'elles naissent.

Article 9. *Date de la cession*

Une créance existante est transférée, et une créance future est considérée comme transférée, à la date de la conclusion du contrat de cession, à moins que le cédant et le cessionnaire n'aient spécifié une date postérieure.

Article 10. *Limitations contractuelles à la cession*

1. La cession d'une créance prend effet nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur ou tout cessionnaire subséquent, 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 découlant de la violation d'une telle convention. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable en vertu de ladite convention du chef de sa violation.

Article 11. *Transfert de sûretés*

1. Une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée est transférée au cessionnaire sans un nouvel acte de transfert, sauf si, en vertu de la loi régissant la sûreté, celle-ci est transférable uniquement par un nouvel acte de transfert. Dans ce dernier cas, le cédant a l'obligation de la transférer, ainsi que son produit, au cessionnaire.

2. Une sûreté garantissant le paiement de la créance cédée est transférée en vertu du paragraphe 1 nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur ou une autre personne constituant la sûreté, qui limite d'une manière quelconque le droit du cédant de céder la créance ou la sûreté en garantissant le paiement.

3. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur une obligation ou responsabilité du cédant découlant de la violation d'une convention telle celle mentionnée au paragraphe 2. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable en vertu de ladite convention du chef de sa violation.

4. Le transfert d'un droit réel de garantie 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 de garantie sur le bien transféré en vertu de la loi régissant ce droit.

5. Le paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les exigences des règles de droit, autres que la présente Convention, relatives à la forme ou à l'enregistrement du transfert de toutes sûretés garantissant le paiement de la créance cédée.

Article 12. *Limitations concernant les gouvernements et autres entités publiques*

Les articles 10 et 11 n'ont pas d'incidences sur les droits et obligations du débiteur, ou de la personne qui constitue une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée, si ce débiteur ou cette personne est une entité [— département, agence, organe ou service, ou leurs subdivisions — gouvernementale, sauf si:

a) Ce débiteur ou cette personne est une entité commerciale; ou

b) La créance ou la constitution de la sûreté naît d'activités commerciales de ce débiteur ou de cette personne.]

Chapitre IV. Droits, obligations et exceptions

Section I. Cédant et cessionnaire

Article 13. *Droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

1. Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant d'une convention entre eux sont déterminés par les termes et conditions de cette 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 aux fins de la cession à tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à ce type particulier d'opérations [de financement par des créances].

Article 14. *Garanties dues par le cédant*

1. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, au moment de la conclusion du contrat de cession, le cédant garantit que:

a) Il a le droit de céder la créance;

b) Il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire; et

c) Le débiteur ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation.

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 15. *Droit de notifier la cession au débiteur*

1. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, ils peuvent, l'un ou l'autre ou ensemble, envoyer au débiteur notification de la cession ainsi que des instructions de paiement mais, une fois la notification faite, il appartient au seul cessionnaire d'envoyer des instructions de paiement.

2. L'envoi d'une notification de cession ou d'instructions de paiement en violation d'une convention telle que celle mentionnée au paragraphe 1 du présent article n'invalide pas la notification ni les instructions de paiement aux fins de l'article 19. Toutefois, aucune disposition du présent article n'affecte une obligation ou responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

Article 16. *Droit du cessionnaire à recevoir paiement*

1. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire et qu'une notification de cession ait ou non été envoyée:

a) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué en faveur du cessionnaire, celui-ci est fondé à conserver tout ce qu'il reçoit au titre de cette créance;

b) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué en faveur du cédant, le cessionnaire est fondé à se faire remettre tout ce qui a été reçu par le cédant.

2. Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué en faveur d'une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, celui-ci est fondé à se faire remettre tout ce qui a été reçu par cette personne.

3. Le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance.

Section II. Débiteur

Article 17. *Principe de la protection du débiteur*

1. Sauf disposition contraire de la Convention et à moins que le débiteur n'y consente, une cession de créances est sans incidences sur ses droits et obligations, y compris les termes et conditions de paiement énoncés dans le contrat initial.

2. Les instructions de paiement peuvent être modifiées en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur doit effectuer le paiement, mais non en ce qui concerne:

a) La monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial, ou

b) L'État dans lequel il est spécifié dans le contrat initial que le paiement doit être effectué, sauf à le remplacer par l'État dans lequel le débiteur est situé.

Article 18. *Notification de la cession au débiteur*

1. Une notification de cession et des instructions de paiement produisent leurs effets lorsqu'elles sont reçues par le débiteur, si elles sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci d'en comprendre le contenu. Il suffit qu'elles soient formulées dans la langue du contrat initial.

2. La notification de la cession ou les instructions de paiement peuvent porter sur des créances nées après la notification.

3. La notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

Article 19. *Paiement libératoire du débiteur*

1. Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial.

2. Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des paragraphes 3 à 8 du présent article, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire seulement en faveur du cessionnaire ou conformément aux nouvelles instructions qu'il reçoit.

3. S'il reçoit notification de plusieurs cessions des mêmes créances effectuées par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue.

4. S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession des mêmes créances effectuée par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement.

5. S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes.

6. S'il reçoit du cessionnaire notification de la cession, le débiteur est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession a été effectuée; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire en faveur du cédant. La cession est considérée comme prouvée de manière appropriée, au moyen notamment de tout écrit émanant du cédant et indiquant qu'elle a bien eu lieu.

7. Le présent article n'a d'incidences sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur en faveur de la personne fondée à le recevoir d'une autorité judiciaire ou autre autorité compétente, ou d'un organisme public de consignation.

[8. Le présent article n'a d'incidences sur aucun motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur en faveur d'une personne au profit de laquelle a été faite une cession non valide.]

Article 20. *Exceptions et droit 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 tout droit à compensation découlant du contrat initial 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.

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, les exceptions et droit à compensation que le débiteur pourrait, conformément à l'article 10, invoquer contre le cédant pour violation de 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 21. *Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droit à compensation*

1. Sans préjudice des lois de l'État dans lequel le débiteur est situé concernant la protection de celui-ci dans les transactions à des fins principalement personnelles, familiales ou domestiques, le débiteur peut convenir avec le cédant, par un écrit signé, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droit à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de l'article 20. Une telle convention empêche le débiteur d'opposer au cessionnaire ces exceptions et ce droit 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.

3. Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire s'apprécie par application du paragraphe 2 de l'article 22.

Article 22. *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 de ce dernier qui acquiert les 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 de ce dernier, à moins que:

a) Celui-ci n'y consente; ou que

b) La créance ne soit pas encore acquise en totalité, le contrat initial n'étant pas complètement exécuté, et que la modification y ait été prévue ou que, dans le contexte dudit contrat, tout cessionnaire raisonnable y consentirait.

3. Les paragraphes 1 et 2 du présent article sont sans incidences sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

Article 23. *Restitution des paiements*

Sans préjudice des lois de l'État dans lequel est situé le débiteur concernant la protection de celui-ci dans les transactions à des fins principalement personnelles, familiales ou domestiques ni des droits du débiteur en vertu de l'article 20, la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur à recouvrer auprès du cessionnaire une somme payée par lui au cédant ou au cessionnaire.

Article 24. *Droits concurrents de plusieurs cessionnaires*

1. La priorité entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances d'un même cédant est régie par la loi de l'État dans lequel est situé le cédant.

2. Un cessionnaire bénéficiant d'une priorité peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tous cessionnaires existants ou futurs.

Article 25. *Droits concurrents du cessionnaire et des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité*

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. Dans une procédure d'insolvabilité, la priorité entre le cessionnaire et les créanciers du cédant est régie par la loi de l'État dans lequel est situé le cédant.

3. Nonobstant les paragraphes 1 et 2, l'application d'une disposition de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant ne peut être refusée par un tribunal ou une autre autorité compétente que si ladite disposition est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.

4. En cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, sauf dispositions contraires 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.

5. Si une procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit ou intérêt [non contractuel] [préférentiel] qui, en vertu de la loi du for, aurait la priorité sur le droit d'un cessionnaire conserve cette priorité, nonobstant le paragraphe 2. [Un État peut, à tout moment, déposer une déclaration spécifiant les droits ou intérêts [non contractuels] [préférentiels] qui ont priorité sur les intérêts d'un cessionnaire, nonobstant l'application de la règle de priorité énoncée au paragraphe 2.]

6. 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.

[Article 26. *Droits concurrents sur le produit de la cession*

1. En cas de paiement effectué au titre d'une créance cédée en faveur du cessionnaire, celui-ci a un droit de propriété sur tout ce qu'il a reçu au titre de cette créance.

2. En cas de paiement de la créance cédée au cédant, le cessionnaire a un droit de propriété sur tout ce qui a été reçu par le cédant si:

a) Le paiement a été effectué sous forme de monnaie, chèques, virements télégraphiques, soldes de compte de dépôt ou avoirs similaires ("produit en espèces");

b) Le cédant a encaissé le produit en espèces et le détient pour le compte du cessionnaire, sur instructions de ce dernier; et

c) Le produit en espèces est détenu, pour le compte du cessionnaire, par le cédant, sans confusion avec les actifs de ce dernier, par exemple, dans un compte de dépôt distinct exclusivement réservé au produit en espèces des créances cédées au cessionnaire.

3. En considération du droit de priorité mentionné aux paragraphes 1 et 2 du présent article, le cessionnaire bénéficie de la priorité qu'il avait sur les créances cédées.

4. Si un paiement afférent à la créance cédée a été effectué en faveur du cédant sans que les conditions stipulées au paragraphe 2 soient remplies, la priorité à l'égard de ce qui a été reçu en paiement est déterminée comme suit:

a) Si le paiement a été effectué sous une forme monétaire, la priorité sur la somme reçue en paiement est régie par la loi de l'État dans lequel est situé le cédant;

b) Si le paiement a été effectué sous la forme d'un autre actif, la priorité sur cet actif est régie par la loi de l'État dans lequel il est situé.

5. Les paragraphes 3 à 5 de l'article 25 s'appliquent à tout conflit de priorité sur le produit de la cession entre un cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant.]

F. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa trentième session: articles révisés du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement: remarques et suggestions: note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.102) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	146
PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT	148
PRÉAMBULE	148
CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION	148
Article premier. Champ d'application	148
Article 2. Cession de créances	151
Article 3. Internationalité	152
Article 4. Exclusions	152
CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	153
Article 5. Définitions et principes d'interprétation	153
Article 6. Autonomie des parties	154
Article 7. Protection du débiteur	154
Article 8. Principes d'interprétation	154

	Pages
CHAPITRE III. FORME ET EFFETS DE LA CESSION	155
Article 9. Forme de la cession	155
Article 10. Effets de la cession	156
Article 11. Moment du transfert des créances	156
Article 12. Limitations contractuelles de la cession	157
Article 13. Transfert de sûretés	158
CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS	159
Section I. Cédant et cessionnaire	159
Article 16. Droit de notification au débiteur	159
Section II. Débiteur	160
Article 17 *ter*. Principe de la protection du débiteur	160
Article 17 *quater*. Notification au débiteur	160
Article 18. Paiement libératoire du débiteur	160
Article 19. Exceptions et droits à compensation du débiteur	161
Article 20. Convention de non-recours aux exceptions ou aux droits à compensation	161
Article 21. Modification du contrat original	161
Section III. Autres parties	161
Article 23. Droits concurrents de plusieurs cessionnaires	162
Article 24. Droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant	162
CHAPITRE V. CESSIONS SUBSÉQUENTES	162
CHAPITRE VI. CONFLIT DE LOIS	162
CHAPITRE VII. AUTRES RÈGLES DE PRIORITÉ POSSIBLES	162
CHAPITRE VIII. CLAUSES FINALES	163
Article 42. Conflits avec des accords internationaux	163
Article 42 *bis*. Application du chapitre VI	163
Article 42 *ter*. Autres cessions visées par la Convention	163
Article 42 *quater*. Autres exclusions	163
Article 43. Application du chapitre VII	163
Article 44. Règles ou procédures d'insolvabilité sur lesquelles la présente Convention n'a pas d'incidences	163
Article 46. Application aux unités territoriales	163
Article 47. Effets des déclarations	163
Article 48. Réserves	163
Article 50. Dénonciation	163

INTRODUCTION

1. À sa trente-deuxième session, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux devait poursuivre 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 septième 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.

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

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, 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). 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-neuvième session (1996), la Commission a été saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-quatrième session (A/CN.9/420). La Commission a félicité le Groupe de travail de l'œuvre qu'il avait accomplie et elle lui a demandé de poursuivre activement sa tâche[4].

6. À ses vingt-cinquième et vingt-sixième sessions (New York, 8-19 juillet 1996 et Vienne, 11-22 novembre 1996), 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 et A/CN.9/WG.II/WP.89). 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).

7. À sa trentième session (1997), la Commission a été saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-cinquième et de sa 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 points et que les principales questions en suspens concernaient notamment les effets de la cession sur des tiers, par exemple, les créanciers et l'administrateur de l'insolvabilité du cédant[5]. En outre, la Commission a pris note du fait que le projet de Convention avait suscité l'intérêt des gouvernements et des établissements qui s'occupaient de financement par cession de créances, étant donné qu'il offrait la possibilité d'accroître la disponibilité de crédits à des conditions plus abordables[6].

8. À ses vingt-septième et vingt-huitième sessions (Vienne, 20-31 octobre 1997 et New York, 2-13 mars 1998), le Groupe de travail a examiné les notes préparées par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.93 et A/CN.9/WG.II/WP.96). À sa vingt-huitième session, il a adopté l'essentiel des projets d'articles 14 à 16 et 18 à 22 et a demandé au secrétariat d'établir une version révisée du projet d'article 17 (A/CN.9/447, par. 161 à 164 et 68).

9. À sa trente et unième session (1998), la Commission a été saisie des rapports du Groupe de travail sur ses vingt-septième et vingt-huitième sessions (A/CN.9/445 et A/CN.9/447). Elle a félicité le Groupe de travail de l'œuvre qu'il avait accomplie et lui a demandé de poursuivre activement sa tâche de manière à la mener à bien en 1999, ainsi que de lui soumettre le projet de Convention pour adoption à sa trente-troisième session, en l'an 2000[7].

10. À sa vingt-neuvième session (Vienne, 5-16 octobre 1998), le Groupe de travail a examiné deux notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.96 et A/CN.9/WG.II/WP.98), ainsi qu'une note contenant le rapport d'un groupe d'experts préparé par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (A/CN.9/WG.II/WP.99). À cette session, il a adopté quant au fond le préambule et les paragraphes 1 et 2 du projet d'article premier ainsi que les projets d'articles 5 *g* à *j*, 18-5 *bis*, 23 à 33 et 41 à 50 (A/CN.9/455, par. 17).

11. La présente note contient des remarques sur un certain nombre de projets d'articles, qui ont pour but de faciliter la tâche du Groupe de travail. Des variantes ou des dispositions supplémentaires sont proposées, le cas échéant, aux fins d'examen. Les remarques portant sur les projets d'articles 1er à 13 renvoient au libellé des dispositions qui figurent dans le document A/CN.9/WG.II/WP.96 (à lire en conjonction avec les remarques figurant dans ce document mais également dans le document A/CN.9/WG.II/WP.98); les remarques concernant les projets d'articles 14 à 16 et 18 à 22 renvoient au libellé des dispositions qui figurent à l'annexe du document A/CN.9/447; les remarques sur les projets d'articles 17 et 17 *bis* renvoient au libellé des dispositions figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.98; enfin, les remarques qui se rapportent aux projets d'articles 5 *g* à *j*, 18-5 *bis*, 23 à 33 et 41 à 50 renvoient au libellé des dispositions figurant à l'annexe du document A/CN.9/455.

---

[2]*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 26 à 28.

[3]*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 297 à 301; *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), par. 208 à 214; et *Documents officiels de l'Assemblée générale, 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]Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 231.

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

Préambule

Le Groupe de travail souhaitera peut-être inclure dans le préambule une référence au principe de la protection du débiteur. Le préambule évoquerait ainsi les deux principes fondamentaux d'un droit moderne de la cession, c'est-à-dire le principe de la facilitation du financement par cession de créances et celui de la protection du débiteur. On pourrait envisager à cette fin un libellé tel que: "*Souhaitant par ailleurs* dûment protéger les intérêts du débiteur en cas de cession de créances" (en ce qui concerne l'emplacement du projet d'article 7, voir les remarques se rapportant à cet article).

Chapitre premier. Champ d'application

Article premier. *Champ d'application*

1. La question de la signification du terme "situé" au projet d'article premier n'est toujours pas résolue. Le Groupe de travail a examiné plusieurs suggestions. Il a été notamment proposé de faire référence au lieu d'immatriculation ou à l'établissement avec lequel la cession a la relation la plus étroite (A/CN.9/455, par. 165; pour ce qui est du débiteur, il faudrait faire référence à l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial entre le cédant et le débiteur).

2. Dans l'hypothèse où le terme "situé" aurait le même sens aux fins des projets d'articles 1er et 3, une approche combinant le lieu d'immatriculation et l'établissement pertinent, qui serait fondée uniquement dans les cas où les deux lieux ne coïncideraient pas, pourrait amener à inclure dans le champ d'application du projet de convention des transactions purement nationales (par exemple, une cession de créances dans laquelle le cédant, le cessionnaire et le débiteur auraient leur établissement dans le même État, alors que la société mère du cessionnaire serait immatriculée dans un autre État).

3. Le principal argument en faveur d'une approche fondée sur le lieu d'immatriculation est que celle-ci offrirait l'avantage de la certitude quant à l'application du projet de convention, puisqu'elle impliquerait une référence à une juridiction unique et aisément déterminable, ce qui pourrait avoir un effet positif sur l'offre et le coût du crédit (A/CN.9/455, par. 27). Mais, si elle a été jugée acceptable dans le contexte des projets d'articles 23 et 24, elle ne l'a pas été aux fins des dispositions relatives au champ d'application au motif que le lieu d'immatriculation est un lieu fictif et que le fait de le mentionner dans ces dispositions pourrait entraîner involontairement l'application du projet de convention à des opérations purement locales (A/CN.9/455, par. 164). L'adoption d'une telle approche pourrait également conduire à une situation dans laquelle le projet de convention ne s'appliquerait pas à une transaction manifestement internationale (par exemple, une cession de créances d'une succursale située dans un pays A à la société mère immatriculée dans un pays B, où seraient également situés le cédant et le débiteur).

4. En outre, on peut faire valoir que l'emploi du terme "lieu d'immatriculation" risque d'aller à l'encontre du but recherché, à savoir la certitude, puisque ce terme n'est pas compris partout de la même façon et ne peut pas être immédiatement connu des tiers, contrairement à l'établissement qui apparaît normalement sur l'en-tête d'une société. On pourrait en outre aboutir ainsi involontairement à la non-application du projet de convention lorsqu'une société, qui a son établissement effectif dans un ou plusieurs endroits, est immatriculée dans un paradis fiscal, qui ne serait évidemment pas un État contractant. Faire référence au lieu d'immatriculation, c'est-à-dire à la nationalité de la société, irait également à l'encontre de l'approche habituelle qui consiste à privilégier la résidence, et non la nationalité, des personnes (A/CN.9/WG.II/WP.99, partie 3; voir également par. 6 ci-après).

5. À l'appui de l'approche fondée sur l'établissement, on a fait valoir que celle-ci offrirait une certitude suffisante, puisque le terme est bien connu, employé dans un certain nombre de lois uniformes et suffisamment expliqué dans la jurisprudence existante (A/CN.9/455, par. 164). Elle aurait également l'avantage de la souplesse dans la mesure où elle permettrait de mettre l'accent, dans chaque cas, sur l'établissement ayant la relation la plus étroite avec l'opération visée (soit la cession pour le cédant et le cessionnaire et le contrat initial pour le débiteur). La principale objection soulevée jusqu'à maintenant est qu'il serait très difficile, en particulier pour les tiers, de déterminer dans chaque cas où se trouve l'établissement pertinent, difficulté qui aurait un effet négatif sur l'offre et le coût du crédit. On a fait valoir en outre que, pour éviter des incohérences, le terme "situé", défini aux fins des articles 23 et 24 par référence au lieu d'immatriculation, ne devrait pas être défini d'une autre manière aux fins des autres dispositions du projet de convention (A/CN.9/455, par. 163). On peut également arguer que dans différents types d'opérations consistant dans la fourniture de services par diverses succursales d'une société il serait difficile et inutile de faire référence à l'établissement des succursales participant à l'opération, alors qu'il serait plus simple et plus rationnel, d'un point de vue pratique, de faire référence au lieu d'immatriculation de la société mère. Une référence à l'établissement ayant la relation la plus étroite avec la cession peut aussi aboutir involontairement à une situation dans laquelle les diverses cessions par le cessionnaire des mêmes créances seraient régies par des régimes juridiques différents, du simple fait que diverses cessions peuvent avoir la relation la plus étroite avec des juridictions différentes.

6. Dans sa recherche d'une solution généralement acceptable, le Groupe de travail souhaitera peut-être tenir compte du fait que, dans certains systèmes juridiques, une société a la nationalité de l'État dans lequel elle est immatriculée (et elle ne peut être immatriculée que dans un seul endroit). Dans ces systèmes juridiques, la résidence de la société est déterminée par le lieu où se trouve son centre de contrôle et de gestion (il peut y en avoir plusieurs selon les fins auxquelles la résidence doit être déterminée). Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi tenir compte du fait que, dans d'autres systèmes juridiques, ce qui importe est davantage le siège d'une société que sa nationalité, c'est-à-dire le lieu où se trouve le centre de son admi-

nistration ou de sa gestion. Dans ce cas, si une société n'est pas immatriculée selon la loi de la juridiction dans laquelle elle a son administration centrale, elle n'existe pas en tant que société et les associés sont responsables personnellement (en tout état de cause, les opérations locales d'une succursale ne deviennent pas internationales par le simple fait que la société mère est étrangère).

7. En conséquence, pour essayer de trouver un compromis généralement acceptable, le Groupe de travail souhaitera peut-être se concentrer sur le lieu de l'administration centrale. En fait, ce lieu, qui est celui où se trouve la direction générale ou le centre des intérêts principaux de la société, a été utilisé comme principal point de référence dans un certain nombre de lois uniformes. Ainsi, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale fait référence au centre des intérêts principaux [du débiteur insolvant], en créant une présomption réfutable en faveur du siège statutaire de ce dernier, ou, dans le cas d'un particulier, de sa résidence habituelle (art. 16-3). La Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome 1980, dénommée ci-après "la Convention de Rome") fait référence au lieu avec lequel le contrat a les liens les plus étroits, tout en créant une présomption en faveur du lieu où la partie au contrat qui est visée a son administration centrale, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, ou sa résidence habituelle, s'il s'agit d'une personne physique (art. 4-2).

8. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'approche suivante: pour déterminer l'emplacement du cédant et du cessionnaire, il pourrait être fait référence à l'établissement ayant la relation la plus étroite avec la cession; pour déterminer l'emplacement du débiteur, il pourrait être fait référence à l'établissement ayant la relation la plus étroite avec le contrat initial; on pourrait par ailleurs créer une présomption réfutable en faveur du lieu de l'administration centrale du cédant (voir projet d'article 5 *k* ci-après).

9. Une telle disposition associerait certitude et souplesse, dans la mesure où elle créerait une présomption quant à la signification du principal point de référence (à savoir l'établissement pertinent), tout en permettant aux parties de réfuter cette présomption en démontrant que c'est avec un autre État que l'opération a les liens les plus étroits. Si le Groupe de travail juge cette proposition acceptable, il souhaitera peut-être examiner s'il conviendrait d'en étendre l'application à l'ensemble du projet de convention, c'est-à-dire aux projets d'articles 9, 17 *bis*, 19-2 (s'il est fait référence à la loi de l'emplacement du débiteur; voir les remarques se rapportant au projet d'article 19 ci-après), 20-1, 22 à 24, 29 à 33 et 46-3 également.

10. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner également la question de savoir si les parties à la cession devraient avoir la faculté d'opter pour le projet de convention. Cette possibilité, qui serait conforme au principe de l'autonomie des parties (A/CN.9/WG.II/WP.98, projet d'article 1er, remarque 2), pourrait toutefois être inappropriée lorsque les droits de tiers sont en jeu. Dans cet ordre d'idées, le projet d'article 29 autorise le cédant et le cessionnaire à choisir la loi qui doit s'appliquer à leur relation. Le projet d'article 30 est également fondé sur l'hypothèse que, tout au moins dans le cas des créances contractuelles, le cédant et le débiteur peuvent choisir la loi régissant leur relation (qui peut avoir des incidences sur le cessionnaire devenant créancier). Contrairement aux projets d'articles 29 et 30, le projet d'article 31 n'autorise pas le choix d'une loi pour les questions relatives à la priorité, car il ne serait pas approprié qu'une convention entre le cédant et le cessionnaire ait des incidences sur les droits des tiers. En outre, sur le plan pratique, il pourrait être difficile pour les tiers de savoir si le cédant a opté pour ou contre l'application du projet de convention. Par ailleurs, une approche dans un sens ou dans l'autre pourrait entraîner des incohérences dans le cas d'une série de cessions dont certaines pourraient être régies par le projet de convention, alors que d'autres seraient régies par des lois différentes. Ainsi, si le cédant et le cessionnaire avaient la faculté d'opter pour ou contre l'application du projet de convention, ce choix ne pourrait avoir d'effets qu'entre eux. Tel est le résultat recherché par le projet d'article 6.

11. Une des manières de permettre aux parties d'opter pour ou contre l'application du projet de convention pourrait être d'établir une règle définissant le terme "emplacement" comme le lieu choisi par les parties. Mais là encore, les droits des tiers risquent de s'en trouver affectés. S'agissant du cédant, cela est évident puisque l'endroit où il est situé est crucial pour l'application du projet de convention et pour la détermination de la loi qui régit les questions de priorité. Le résultat serait identique, même dans le cas où le cessionnaire et le débiteur auraient la faculté d'appliquer ou non le projet de convention, dans la mesure où, compte tenu du projet d'article 3, le choix d'un emplacement par le cessionnaire pourrait rendre internationale une transaction purement nationale et le même choix par le débiteur pourrait rendre nationale une transaction internationale.

12. Pour offrir une certaine souplesse sans compromettre la certitude dans l'application du projet de convention, les États pourraient être autorisés à appliquer le projet de convention à d'autres pratiques (et/ou à exclure dans le projet d'article 4 certaines des pratiques visées au projet d'article 2; voir projet d'article 1-7 et projet d'article 4, remarque 4 ci-après). Toutefois, une approche fondée sur les déclarations des États pourrait ne pas être la meilleure façon de promouvoir l'unification du droit, puisque le projet de convention aurait un champ d'application différent selon les États. Elle pourrait en outre compromettre la certitude dans l'application du projet de convention si les déclarations étaient formulées en termes ambigus (toutefois, en l'état actuel, les projets d'articles 42, 1-4 et 42 *bis*, 1-7 et 42 *ter*, 4-2 et 42 *quater*, 1-5 et 43, et 24-5 et 44 prévoient des déclarations; voir également le projet d'article 9, remarque 6 et le projet d'article 12, remarque 11).

13. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si, pour que le projet de convention s'applique lorsqu'il y a plusieurs cédants ou débiteurs, chacun d'entre eux doit être situé dans un État contractant (A/CN.9/WG.II/WP.98, projet d'article 3, remarque 5).

14. Une cession effectuée par un consortium d'entrepreneurs dans le cadre d'un financement de projet ou une cession effectuée par une société en commandite simple (*limited partnership*), dont les associés agissent à titre indi-

viduel, peut faire intervenir plusieurs cédants. Dans ce genre de situation, une règle faisant référence à l'emplacement de l'agent ou du mandataire agissant pour le compte de plusieurs cédants pourrait être plus adaptée (A/CN.9/WG.II/WP.98, projet d'article 3, remarque 6). La disposition s'appliquerait uniquement si, en vertu de la loi régissant les pouvoirs de l'agent ou du mandataire, ces derniers étaient dûment autorisés à agir au nom des cédants multiples (c'est-à-dire si l'agent ou le mandataire était autorisé à faire davantage que fournir des services administratifs). Ce point pourrait être utilement clarifié dans le commentaire accompagnant le projet de convention.

15. Il peut aussi y avoir des cédants multiples lorsqu'une créance est détenue partiellement ou conjointement par plusieurs personnes. Toutefois, il n'est peut-être pas nécessaire de prévoir une règle spéciale dans ce cas, si le Groupe de travail décide que chaque cession d'une partie d'une créance ou de la totalité d'une créance indivise détenue par plusieurs personnes constitue une cession séparée devant satisfaire aux exigences des paragraphes 1 et 2 du projet d'article premier.

16. Il peut y avoir multiplicité de débiteurs lorsque plusieurs créances sont dues par plusieurs débiteurs et lorsqu'une créance est due en partie ou conjointement et solidairement par plusieurs débiteurs. Dans le second cas, une règle spéciale ne s'impose peut-être pas dans la mesure où la partie d'une créance ou la totalité d'une créance indivise due par plusieurs débiteurs constituerait une créance séparée et, en vertu de la règle énoncée au paragraphe 2 du projet d'article premier, chaque débiteur devrait être situé dans un État contractant (la question des parties multiples revenant dans le cadre du projet d'article 3, elle peut être traitée par une disposition qui s'appliquerait également au projet d'article 3; voir les remarques se rapportant à cet article 3 ci-après).

17. La question du champ d'application ou de l'objet des règles de droit international privé du projet de convention (chapitre VI), ainsi que la question de la relation entre les dispositions sur la priorité qui sont fondées sur le droit international privé (projets d'articles 23 et 24) et celles qui sont fondées sur le droit matériel (chapitre VII) n'ont pas encore été examinées.

18. Au paragraphe 3, si l'on supprimait le libellé entre crochets, les règles de droit international privé du projet de convention s'appliqueraient, que le cédant ou le débiteur soient ou non situés dans un État contractant, ou que la loi régissant la créance soit ou non celle d'un État contractant. Par ailleurs, toujours si l'on supprimait le libellé entre crochets, les dispositions de droit international privé du projet de convention devraient s'appliquer indépendamment des autres dispositions du chapitre premier relatives au champ d'application, en particulier de la définition de l'internationalité figurant au projet d'article 3 (voir le deuxième libellé entre crochets au paragraphe 4 du projet d'article premier ci-dessous). Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager aussi de déplacer cette disposition au chapitre VI et de traiter la question de manière plus approfondie dans le commentaire accompagnant le projet de convention.

19. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de permettre aux États d'adopter uniquement le chapitre VI. Il semblerait en effet que ce chapitre soit largement compatible avec les instruments internationaux traitant de questions connexes et puisse en outre être considéré comme un moyen opportun de résoudre des problèmes qui n'ont pas été traités, ou seulement partiellement, dans ces autres instruments. Par ailleurs, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de la hiérarchie entre les dispositions du projet de convention relevant du droit matériel et du droit international privé pour les États contractants n'ayant pas formulé de réserves concernant le chapitre VI. Il voudra peut-être veiller à ce que l'application des dispositions de droit matériel soit examinée avant qu'un État contractant n'applique les dispositions de droit international privé.

20. À sa vingt-neuvième session, le Groupe de travail a décidé que les États devraient pouvoir émettre une réserve concernant l'application du chapitre VI (A/CN.9/455, par. 72 et par. 4 du projet d'article premier ci-après). Cependant, une clause de renonciation devrait, semblerait-il, être limitée aux projets d'articles 29 à 31 puisque les projets d'articles 32 et 33 devraient, pour des raisons de cohérence, s'appliquer aux dispositions de droit international privé qui ne figurent pas dans le chapitre VI (à savoir les projets d'articles 1-2, 9, 17 *bis*, 19-2 et 23-2 à 24; voir également les remarques se rapportant aux projets d'articles 24-3, 32, 33 et 42 *bis*). Pour éviter de créer l'impression qu'une telle clause vise à soumettre les dispositions de droit matériel du projet de convention à des règles de droit impératif ou à des règles d'ordre public de l'État du for, ce qui compromettrait la certitude que garantit le projet de convention, on pourrait envisager d'approfondir ce point dans le commentaire (sur cette question, voir également le document A/CN.9/WG.II/WP.98, projet d'article 22).

21. Au paragraphe 4, il faudrait inclure une référence au droit des États contractants d'opter pour l'application du chapitre VII (A/CN.9/445, par. 26 et 27 et A/CN.9/455, par. 120). La deuxième phrase de ce paragraphe pourrait être supprimée. Un État contractant choisissant l'option positive pourrait néanmoins continuer de bénéficier des règles de droit international privé relatives à la priorité énoncées aux projets d'articles 23 et 24. En outre, lorsqu'il aura étudié la teneur du chapitre VII, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de sa place dans le projet de convention (voir les remarques relatives au chapitre VII ci-après).

22. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner également la question de savoir si le projet d'article 25, qui traite du champ d'application du projet de convention pour les cessions subséquentes, devrait être inséré dans le projet d'article premier (A/CN.9/455, par. 54). Il pourrait être nécessaire de modifier le paragraphe 2 de cet article pour veiller à ce que le cessionnaire subséquent qui cède à nouveau les créances qui lui ont été cédées soit considéré comme le cédant initial, mais que le cessionnaire subséquent qui reçoit les créances précédemment cédées soit considéré comme le cessionnaire initial.

23. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail voudra peut-être examiner le nouveau libellé ci-après du projet d'article premier:

"1. La présente Convention s'applique:

a) 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;

b) aux cessions de créances effectuées par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire à des cessionnaires subséquents ("cessions subséquentes"), à condition que toute cession antérieure soit régie par la présente Convention; et

c) aux cessions subséquentes qui sont régies par la présente Convention en vertu de l'alinéa *a* du présent paragraphe, même si une cession antérieure n'est pas régie par la présente Convention.

2. La présente Convention s'applique aux *cessions subséquentes* comme si *le cessionnaire subséquent qui exerce son droit de cession était le cessionnaire initial et comme si* le cessionnaire subséquent *au bénéfice duquel est effectuée la cession* était le cessionnaire initial.

3. La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et les obligations du débiteur, à moins que ce dernier ne soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant la créance soit la loi d'un État contractant.

[*4.* 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 3 du présent article] [*indépendamment des dispositions du présent chapitre*]. *Toutefois, les dispositions des articles 29 à 31 ne s'appliquent pas si un État fait une déclaration au titre de l'article 42* bis.]

5. Le chapitre VII s'applique dans un État contractant qui a fait une déclaration au titre de l'article 43.

6. [*En cas de cession de plus d'une créance par plus d'un cédant, la présente Convention s'applique si tout cédant est situé dans un État contractant*[8]*.] En cas de cession de plus d'une créance due par plus d'un débiteur, la présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et les obligations d'un débiteur, à moins que ce dernier ne soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant la créance due par lui soit la loi d'un État contractant.*

7. *La présente Convention s'applique aux autres pratiques énumérées dans une déclaration faite par un État au titre du projet d'article 42* ter".

Article 2. *Cession de créances*

1. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner, outre les questions recensées dans les remarques portant sur le projet d'article 2, qui figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.98, les questions suivantes: la définition du terme "cession" couvre-t-elle également l'accord de cession; la référence à la contrepartie figurant dans la définition doit-elle être conservée?

2. Il convient de rappeler qu'à sa vingt-septième session le Groupe de travail avait estimé 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" (A/CN.9/445, par. 149). Il avait noté, en arrivant à cette conclusion, que, dans certains systèmes juridiques, l'invalidité de la convention pouvait annuler le transfert alors que, dans d'autres, elle pouvait donner lieu à une action à l'encontre du cessionnaire pour enrichissement injuste (A/CN.9/WG.II/WP.93, projet d'article 2, remarque 2).

3. Si le Groupe de travail confirme que la définition donnée au paragraphe 1 vise la cession ainsi que l'accord de cession, il faudrait revoir un certain nombre de dispositions du projet de convention afin de veiller à ce que leur application produise les résultats souhaités si l'accord de cession et la cession elle-même ne sont pas conclus en même temps. Par exemple, le libellé actuel du projet d'article 10 n'indique peut-être pas de façon suffisamment claire que c'est la cession et non l'accord de cession qui produit les effets voulus, c'est-à-dire le transfert des droits de propriété sur les créances. Il ne sera pas nécessaire de modifier le texte du projet de convention si le Groupe de travail décide que les termes "transfert par convention", dont l'objet est d'assurer que seules les cessions volontaires (et non les cessions légales) sont visées, indiquent de façon suffisamment claire que c'est la cession qui est le principal objet du projet de convention. On pourrait expliquer dans le commentaire que le projet de convention ne s'applique pas aux accords de cession, sauf lorsque cela est expressément prévu (par exemple, projets d'articles 14 à 17).

4. La référence à la contrepartie avait à l'origine pour objectif de garantir que le projet de convention ne s'appliquerait pas aux cessions gratuites. Toutefois, puisqu'il ne traite que dans des cas exceptionnels du contrat de financement ou de l'accord de cession, cette référence n'est peut-être pas nécessaire dans la définition de la "cession". Si elle est supprimée, conformément aux objectifs du projet de convention énoncés dans le préambule, les cessions gratuites pourraient être exclues au projet d'article 4.

5. En outre, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si le projet de convention devrait s'appliquer non seulement à la cession des droits au paiement d'une somme d'argent, mais également à la cession d'autres droits contractuels, voire à la cession de contrats (c'est-à-dire la cession de droits et la délégation d'obligations). Dans la pratique, il arrive souvent que tous les droits découlant d'un contrat soient cédés, même si le cessionnaire s'intéresse davantage aux droits à paiement, y compris les droits au paiement de dommages-intérêts pour contravention au contrat, qu'à d'autres droits. Même si le projet de convention couvre les cessions de droits autres que les droits à paiement, le cessionnaire n'en garde pas moins la faculté d'exclure ces autres droits de la cession pour éviter des risques et des frais supplémentaires (par exemple, le droit de recevoir des biens peut entraîner une responsabilité du fabricant, ainsi que des frais de maintenance ou d'assurance). En outre, une telle démarche permettrait d'avoir un régime juridique plus global sur les cessions. D'un autre côté, les États accepteraient peut-être moins

[8]Pour un autre libellé, voir le projet d'article 5 *k* ci-après.

bien un projet de convention dont le champ d'application serait ainsi élargi. En tout état de cause, il faudrait établir une distinction claire entre les cessions de droits contractuels et les cessions de contrats qui englobent non seulement la cession de droits, mais également la délégation d'obligations. Cette dernière peut être considérée comme une transaction séparée et son exclusion du champ d'application du projet de convention n'aura pas nécessairement d'effets négatifs sur une pratique de financement (par exemple, dans le cas des cessions de prêts, il semblerait que seul le droit du cédant au remboursement du montant prêté à l'emprunteur est normalement cédé et non l'obligation du cédant d'accorder d'autres prêts).

6. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le nouveau libellé ci-après du projet d'article 2:

"Aux fins de la présente Convention, le terme "cession" désigne le transfert par convention d'une personne ("cédant") à une autre personne ("cessionnaire") *du droit contractuel du cédant* au paiement d'une somme d'argent ("créance") due par *une troisième personne* ("débiteur"), y compris la création de droits sur des créances à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation."

7. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il convient de faire explicitement référence, au projet d'article 2, au transfert de créances assorti de conditions. Normalement, un tel transfert serait considéré comme une vente ou comme une sûreté selon, par exemple, que les créances seraient ou non retransférées automatiquement au vendeur en cas de défaillance du débiteur. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, ces transferts sont invalidés. C'est pourquoi leur reconnaissance expresse dans le projet de convention peut avoir un effet bénéfique sur les pratiques qui prennent la forme d'un transfert conditionnel de créances.

Article 3. *Internationalité*

1. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de l'incertitude potentielle attachée à l'application du projet de convention en cas de cession de créances futures, incertitude résultant du fait qu'en vertu du projet d'article 3 l'internationalité de ces créances ne serait déterminée qu'au moment où elles naissent (A/CN.9/455, par. 162).

2. En outre, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de la multiplicité des cédants, des cessionnaires ou des débiteurs dans le contexte du projet d'article 3 (A/CN.9/WG.II/WP.98, projet d'article 3, remarques 2 à 4) en se basant sur la disposition ci-après:

"2. *En cas de cession de plus d'une créance par plus d'un cédant, la cession est internationale si tout cédant et le cessionnaire sont situés dans des États différents. En cas de cession de plus d'une créance à plus d'un cessionnaire, la cession est internationale si le cédant et tout cessionnaire sont situés dans des États différents.*

3. *En cas de cession de plus d'une créance due à plus d'un créancier, la créance est internationale si tout cédant et le débiteur sont situés dans des États différents*[9]*.]. En cas de cession de plus d'une créance due par plus d'un débiteur, seule est internationale la créance pour laquelle le cédant et le débiteur sont situés dans des États différents*."

3. La question de l'emplacement de cédants et de cessionnaires multiples peut aussi être traitée au moyen d'une disposition faisant référence à l'emplacement de leur agent ou de leur mandataire et traitant la question de l'emplacement en général de la manière suivante (cette disposition remplacerait uniquement le libellé entre crochets des projets d'articles 1-7, 3-2 et 3-3 ci-dessus; elle constitue provisoirement l'alinéa *k* du projet d'article 5):

"k) *Aux fins des articles 1er et 3*:

"i) le cédant est situé dans l'État où il a l'établissement ayant la relation la plus étroite avec la cession;

ii) le cessionnaire est situé dans l'État où il a l'établissement ayant la relation la plus étroite avec la cession;

iii) le débiteur est situé dans l'État où il a l'établissement ayant la relation la plus étroite avec le contrat initial;

iv) en l'absence de preuve contraire, le lieu de l'administration centrale d'une partie est supposé être l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat pertinent. Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu;

v) les cédants ou cessionnaires multiples sont situés là où est situé leur agent ou leur mandataire."

4. Il est à noter que cette disposition doit s'appliquer en cas de cession de plusieurs créances. Le commentaire pourrait expliquer que chaque cession d'une partie d'une créance ou de la totalité d'une créance indivise détenue par plusieurs personnes constitue une cession séparée (voir également le projet d'article premier, remarques 15 et 16 ci-dessus).

5. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si une définition unique du terme "situé" serait préférable à une définition aux fins des projets d'articles 23 et 24 et une autre aux fins des projets d'articles 1er et 3 (pour les arguments en faveur d'une définition unique, voir A/CN.9/455, par. 163). Il faudrait examiner la signification du terme "situé" également aux fins des projets d'articles 9, 17 *bis*, 19-2, 20-1, 22, 29 à 31 et 46-3. En tout état de cause, le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il convient de faire référence à la "direction générale" (comme au projet d'article 5 *j*) ou au "lieu de l'administration centrale" (comme dans le nouveau projet d'article 5 *k* ci-après).

Article 4. *Exclusions*

1. Selon la décision que prendra le Groupe de travail quant à la suppression de la référence à une contrepartie au

[9]Pour un libellé différent de celui qui figure entre crochets aux paragraphes 2 et 3 du projet d'article 3, voir le projet d'article 5 *k* ci-après.

projet d'article 2, il faudra peut-être ajouter à la liste qui figure au projet d'article 4 les cessions "effectuées sans qu'une contrepartie, un crédit ou des services connexes soient fournis ou promis par le cessionnaire". En outre, il faudrait peut-être revoir l'alinéa *b* dans le sens suivant: "dans la mesure où elles ont été effectuées par endossement *et* remise ou uniquement par remise d'un effet de commerce". En apportant une telle modification on tiendrait compte du fait que, sauf dans le cas des instruments au porteur, qui sont transférés par remise, les effets de commerce sont transférés par endossement et remise (et non "ou", comme il est écrit à l'alinéa *b*).

2. Le commentaire pourrait mentionner la raison de cette exclusion, à savoir éviter les conflits avec le droit applicable aux effets de commerce, tels que les lettres de change, les billets à ordre et les chèques, et en particulier éviter toute interférence avec le système de priorité qui prévaut dans le droit des effets de commerce aussi bien national qu'international. Pour la même raison, il pourrait être nécessaire d'exclure certains autres documents pouvant être considérés comme des instruments de paiement (par exemple, les obligations ou les actions privilégiées qui impliquent une obligation de paiement de dividendes réguliers). Il n'est peut-être pas nécessaire d'exclure totalement les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by ("engagements indépendants"; voir article 3 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, dénommé ci-après "la Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by) du moment que l'on garantit que le garant/émetteur, le contre-garant ou le confirmateur n'a pas à payer le cessionnaire, sauf s'il a consenti à le faire. Il pourrait donc être plus approprié de traiter cette question en insérant dans le projet d'article 12, qui porte sur la cessibilité contractuelle des créances, une règle autorisant le garant/émetteur d'une garantie indépendante à effectuer un paiement libératoire au bénéficiaire (cédant). Une telle règle n'aurait pas d'incidence sur la non-cessibilité légale d'un engagement indépendant puisque la cessibilité légale n'est pas traitée par les dispositions de droit matériel du projet de convention. Seul le projet d'article 30 prévoit la loi applicable à la cessibilité contractuelle et légale, étant entendu qu'un tribunal peut refuser d'appliquer la loi régissant la créance si elle est contraire aux règles impératives ou aux règles d'ordre public de l'État du for.

3. Pour ce qui est de la question de savoir si la cession de créances de l'acheteur d'une affaire à l'institution qui finance la vente est ou non exclue (A/CN.9/WG.II/WP.98, projet d'article 4, remarque 3), il pourrait être suffisant de préciser dans le commentaire que, dans le cas de la vente d'une affaire, seule la cession de l'ancien au nouveau propriétaire est exclue et non la cession par le nouveau propriétaire à une institution qui finance la vente. Le commentaire pourrait aussi préciser que seule la cession de *créances* est visée (par exemple, le droit à paiement au titre d'une action) et non la cession d'autres droits (par exemple, les droits de vote découlant de la détention d'une action).

4. En fonction de la décision qu'il prendra concernant le champ d'application du projet de convention dans le cadre du projet d'article 2, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de permettre aux États d'exclure ou d'inclure des pratiques supplémentaires (voir projet d'article 1-7 ci-dessus et projet d'article 4-2 ci-dessous). Une telle démarche n'est peut-être pas, comme il a déjà été mentionné, la meilleure façon de favoriser l'unification du droit, mais elle pourrait rendre le projet de convention plus acceptable pour les États et faciliter la décision du Groupe de travail concernant la restriction du champ d'application du projet de convention aux créances contractuelles, ce qui simplifierait le texte (un certain nombre de dispositions, dont les projets d'articles 15 et 20, ne pourraient s'appliquer aux cessions de créances extracontractuelles). Il serait possible d'envisager un libellé allant dans le sens suivant:

"2. *La Convention ne s'applique pas aux cessions énumérées par un État dans une déclaration faite au titre du projet d'article 42* quater."

Chapitre II. Dispositions générales

Article 5. *Définitions et principes d'interprétation*

1. Compte tenu des divergences qui existent entre les différents systèmes juridiques, l'alinéa *b* vise à établir une règle uniforme quant au moment où une créance est réputée naître. Ce moment est important, en particulier pour les projets d'articles 10 et 11, qui traitent de l'effet de la cession et du moment du transfert des créances. L'utilité de cet alinéa peut être limitée dans la mesure où il ne précise pas (et ne peut pas préciser) le moment où le contrat initial est réputé conclu.

2. La formulation actuelle de l'alinéa *c* peut donner involontairement à penser que les créances qui existent au moment de la conclusion du contrat de cession (c'est-à-dire celles qui naissent dans le cadre de contrats existant à ce moment) constituent des créances futures. On éviterait une telle interprétation en reformulant l'alinéa *c* de la manière suivante: "le terme "créance future" désigne une créance qui naît après la cession".

3. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si l'alinéa *d* est nécessaire, étant donné qu'il définit un terme qui n'apparaît pas dans le texte du projet de convention (il apparaît uniquement dans le titre, le préambule et, indirectement, dans le projet d'article 14-3).

4. L'alinéa *e* définit le terme "écrit" en combinant les définitions de "l'écrit" et de la "signature" figurant aux articles 6 et 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. En vertu du projet de convention, un écrit signé est nécessaire pour la cession et pour la notification de cette cession.

5. La question de savoir si une notification qui n'identifie pas le bénéficiaire pourrait geler les droits à compensation du débiteur (projet d'article 19) ou limiter son droit de modifier le contrat initial sans le consentement du cessionnaire (projet d'article 21) demeure en suspens en raison du libellé entre crochets figurant dans les articles 19-2 et 21-4. Cette question fait l'objet du document A/CN.9/WG.II/WP.100, qui est examiné dans le contexte des remarques portant sur le projet d'article 16 ci-dessous. Toutefois, si une notification ne produit pas d'effets à moins de satisfaire aux exigences du projet de convention (quelles que puissent

être ces exigences), le projet d'article 16-3 devrait être inséré dans la définition de la notification figurant à l'alinéa *f*, qui se lirait donc comme suit:

"*f)* Le terme "notification de la cession" désigne une communication par écrit qui identifie raisonnablement les créances cédées, le cessionnaire et la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle, ou l'adresse à laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement."

6. Il convient de noter que, compte tenu du projet d'article 18-5, le fait qu'une notification n'ait pas d'effets en vertu du projet de convention ne l'empêche pas d'en avoir en vertu d'une autre loi, ce qui permet au débiteur d'effectuer un paiement libératoire à la personne identifiée dans cette notification (à condition qu'il paie la bonne personne).

7. L'alinéa *g*, qui est inspiré de l'alinéa *d* de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, vise le redressement ou la liquidation à la fois volontaire et obligatoire des biens du cédant. On notera que dans certains systèmes, en cas de redressement volontaire, le débiteur insolvable peut conserver le contrôle de ses biens et il peut ne pas y avoir d'administrateur de l'insolvabilité. Aussi, le Groupe de travail souhaitera-t-il peut-être envisager de revoir le projet d'article 24-2, de façon à englober les cas où peuvent naître des conflits de priorité dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité sans administrateur (voir projet d'article 24, remarque 1).

8. Il faudra peut-être modifier la référence, à la fin de l'alinéa *j*, à "toute autre personne", dans la mesure où en incluant les particuliers, les sociétés et les personnes morales autres que des sociétés, on couvre toutes les personnes possibles. Pour viser les personnes morales autres que les sociétés, dont la constitution ne donne pas lieu à des formalités (par exemple, les "partnerships"), on pourrait envisager un libellé tel que:

"... une personne morale autre qu'une société est située dans l'État où ont été effectuées les formalités de sa constitution *et, à défaut, dans l'État où elle a sa direction générale*."

9. Comme il a déjà été mentionné, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'adopter une définition du terme "emplacement" aux fins de l'ensemble du projet de convention (voir le projet d'article 3, remarque 4 ci-dessus).

10. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la nouvelle formulation ci-après de l'alinéa *k* figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.96, à savoir:

"l. *Les termes "moment de la cession" désignent le moment spécifié dans une convention entre le cédant et le cessionnaire et, en l'absence d'une telle convention, le moment où le contrat de cession est conclu*."

11. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il convient de restreindre la liberté des parties de préciser par convention le moment de la cession (pour un bref examen de la version précédente de cet alinéa, voir A/CN.9/447, par. 30). Les termes "moment de la cession" apparaissent dans les projets d'articles 1-1, 9-1, 11-1 et 34.

Article 6. *Autonomie des parties*

1. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la variante suivante du projet d'article 6:

"*Le cédant, le cessionnaire et le débiteur peuvent, par convention, déroger aux dispositions de la présente Convention relatives à leurs droits et obligations respectifs ou les modifier. Une telle convention n'a pas d'incidences sur les droits de toute personne qui n'y est pas partie*."

2. Dans le cas d'une convention entre le cédant et le cessionnaire, les "tiers" sont le débiteur, les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité. Dans le cas d'une convention entre le cédant et le débiteur, les "tiers" sont le cessionnaire, les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité. Le projet de convention ne vise pas les conventions entre le cessionnaire et le débiteur.

Article 7. *Protection du débiteur*

1. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'inclure dans le préambule une référence générale à la protection du débiteur et placer le projet d'article 7 au début de la section II du chapitre III qui traite de la protection du débiteur (voir nouveau projet d'article 17 *ter* ci-après).

2. Le paragraphe 1 a pour but de faire régir les droits et obligations du débiteur — à l'exception de certaines questions le concernant expressément qui sont réglées dans le projet de convention (par exemple, dans les projets d'articles 9 à 12 et 16 à 22) — par le contrat conclu entre lui et le cédant et par la loi qui régit ce contrat.

3. Pour harmoniser le paragraphe 2 avec le projet d'article 16-3 et éviter qu'il ne soit interprété comme signifiant que le cessionnaire peut modifier toutes conditions de paiement contenues dans le contrat initial autres que celles qui concernent le pays et la monnaie de paiement, le Groupe de travail souhaitera peut-être modifier ce paragraphe (voir nouveau projet d'article 17 *ter* ci-après).

4. Le commentaire pourrait préciser en outre qu'aucune disposition du projet de convention ne vise à traiter la question de savoir si le débiteur a une obligation de payer (capital ou intérêt). On pourrait y indiquer par exemple que la notification en elle-même ne met pas le débiteur dans l'obligation de payer si le paiement n'est pas encore dû en vertu du contrat initial. Cette question demeure liée au contrat initial même après la notification de la cession. Le débiteur peut convenir avec le cessionnaire de modifier l'obligation de paiement, mais cette question n'est pas traitée par le projet de convention.

Article 8. *Principes d'interprétation*

1. Le paragraphe 1 fait référence au principe de la bonne foi comme élément à prendre en considération dans l'interprétation du projet de convention, mais non des relations contractuelles entre les parties à une cession. Il serait certes approprié d'appliquer le principe de l'autonomie des parties à la relation contractuelle entre le cédant et le cessionnaire ou le cédant et le débiteur, mais ce principe

pourrait compromettre la certitude créée par le projet de convention s'il était appliqué à la relation entre le cessionnaire et le débiteur ou entre le cessionnaire et un tiers. Par exemple, si le principe de la bonne foi prévalant dans l'État du for s'appliquait à la relation entre le cessionnaire et le débiteur ou le cessionnaire et un tiers, on aurait la situation suivante: un débiteur ayant, peut-être, payé le cessionnaire après notification pourrait se trouver dans l'obligation de le payer de nouveau si, par exemple, il avait connaissance d'une cession antérieure; en outre, la loi applicable au titre du projet d'article 24 pourrait être écartée si elle n'était pas conforme au principe de la bonne foi tel qu'il pourrait être interprété dans l'État du for.

2. Pour ce qui est de la question de savoir si la référence aux principes généraux qui sous-tendent le projet de convention se rapporte à des principes de droit international privé ou de droit matériel, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de la régler par l'insertion d'une explication dans le commentaire. On pourrait y expliquer, par exemple, que le projet d'article 8 s'applique uniquement aux dispositions de droit matériel du projet de convention et que la référence aux principes généraux devrait donc être comprise comme une référence aux principes de droit matériel qui sous-tendent le projet de convention. Pour éviter toute incertitude, on pourrait faire référence soit au projet d'article 8, soit, dans le commentaire, aux principes généraux énoncés dans le préambule.

3. Si le projet d'article 8 doit servir à combler les lacunes des dispositions de droit international privé du projet de convention, on pourrait envisager d'y ajouter un libellé tel que:

"2. ... en vertu des *dispositions* de droit international privé *de la présente Convention*.

3. *Les questions concernant les points régis par les articles 9, 17* bis*, 19-2, 23, 24 et 29 à 33 qui ne sont pas expressément réglées dans ces articles doivent être réglées conformément aux principes généraux sur lesquels ils se fondent ou, à défaut, conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé de l'État du for*."

4. Le commentaire pourrait mentionner quelques-uns des principes qui sous-tendent les dispositions de droit international privé du projet de convention, tels que celui de l'autonomie des parties dans la relation entre le cédant et le cessionnaire (projet d'article 29), celui de la protection du débiteur dans la relation entre le cessionnaire et le débiteur (projet d'article 30) et celui de la certitude quant aux droits des tiers (projet d'article 31).

Chapitre III. Forme et effets de la cession

Article 9. *Forme de la cession*

1. Le document A/CN.9/WG.II/WP.96 présente trois versions différentes du paragraphe 1. La variante A a l'avantage de garantir une protection adéquate des tiers contre le risque de collusion entre le cédant et le cessionnaire ou toute autre personne, qui modifierait l'ordre de priorité. Elle a pour autre avantage d'exiger un écrit pour l'accord principal et non pour la cession elle-même, ce qui évite de soulever le problème des droits de timbre qui sont normalement payables pour la cession, mais non pour l'accord principal.

2. La variante A offre encore un autre avantage qu'elle partage avec la variante B, à savoir que sa formulation est négative puisqu'elle est limitée aux cas où il y a moins qu'une cession écrite, c'est-à-dire une cession orale. Si sa formulation était positive (par exemple, "une cession sous forme écrite produit ses effets..."), elle pourrait prévaloir sur une loi nationale exigeant davantage qu'une cession écrite (par exemple, un acte notarié, une notification du débiteur ou une inscription dans un registre public). Dans ce cas, les droits des tiers en vertu d'une législation nationale exigeant davantage qu'une convention écrite devraient probablement être protégés par l'insertion au projet d'article 9 d'un libellé aligné sur le chapeau des projets d'articles 10 et 11 (c'est-à-dire "sous réserve des projets d'articles 23 et 24"). Le seul inconvénient éventuel de la variante A est qu'elle peut invalider les pratiques nationales dans lesquelles aucun écrit n'est nécessaire pour que la cession produise ses effets. On peut pallier cet inconvénient en prévoyant une règle allant dans le sens de la variante B.

3. La variante C a un champ d'application différent, dans la mesure où elle traite de la forme en général (c'est-à-dire la forme écrite, la forme notariée, la notification du débiteur ou l'enregistrement), laissant ainsi à la législation de l'emplacement du cédant le soin de déterminer s'il faut plus ou moins qu'une convention écrite pour qu'une cession produise ses effets. Dans la mesure où cette variante porte sur les effets d'une cession à l'égard des tiers, il semble qu'elle recoupe les projets d'articles 23 et 24 (bien qu'elle soit compatible avec ces dispositions).

4. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la formulation ci-après du projet d'article 9, qui combine les variantes A et B:

"1. Une cession sous une forme autre que la forme écrite ne produit pas ses effets [*à l'égard des tiers*], sauf si

a) elle est effectuée au titre d'un contrat entre le cédant et le cessionnaire attesté par un écrit décrivant les créances sur lesquelles elle porte; ou

b) la loi de l'État dans lequel est situé le cédant au moment de la cession en dispose autrement."

"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."

5. En conséquence, les cessions orales produiraient leurs effets si elles étaient couvertes par un accord principal écrit ou, en l'absence d'un tel accord écrit, si elles produisaient des effets en vertu de la loi de l'emplacement du cédant. Le libellé entre crochets dans la première phrase du paragraphe 1 vise à soulever la question de l'objectif de l'exigence de la forme écrite. Cette forme n'est pas forcément nécessaire pour protéger les intérêts du cédant et du cessionnaire puisque ces derniers peuvent s'en charger eux-mêmes, ni pour protéger le débiteur puisque le projet de convention prévoit qu'en l'absence de notification

écrite il n'est pas porté atteinte aux droits du débiteur (c'est-à-dire la façon dont il peut s'acquitter de son obligation, les exceptions et les droits à compensation, ainsi que le droit de modifier le contrat initial). La forme écrite, toutefois, serait nécessaire pour protéger les intérêts des tiers dans la mesure où elle empêcherait qu'une collusion entre le cédant et le cessionnaire ou toute autre partie ait une incidence sur l'ordre de priorité.

6. Les variantes B et C, ainsi que la version présentée ci-dessus, visent toutes trois à régler le problème du risque d'invalidation par une règle telle que la variante A de certaines pratiques pour lesquelles la législation nationale n'exige pas d'écrit. On pourrait, en dernier ressort, adopter une règle allant dans le sens de la variante A et permettre aux États de formuler une réserve, afin de protéger les pratiques fondées sur les cessions orales (voir, cependant, le projet d'article premier, remarque 13).

Article 10. *Effets de la cession*

1. Le chapeau des projets d'articles 10 et 11 vise à garantir que les règles concernant les effets d'une cession et le moment du transfert des créances n'influent pas indûment sur les droits des tiers (il faudrait ajouter une référence à la disposition traitant de la priorité quant au produit). Sans cette phrase liminaire, on pourrait penser que le projet d'article 10 valide la première cession et invalide toute cession ultérieure des mêmes créances par le même cédant; on pourrait par ailleurs penser que le projet d'article 11 énonce une règle concernant les effets de la cession à l'égard des tiers, y compris de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant (par exemple, les créances naissant après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pourraient être prélevées sur les biens en liquidation ou être assorties d'une sûreté si la cession avait été effectuée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité).

2. Toutefois, le chapeau peut également avoir pour conséquence involontaire de faire régir entièrement la cession de créances futures ou les cessions globales par la loi applicable au titre des projets d'articles 23 et 24. Pour éviter cela, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'inclure dans le contexte des projets d'articles 23 et 24 une disposition telle que: "Aucune disposition de la présente Convention n'invalide une cession au seul motif qu'il s'agit d'une cession de créances futures ou de créances non individualisées ou de fractions de créances ou de droits indivis sur des créances" (sur ce point, voir également le projet d'article 12, remarque 8). Le projet de convention validerait ainsi ces cessions, au titre du droit civil ou commercial, d'autres problèmes spécifiques concernant leur validité devant être réglés par un autre droit (par exemple, l'invalidation d'une cession effectuée pendant la période suspecte précédant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au motif qu'elle constitue un transfert frauduleux ou préférentiel). Il serait aussi possible de remplacer dans les projets d'articles 10 et 11 les mots "sous réserve des articles 23 et 24" par un libellé énonçant en détail leur objet, ou expliquer plus précisément leur signification dans le commentaire. On pourrait en particulier mentionner dans le commentaire que, du fait de ces mots, une première cession produisant ses effets n'invalide pas une cession ultérieure.

3. Si l'on part du principe que la définition du terme "cession" qui figure au projet d'article 2 vise uniquement la cession (et non l'accord de cession), il n'est pas nécessaire de modifier le projet d'article 10 pour garantir que seule la cession a pour effet de transférer les droits de propriété sur les créances (sur cette question, voir également le projet d'article 2, remarque 3). Le terme "transférer" a été remplacé par le terme "céder" afin que l'article 10 vise non seulement les transferts purs et simples, mais aussi la création de sûretés sur les créances (la définition du terme "cession" englobe les cessions par sûreté). Toutefois, l'emploi du mot "céder" étant tautologique ("la cession ... céder"), le Groupe de travail souhaitera peut-être supprimer les mots "céder les créances faisant l'objet de la cession", à condition que la définition de la cession suffise pour préciser les conséquences juridiques d'une cession produisant ses effets (c'est-à-dire le transfert pur et simple et la création de sûretés sur les créances). Cette interprétation pourrait être expressément mentionnée dans le commentaire.

4. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'inverser l'ordre des paragraphes 1 et 2 afin de traiter tout d'abord des effets des cessions de créances futures, puis des effets de créances globales.

5. En conséquence, il voudra peut-être examiner la nouvelle formulation ci-après du projet d'article 10:

> "Sous réserve des articles 23 et 24, la cession d'une ou plusieurs créances, existantes ou futures, et de la totalité ou de fractions de créances, ou de tout droit indivis sur lesdites créances produit ses effets, si
>
> *a)* les créances sont individualisées en tant que créances faisant l'objet de la cession; ou
>
> *b)* les créances peuvent être identifiées comme étant celles faisant l'objet de la cession, au moment convenu par le cédant et le cessionnaire et, en l'absence d'une telle convention, au moment où elles naissent."

Article 11. *Moment du transfert des créances*

1. Puisque seul l'alinéa *b* du paragraphe 1 fait référence à l'autonomie des parties, on peut penser que l'alinéa *a* interdit au cédant et au signataire de préciser le moment du transfert des créances existantes. Une telle interprétation irait à l'encontre du projet d'article 6 et de l'alinéa *b* du paragraphe 1. Le projet d'article 6 suffit sans doute à établir que les parties peuvent fixer le moment du transfert des créances, dans la mesure où leur décision ne porte pas atteinte aux droits des tiers, et il n'est pas forcément nécessaire de restreindre leur autonomie à cet égard. Partant, il n'est peut-être pas utile de faire référence à l'autonomie des parties au projet d'article 11.

2. Si l'on conserve le nouvel alinéa *l* du projet d'article 5 (voir projet d'article 5, remarque 10 ci-dessus) et si on limite le champ d'application du projet de convention aux créances contractuelles, le Groupe de travail pourrait souhaiter examiner la nouvelle formulation du paragraphe 1 de l'article 11 ci-après:

> "1. Sous réserve des articles 23 et 24,
>
> *a)* Une créance *autre qu'une créance future* est transférée au moment de la cession;

b) Une créance future est réputée transférée au moment de la cession."

3. Si le nouvel alinéa *l* du projet d'article 5 est supprimé, il faudrait faire référence, au projet d'article 11, au moment de la conclusion du contrat de cession.

Article 12. *Limitations contractuelles de la cession*

1. Le projet d'article 12 prévaut sur les clauses de non-cession et permet au cessionnaire de se faire payer directement par le débiteur. La justification de cet article est qu'il vaut mieux pour tout le monde réduire les frais d'examen des contrats pour s'assurer qu'ils ne contiennent pas de clauses de non-cession plutôt que protéger le débiteur contre un paiement à une autre personne.

2. Toutefois, dans certains cas, il peut être nécessaire de préserver d'autres politiques ou pratiques en vigueur, par exemple, la politique des États consistant à ne pas traiter avec certaines parties ou à ne pas renoncer à des droits à compensation qu'ils peuvent avoir à l'égard de fournisseurs de biens ou de services. Dans le cas des garanties indépendantes ou des lettres de crédit stand-by, il est généralement admis que le garant/émetteur d'un engagement indépendant ne doit pas avoir à payer contre sa volonté une personne autre que le bénéficiaire (voir, par exemple, les articles 10 et 11 de la Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by). En outre, dans le domaine des prêts consortiaux, la pratique veut qu'une cession soit possible uniquement si les clauses de l'accord de prêt l'autorisent. Par ailleurs, en cas de titrisation des prêts hypothécaires, une cession contre le consommateur-débiteur peut accroître considérablement les risques imposés à ce dernier (par exemple, si le prêt hypothécaire est cédé par un établissement d'épargne et de crédit local compréhensif à un prêteur étranger, qui peut se montrer plus agressif dans le recouvrement des montants dus ou dans la gestion de tout taux d'intérêt variable).

3. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail voudra peut-être prévoir certaines exceptions à la règle énoncée au projet d'article 12 pour la cession des créances découlant de comptes de dépôt, de garanties indépendantes ou de lettres de crédit stand-by, de transactions effectuées pour des raisons personnelles domestiques ou familiales, d'accords de prêt ou de marchés publics (voir également A/CN.9/WG.II/WP.98, projet d'article 12, remarque 1).

4. De telles exceptions auraient pour effet de permettre à certaines catégories de débiteurs, en cas de cession effectuée en violation d'une clause de non cession, d'effectuer un paiement libératoire au cédant, sans qu'une notification n'annule leurs droits à compensation et ne limite leur faculté de modifier le contrat initial sans le consentement du cessionnaire. Ainsi, si le cédant est solvable, le cessionnaire pourra recouvrir sa créance auprès de lui en cas de défaillance du débiteur; et s'il devient insolvable, le cessionnaire aura priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité et sur les créanciers du cédant (pour un bref examen de cette approche en ce qui concerne les consommateurs-débiteurs, voir A/CN.9/445, par. 229 et A/CN.9/432, par. 125).

5. D'un autre côté, si une approche fondée sur une règle comportant certaines exceptions peut rendre le projet de convention plus acceptable pour les États, une fois que l'approche adoptée dans le projet d'article 12 sera jugée appropriée et acceptée, il n'y aura pas vraiment de raison, semble-t-il, de prévoir des exemptions pour les débiteurs puissants tels que les États et les banques. L'autre possibilité serait soit de conserver la règle énoncée au projet d'article 12 sans prévoir d'exceptions, tout au moins pour les débiteurs puissants, soit de considérer qu'une cession effectuée en violation d'une clause de non-cession ne peut produire d'effets à l'encontre d'un débiteur et peut en produire uniquement à l'encontre du cédant et des tiers autres que le débiteur. Cette dernière approche permettrait peut-être de concilier la nécessité de faciliter le financement par cession de créances et celle de protéger les intérêts du débiteur.

6. Toutefois, le cessionnaire serait alors privé du droit de demander paiement au débiteur. Une telle approche serait appropriée pour certaines pratiques de financement, mais pas pour d'autres, telles que l'affacturage et l'octroi de prêts garantis par des avoirs, dans lesquelles le prêteur peut structurer l'intégralité du financement en se basant sur le recouvrement des créances auprès des débiteurs. En outre, dans de nombreux systèmes juridiques, si le paiement est fait au cédant, le cessionnaire n'aura pas toujours la priorité sur les créanciers chirographaires. Par exemple, si le débiteur paie le cédant avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le cessionnaire n'aura qu'un droit *ad personam*. Ce n'est que si le paiement est effectué après l'ouverture de la procédure que le cessionnaire aura la priorité sur les créanciers chirographaires.

7. D'un autre côté, une telle approche peut être examinée aux fins de la validation d'une cession qui peut, à première vue, enfreindre des interdictions légales, tout au moins celles qui ne constituent pas une règle impérative (loi de police). Le fait d'autoriser le cédant à céder le produit du paiement qui lui a été fait par le débiteur ne serait pas incompatible avec la politique de protection du débiteur. Toutefois, une telle approche peut être incompatible non pas avec les interdictions prévues par la loi pour protéger le débiteur (par exemple, les interdictions relatives aux créances dues par un État), mais avec celles d'entre elles qui visent à protéger le cédant (par exemple, l'interdiction de céder des traitements ou des retraites). Aux fins d'une règle à insérer dans le projet de convention, il pourrait n'y avoir aucun moyen de déterminer si une interdiction légale vise à protéger le débiteur ou le cédant.

8. Contrairement aux projets d'articles 10 et 11, le projet d'article 12 ne dépend pas des projets d'articles 23 et 24. En conséquence, une cession effectuée en dépit d'une clause de non-cession produit des effets à l'encontre des autres cessionnaires, des créanciers du cédant et de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant. Il pourrait être nécessaire de préciser que la loi qui régit la priorité au titre des projets d'articles 23 et 24 ne peut invalider une cession faite en violation d'une clause de non-cession. Cette précision pourrait être donnée dans le commentaire ou dans le cadre des projets d'articles 23 et 24 par une disposition qui

pourrait se lire comme suit: "Aucune disposition de la présente Convention n'invalide une cession au seul motif qu'elle est effectuée en dépit d'une convention entre le cédant et le débiteur limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances" (pour cette question, voir également le projet d'article 10, remarque 2).

9. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner la question de savoir si le projet d'article 26, qui traite des conventions limitant les cessions dans le cas des cessions subséquentes, devrait être inséré dans le projet d'article 12 (A/CN.9/455, par. 54).

10. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la nouvelle formulation du projet d'article 12 ci-après:

"1. Une créance est transférée au cessionnaire nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur *ou, en cas de cession subséquente, entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur ou tout cessionnaire subséquent*, 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 découlant de la violation d'une telle convention. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable en vertu de ladite convention du chef de sa violation[10].

3. *Le présent article ne s'applique pas aux cessions de créances nées au titre de conventions de prêt, de comptes de dépôt, de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by, de contrats conclus à des fins personnelles, domestiques ou familiales et de marchés publics.*"

11. En ce qui concerne le paragraphe 3, le Groupe de travail pourrait envisager, comme variante, de ne prévoir aucune exception à la règle figurant au projet d'article 12 et de permettre aux États de formuler une réserve. Dans ce cas, chaque État déciderait s'il souhaite protéger l'ensemble des débiteurs ou certaines catégories seulement et déterminerait les modalités de cette protection.

12. En tout état de cause, le projet d'article 12, tel qu'actuellement formulé, ne traiterait pas les questions suivantes: risque de résolution du contrat initial par le débiteur pour violation d'une clause de non-cession par le cédant; risque d'exposition du cessionnaire à la responsabilité extracontractuelle; et risque d'annulation d'une cession si, en vertu du droit national, celle-ci "changerait substantiellement l'obligation de l'autre partie [le débiteur], ou accroîtrait substantiellement la charge ou le risque imposé à cette dernière par son contrat ou réduirait substantiellement sa chance d'obtenir une contrepartie" (art. 2-210 du Code de Commerce uniforme). Une règle invalidant les clauses de non-cession pourrait résoudre ces problèmes, mais elle pourrait aussi limiter, de manière inacceptable, l'autonomie des parties vis-à-vis du débiteur.

[10]Le paragraphe 2 du projet d'article 12 a été aligné sur le paragraphe 2 du projet d'article 26 (A/CN.9/455, par. 51).

Article 13. *Transfert de sûretés*

1. L'idée maîtresse de cette disposition est que les sûretés accessoires, aussi bien personnelles que réelles, suivent la créance sur laquelle elles portent. C'est là un principe généralement accepté et qui revêt fréquemment une très grande importance, car c'est souvent non pas tant à la créance mais à la sûreté que se fie le prêteur qui octroie un crédit au cédant.

2. Les termes "sauf disposition contraire d'une loi ou sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire" visent à donner certaines garanties, à savoir: si une sûreté est indépendante de par la loi, elle ne suit pas les créances cédées; les parties peuvent convenir qu'une sûreté accessoire ne suivra pas automatiquement la créance cédée et sera éteinte (par exemple, un titre de propriété sur des biens ou une hypothèque ne suivant pas les créances puisque le cessionnaire peut ne pas souhaiter supporter la responsabilité du fabricant, dans le cas de biens, ou le coût de l'assurance et de l'entretien d'un bâtiment, dans le cas d'une hypothèque). Toutefois, ces termes ne suffisent peut-être pas pour traduire l'intention. Aussi, le Groupe de travail souhaitera-t-il peut-être examiner la formulation présentée ci-après, qui tente de préciser davantage le sens que l'on entend donner au paragraphe 1.

3. La référence à l'autonomie des parties pourrait être supprimée, étant entendu que le sujet est traité de façon suffisamment approfondie dans le projet d'article 6. Toutefois, il faudrait conserver une référence à une autre loi afin de viser les engagements indépendants. En ce qui concerne ces derniers, le projet de convention pourrait imposer au cédant l'obligation de transférer leurs produits au cessionnaire, en partant du principe que ces produits sont transférables sans le consentement de la personne ayant l'obligation de payer. L'utilité d'une telle disposition résiderait dans le droit de poursuite du cédant qu'elle donnerait au cessionnaire. On pourrait expliquer dans le commentaire que, selon le projet d'article 6, le cédant et le cessionnaire pourraient en convenir autrement. Une telle obligation ne pourrait être imposée au cédant pour ce qui est du droit de demander paiement au titre d'un engagement indépendant puisque, pour transférer un tel droit, il faut normalement le consentement de la personne ayant l'obligation d'effectuer le paiement.

4. Conformément au projet d'article 12, les paragraphes 2 et 3 visent à garantir qu'une convention limitant le droit du cédant de transférer une sûreté n'invalide pas le transfert. Une telle convention aboutirait en fait, dans le cas d'une sûreté accessoire, à l'extinction de cette sûreté et, dans le cas d'une sûreté indépendante, à sa non-cessibilité. Les paragraphes 2 et 3 sont importants car, comme il a déjà été mentionné, dans certaines pratiques le prêteur peut se fier davantage à la sûreté qu'à la créance.

5. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la formulation suivante du projet d'article 13:

"1. Une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée est transférée au cessionnaire sans un nouvel acte de transfert, *sauf si elle est [indépendante] [transférable uniquement avec un nouvel acte de transfert] en vertu de la loi. Si une telle sûreté est,*

en vertu de la loi [indépendante] [transférable uniquement avec un nouvel acte de transfert], le cédant a l'obligation d'en transférer le produit au cessionnaire.

2. *Une sûreté garantissant le paiement de la créance cédée est transférée en vertu du paragraphe 1 nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur ou une autre personne accordant la sûreté, qui limite d'une quelconque manière le droit du cédant de céder la créance ou la sûreté garantissant le paiement de la créance cédée.*

3. *Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur toute obligation ou responsabilité du cédant découlant d'une violation d'une convention en vertu du paragraphe 2. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable en vertu de ladite convention du chef de sa violation.*

4. *Le paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les exigences des règles de droit, autres que la présente Convention, relatives à la forme ou à l'enregistrement du transfert de toutes sûretés garantissant le paiement de la créance cédée.*"

Chapitre IV. Droits, obligations et exceptions

Section I. Cédant et cessionnaire

Article 16. *Droit de notification au débiteur*

1. Le paragraphe 1 prévoit que le cédant ou le cessionnaire ou bien les deux peuvent envoyer une notification au débiteur et lui demander paiement. Toutefois, après la notification, le cédant n'est plus propriétaire des créances, même s'il en demeure le bénéficiaire. C'est pourquoi, une fois que le débiteur a reçu une notification, seul le cessionnaire devrait avoir la possibilité d'adresser à ce dernier une notification et de modifier ou de corriger les instructions qui lui ont été données avec la première notification. Une règle dans ce sens, insérée au paragraphe 1 du projet d'article 16 (voir le projet d'article 16 ci-dessous) compléterait utilement la règle proposée pour le projet d'article 18-4 (voir le projet d'article 18, remarque 3 ci-dessous, selon lequel, lorsqu'il y a plusieurs notifications relatives à la même cession, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire à la personne ou à l'adresse indiquée dans la dernière notification).

2. À sa vingt-huitième session, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 16 quant au fond sans faire de distinction entre une notification et une demande de paiement. L'établissement d'un telle distinction avait bénéficié d'un certain appui lors de cette session, mais des objections avaient été soulevées, notamment pour les raisons suivantes: cette approche formalisait inutilement une distinction qui n'avait en fin de compte une importance pratique que dans des cas exceptionnels puisque les cessionnaires qui adressaient une notification aux débiteurs ne pouvaient se permettre quelque incertitude que ce soit concernant le bénéficiaire du paiement; elle pouvait involontairement accroître le coût du crédit si on considérait qu'elle encourageait les parties à adresser deux "notifications", l'une sans et l'autre avec des instructions de paiement; enfin, le débiteur aurait plus de difficultés à s'acquitter de son obligation puisqu'il devrait connaître les effets juridiques de chaque type de notification (A/CN.9/447, par. 75 à 78).

3. Toutefois, la question s'est de nouveau posée dans le cadre des projets d'articles 18-3 (à l'occasion d'un débat sur la question de savoir si le cessionnaire peut modifier ou corriger les instructions de paiement données au débiteur avec la notification), 19-2 et 21-4 (à l'occasion d'un débat sur la question de savoir si une notification qui n'identifie pas le bénéficiaire du paiement devrait produire les effets juridiques décrits dans ces projets d'articles). Étant donné l'absence de consensus quant à la question de savoir s'il convient d'établir une distinction entre différents types de notifications (ou, en d'autres termes, entre une notification et une demande de paiement), afin de leur associer des effets juridiques différents, on a ajouté un libellé entre crochets dans les projets d'articles 19-2 et 21-4 (A/CN.9/447, par. 46, 74 à 76, 82 et 83, 99 et 100 et 135).

4. La "Proposition des États-Unis d'Amérique"(A/CN.9/WG.II/WP.100), dénommée ci-après "la proposition des États-Unis", aborde la question en établissant une distinction entre différents types de communications (c'est-à-dire une notification et une demande de paiement) et en attribuant à chacune des effets juridiques différents. Selon cette proposition, contrairement au projet d'article 16-3 (qui fait désormais partie de l'article 5 *f*), il n'est pas nécessaire d'identifier le bénéficiaire du paiement dans une notification. Partant, une notification ne modifierait pas la façon dont le débiteur pourrait s'acquitter de son obligation (projet d'article 18, tel que révisé dans la proposition des États-Unis). En revanche, les droits à compensation du débiteur s'en trouveraient bloqués et son droit de modifier le contrat initial restreint (si la proposition des États-Unis était adoptée, le libellé entre crochets dans les projets d'articles 19-2 et 21-4 ne serait pas nécessaire pour parvenir à ce résultat). Conformément à l'approche choisie par les États-Unis, qui est de prévoir des effets juridiques différents, le projet d'article 16-2 de leur proposition prévoit qu'une notification ou des instructions de paiement adressées au débiteur en contravention d'une convention entre le cédant et le cessionnaire "ne sont pas sans effets aux fins de l'article 18 du fait de ladite contravention", ce qui signifie, *a contrario*, qu'elles ne produisent pas leurs effets aux fins des articles 19 et 21.

5. Le Groupe de travail, lorsqu'il décidera de l'opportunité d'établir une distinction entre une notification et une instruction de paiement afin d'attribuer des effets juridiques différents à chacune de ces communications, souhaitera peut-être déterminer si les pratiques dans lesquelles une simple notification est donnée sans aucune instruction de paiement sont suffisamment représentatives pour que l'on étende la règle à tous les cas de figure. Si le Groupe de travail estime que, dans la plupart des pratiques, une instruction de paiement d'un type ou d'un autre au débiteur (c'est-à-dire une instruction de payer le cessionnaire ou un tiers ou de continuer à payer le cédant) est un élément essentiel d'une notification, il voudra peut-être déterminer: si une règle spéciale (allant essentiellement dans le sens du libellé entre crochets figurant dans les projets d'articles 19-2 et 21-4) devrait être insérée dans le projet de convention de manière à tenir compte de certaines pra-

tiques exceptionnelles dans lesquelles la notification ne contient aucune instruction de paiement; ou si ces pratiques pourraient demeurer en dehors du champ d'application du projet de convention.

6. En outre, le Groupe de travail pourrait souhaiter diviser le projet d'article 16 en deux dispositions, l'une, formée des paragraphes 1 et 2, qui traiterait du droit d'adresser une notification au débiteur et qui pourrait donc demeurer dans la section I (droits et obligations du cédant et du cessionnaire), et l'autre, formée des paragraphes 4 et 5, qui traiterait des droits du débiteur et devrait être placée dans la section II (droits et obligations du débiteur). Le Groupe de travail pourrait aussi décider de l'opportunité de déplacer au projet d'article 16 le projet d'article 28, qui traite de la notification des cessions subséquentes (A/CN.9/455, par. 54). Ainsi, il voudra peut-être examiner une nouvelle formulation du projet d'article 16 et un nouvel article 17 *quater* se lisant 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 à la personne désignée *ou à l'adresse* indiquée dans la notification. *Cependant, une fois que le débiteur a reçu la notification, seul le cessionnaire peut lui adresser une deuxième notification et demander que le paiement soit fait à une autre personne ou à une autre adresse*.

2. La notification de la cession ou la demande de paiement adressée par le cédant ou le cessionnaire *n'est pas sans effets au seul motif* qu'elle a été faite en contravention d'une convention mentionnée au paragraphe 1 *du présent article*. 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."

Section II. Débiteur

Article 17 *ter*. *Principe de la protection du débiteur*

Le paragraphe 1 était à l'origine le paragraphe 1 du projet d'article 7, et le paragraphe 2 est une nouvelle disposition (voir les remarques portant sur le préambule et le projet d'article 7).

"1. Sauf disposition contraire de la présente Convention, une cession ne produit pas d'effets sur les droits et obligations du débiteur.

2. *Sauf en cas de changement de l'identité de la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle ou à l'adresse de laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement, qui peut être communiqué dans une notification de la cession, aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidences sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial sans le consentement du débiteur*."

Article 17 *quater*. *Notification au débiteur*

Pour éviter de laisser planer des doutes quant au moment où la notification produit ses effets, le paragraphe 1 énonce de nouveau la "règle de la réception"qui figure déjà dans d'autres dispositions du projet de convention (par exemple au projet d'article 18).

"1. *La notification de la cession produit ses effets lorsqu'elle est reçue par le débiteur*, si elle est formulée dans des termes qui visent raisonnablement à informer le débiteur de son contenu. Il suffit qu'elle soit formulée dans les termes du contrat initial.

2. La notification de la cession peut porter sur des créances nées après ladite notification.

3. La notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure."

Article 18. *Paiement libératoire du débiteur*

1. Au paragraphe 1, les mots "au cédant" devraient être remplacés par les mots "conformément au contrat initial" puisque ce contrat indique que le paiement doit être fait à un tiers ou à un compte bancaire ou encore à une boîte postale, sans que le propriétaire du compte ou de la boîte postale soit identifié.

2. Pour aligner le paragraphe 3, qui traite de plusieurs notifications relatives à des cessions différentes, sur le projet d'article 16-3 (déplacé au projet d'article 5 *f*), il faudrait supprimer les mots "ou au compte". On pourrait expliquer dans le commentaire que le mot "adresse" signifie entre autres une adresse ordinaire, un compte ou une boîte postale (A/CN.9/434, par. 184 et 185).

3. Le paragraphe 3 ne traite pas de la modification ou de la rectification de la notification (plusieurs notifications portant sur la même cession), et il faudrait donc ajouter une disposition. Si l'on part du principe qu'après réception par le débiteur de la première notification seul le cessionnaire peut adresser une deuxième notification (projet d'article 16-1, deuxième phrase), cette disposition devrait prévoir que le débiteur peut effectuer un paiement libératoire à la personne indiquée dans la dernière notification avant le paiement (voir projet d'article 18-4 ci-après).

4. Pour ce qui est de savoir comment le débiteur qui reçoit plusieurs notifications sait s'il doit payer la personne indiquée dans la première ou dans la dernière notification, il convient de noter qu'en cas de doute un débiteur raisonnable demande normalement au cessionnaire de lui donner des preuves suffisantes de la cession (voir projet d'article 18-6 ci-après). Un cessionnaire raisonnable fournira de toute manière suffisamment d'informations au débiteur, faute de quoi ce dernier peut effectuer un paiement libératoire au cédant (pour un examen de cette question, voir A/CN.9/455, par. 63 à 66).

5. Il semble que l'objectif de la proposition des États-Unis puisse aussi être atteint si l'on conserve les termes ajoutés au nouveau projet d'article 16-1, si l'on ajoute un nouveau paragraphe 4 au projet d'article 18 et si les termes entre crochets aux projets d'articles 19-2 et 21-4 sont également conservés.

6. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de garder le paragraphe 8, qui figure entre crochets. Ce paragraphe vise à préciser que le projet de convention ne traite pas la question de savoir si

le débiteur peut effectuer un paiement libératoire à une personne qui a fait l'objet d'une cession non valable (A/CN.9/455, par. 55 à 58). Si le Groupe de travail décide de conserver le paragraphe 8, il souhaitera peut-être se demander s'il suffit de couvrir le cas où ce n'est pas la cession au dernier cessionnaire qui n'est pas valable mais une cession antérieure.

7. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner l'opportunité d'inscrire le projet d'article 27, qui traite des notifications multiples dans les cessions subséquentes, dans le projet d'article 18 (voir projet d'article 18-5 ci-après). Ainsi, il pourrait souhaiter examiner le projet d'article 18 en se fondant sur le libellé ci-après:

"1. Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur est fondé à effectuer un paiement libératoire *conformément au contrat initial*.

2. Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des paragraphes 3 à 8 du présent article, le débiteur ne peut effectuer un paiement libératoire qu'à la personne désignée, ou à l'adresse indiquée dans ladite notification.

3. *S'il* reçoit notification de plus d'une cession des mêmes créances effectuée par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire à la personne désignée, ou à l'adresse indiquée dans la première notification reçue.

4. *Si le débiteur reçoit plus d'une notification relative à une seule cession des mêmes créances effectuée par le même cédant, il peut effectuer un paiement libératoire à la personne désignée ou à l'adresse indiquée dans la dernière notification reçue avant le paiement.*

5. *S'il* reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur ne peut effectuer un paiement libératoire qu'à la personne désignée ou à l'adresse indiquée dans la notification de la dernière de ces cessions subséquentes *reçue avant le paiement.*

6. *S'il* reçoit du cessionnaire notification de la cession, le débiteur est fondé à 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.

7. Le présent article n'a d'incidences sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente, ou à un organisme public de consignation.

[8. *Le présent article n'a d'incidence* sur aucun motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur à une personne en faveur de laquelle a été faite une cession non valide.]"

Article 19. *Exceptions et droits à compensation du débiteur*

1. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la loi applicable dans les cas où il serait considéré qu'un droit à compensation peut être invoqué [cette question a été laissée en suspens aux deux précédentes sessions (voir A/CN.9/447, par. 97 et 98 et A/CN.9/455, par. 98 à 100)]. La principale difficulté à cet égard tient au fait que les questions relatives à la compensation peuvent être considérées comme des questions de procédure et donc soumises à la loi du for. Elle peut être surmontée dans une large mesure par un renvoi à la loi de l'État où est situé le débiteur, puisque c'est dans cet État que le cédant ou le cessionnaire engageront normalement une procédure à l'encontre du débiteur. Toutefois, si un différend est porté devant un tribunal d'un État autre que l'État où est situé le débiteur (par exemple, l'État dans lequel ce dernier a des biens), une référence à la loi de l'État où est situé le débiteur ne sera d'aucune utilité puisque le tribunal pourra considérer qu'il s'agit d'une question de procédure et appliquer son propre droit.

2. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner également la question de savoir s'il faut conserver les termes entre crochets au paragraphe 2. Leur but est d'établir qu'une notification qui n'identifie pas le bénéficiaire du paiement entraîne le blocage des droits à compensation du débiteur (A/CN.9/447, par. 100). Comme il a déjà été mentionné, si le Groupe de travail décide d'adopter la proposition des États-Unis concernant le projet d'article 16-3, le libellé entre crochets pourrait être supprimé puisqu'une notification serait une "notification" en vertu du projet de convention, même si le bénéficiaire du paiement n'y était pas identifié.

Article 20. *Convention de non-recours aux exceptions ou aux droits à compensation*

Pour éviter toute incertitude pouvant résulter de l'emploi du terme "consommateur" dans les projets d'articles 20 et 22, il pourrait être fait référence à "la loi régissant la protection du débiteur dans les transactions à des fins personnelles, familiales ou domestiques". Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si le paragraphe 2 *c*, qui est inspiré de l'article 30-1 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux et qui figure entre crochets, devrait être conservé (pour un examen de la question, voir A/CN.9/447, par. 110 à 119).

Article 21. *Modification du contrat original*

Le Groupe de travail voudra peut-être décider de l'opportunité de conserver la paragraphe 4, qui figure entre crochets. Ce paragraphe a pour objet d'établir qu'une notification qui n'indique pas le bénéficiaire du paiement peut limiter le droit du débiteur de modifier le contrat initial sans le consentement du cessionnaire. Comme dans le cas du projet d'article 19-2, le libellé entre crochets ne sera pas nécessaire si le Groupe de travail adopte la proposition des États-Unis quant au contenu minimal d'une notification puisque, dans ce cas, une notification n'identifiant pas le bénéficiaire produirait ses effets aux fins des projets d'articles 19 et 21.

Section III. Autres parties

Il serait peut-être nécessaire de changer le titre de cette section pour "autres tiers" ou "autres parties" dans la

mesure où le débiteur est lui aussi un tiers dans la cession (il est partie au contrat initial avec le cédant, mais le projet de convention ne vise pas ce contrat).

Article 23. *Droits concurrents de plusieurs cessionnaires*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre une décision quant à l'opportunité de conserver le libellé entre crochets du paragraphe 2. S'il était supprimé, il serait possible de préciser dans le commentaire que la renonciation à la priorité peut prendre la forme d'un acte unilatéral ou d'une convention.

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

1. Le paragraphe 2 fait référence à la priorité entre un cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité. Une telle formulation est certes connue dans les systèmes juridiques où l'administrateur de l'insolvabilité devient détenteur des droits des créanciers, mais elle peut ne pas convenir aussi bien dans ceux où l'administrateur de l'insolvabilité ne fait qu'exercer les droits des créanciers. En outre, dans certaines procédures de redressement, il peut ne pas y avoir d'administrateur de l'insolvabilité. Le paragraphe 2 pourrait donc être reformulé dans le sens suivant: "Dans une procédure d'insolvabilité portant sur les biens du cédant, la priorité entre le cessionnaire et les créanciers du cédant est régie par la loi de l'État dans lequel est situé le cédant". Les droits de l'administrateur de l'insolvabilité sont également mentionnés au paragraphe 4. Toutefois, dans ce contexte, on peut très bien considérer qu'il y a des droits procéduraux distincts des droits fondamentaux des créanciers du cédant.

2. Le projet d'article 24-3 ne serait pas nécessaire si les projets d'articles 32 et 33 étaient applicables aux dispositions de droit international privé du projet de convention qui n'entrent pas dans le cadre du chapitre VI (c'est-à-dire les projets d'articles 1-2, 9, 17 *bis*, 19-2, 23 et 24; voir également le projet d'article premier, remarque 20, chapitre VI, remarque 2 et projet d'article 42 *bis* ci-après).

3. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si, pour veiller à ce que le projet d'article 24-2 ne l'emporte pas sur les règles nationales créant aussi des droits de superpriorité, par exemple, en faveur de l'État pour les impôts, il faudrait prévoir une disposition séparée inspirée du paragraphe 5, ou si la question est déjà traitée au paragraphe 3 et 4 ou encore pourrait être mieux traitée dans le cadre du projet d'article 44.

4. En tout état de cause, les États pourraient, si on leur demandait d'énumérer dans une déclaration les droits non contractuels qui prévaudraient sur les droits d'un cessionnaire, être moins enclins à accepter le projet de convention, car tout oubli ou toute erreur dans ladite déclaration entraînerait la subordination de ces droits à ceux d'un cessionnaire. Ce faisant, on pourrait aussi compromettre la certitude si, contrairement aux prémisses sur lesquelles est fondé le paragraphe 5, les déclarations n'étaient pas suffisamment claires. En conséquence, si le paragraphe 5 est conservé, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de supprimer les mots "mais dans la mesure seulement où ladite priorité a été spécifiée par l'État du for dans un instrument déposé auprès du dépositaire avant la date de la cession". On pourrait expliquer dans le commentaire que le paragraphe 5 vise à préserver les droits ou intérêts non contractuels ayant priorité en vertu de la loi de l'État du for.

Chapitre V. Cessions subséquentes

Si le Groupe de travail décide d'incorporer le texte des articles 25 à 28 dans les dispositions du projet de convention qui traite des questions pertinentes dans le contexte d'une cession initiale (c'est-à-dire les projets d'articles 1er, 12, 18 et 17 *quater*), les projets d'articles 25 à 28 pourraient être supprimés.

Chapitre VI. Conflit de lois

1. Si le chapitre VI devait s'appliquer aux transactions auxquelles le projet de convention doit s'appliquer au titre du chapitre premier, ce serait uniquement pour compléter les dispositions de fond du projet de convention en traitant celles que ce dernier régit mais ne règle pas expressément. Il faudrait alors supprimer le projet d'article 31 puisqu'il ferait double emploi avec les projets d'articles 23 et 24. En revanche, si le chapitre VI devait servir à renforcer l'harmonisation pour les transactions devant être régies par la loi applicable en dehors du projet de convention, il faudrait supprimer le chapeau des projets d'articles 23, 29 et 30, mais conserver le projet d'article 31 sans le chapeau (toutefois, voir également le paragraphe 3 du projet d'article premier, remarques 17 à 19).

2. Il faudrait inclure aux projets d'articles 32 et 33 une référence aux dispositions de droit international privé du projet de convention qui ne sont pas incluses dans le chapitre VI (c'est-à-dire les projets d'articles 1-2, 9, 17 *bis*, 19-2, 23 et 24; voir le projet d'article 1er, remarque 20, le projet d'article 24, remarque 2 ci-dessus, ainsi que le projet d'article 42 *bis* ci-dessous).

Chapitre VII. Autres règles de priorité possibles

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la teneur, ainsi que la place du chapitre VII dans le projet de convention. Si ce chapitre devait constituer une loi type autonome qu'il serait suggéré aux États d'incorporer dans leur législation nationale, il pourrait être plus approprié d'en faire une annexe du projet de convention. Toutefois, il serait peut-être alors nécessaire de l'étoffer. Si, par contre, il doit compléter ou modifier le projet de convention, il vaudrait peut-être mieux le placer dans un protocole additionnel au projet de convention. Enfin, s'il contient simplement une disposition qui décrit la procédure d'amendement du projet de convention, il pourrait être placé dans le chapitre sur les dispositions finales (en ce qui concerne l'objet du chapitre VII, voir les remarques portant sur le projet d'article 43 ci-après).

Chapitre VIII. Clauses finales

Article 42. *Conflits avec des accords internationaux*

Le projet d'article 42 suit une approche différente de celle qui a été adoptée dans d'autres conventions établies par la CNUDCI dans la mesure où, au lieu de faire prévaloir d'autres conventions portant sur les questions visées par le projet de convention, il permet aux États de décider quelle convention doit prévaloir. En l'absence de déclaration, c'est le projet de convention qui prévaut. Cette approche vise à régler les conflits, à savoir les cas dans lesquels différentes conventions traitant des mêmes sujets s'accordent mutuellement la priorité, créant ainsi une incertitude quant au texte applicable. Les conventions qui traitent de questions visées par le projet de convention sont notamment la Convention d'Ottawa et la Convention de Rome.

Article 42 *bis*. *Application du chapitre VI*

Pour les raisons déjà exposées (voir projet d'article 1er, remarque 20; projet d'article 24, remarque 2; et chapitre VI, remarque 2 ci-dessus), le projet d'article 42 *bis* devrait être modifié comme suit: "Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié *par les articles 29 à 31*."

Article 42 *ter*. *Autres cessions visées par la Convention*

Si le Groupe de travail estime que les États peuvent souhaiter appliquer le projet de convention à d'autres pratiques ou en exclure certaines (voir les projets d'articles 1-7 et 4-2 et les remarques portant sur ces dispositions), il pourrait envisager d'adopter un libellé tel que: "*Un État peut déclarer à tout moment qu'il appliquera la présente Convention à d'autres pratiques énumérées dans une déclaration*."

Article 42 *quater*. *Autres exclusions*

"*Un État peut déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention à certaines pratiques énumérées dans une déclaration*."

Article 43. *Application du chapitre VII*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de l'objet du chapitre VII. On notera que ce chapitre peut être utilisé de différentes façons: un État pourrait appliquer ses règles de priorité internes fondées sur l'enregistrement, mais recourir au système d'enregistrement prévu par le projet de convention; un État pourrait appliquer les règles de priorité de la section I, mais utiliser son propre système d'enregistrement; un État pourrait opter pour l'application des sections I et II, mais seulement en ce qui concerne les cessions entrant dans le champ d'application du projet de convention; enfin, un État pourrait adopter des règles internes s'inspirant des sections I et II, auxquelles renverraient les projets d'articles 23 ou 24, et les appliquer à toutes les cessions, qu'elles entrent ou non dans le champ d'application du projet de convention (A/CN.9/455, par. 122).

Article 44. *Règles ou procédures d'insolvabilité sur lesquelles la présente Convention n'a pas d'incidences*

1. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité de conserver le projet d'article 44. Le paragraphe 3 du projet d'article 24 pourrait être suffisant pour traiter cette question. Il prévoit en effet qu'un tribunal ou une autre autorité compétente peut refuser d'appliquer la loi applicable aux questions de priorité si cette dernière est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for (A/CN.19/455, par. 136 à 140).

2. En outre, une déclaration formulée en termes généraux ne permettrait certes pas d'assurer le niveau de certitude souhaité quant à l'application du projet de convention, mais l'exigence d'une déclaration spécifique énumérant les règles de fond ou de procédure du droit national sur l'insolvabilité sur lesquelles le projet de convention n'a pas d'incidences pourrait rendre les États moins enclins à accepter le projet de convention (A/CN.9/455, par. 135).

Article 46. *Application aux unités territoriales*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de la signification du terme "situé" dans le contexte du paragraphe 3. Si on lui donne le même sens que dans les projets d'articles 23 et 24, le projet de convention pourrait s'appliquer aux entreprises immatriculées au niveau fédéral, qu'elles aient ou non un lien (par exemple, un établissement) avec une unité territoriale à laquelle s'applique le projet de convention. Il pourrait donc être plus approprié de faire référence à l'établissement de manière que le projet de convention s'applique à une entreprise immatriculée au niveau fédéral, ayant un établissement dans une unité territoriale à laquelle il s'applique.

Article 47. *Effets des déclarations*

Les déclarations peuvent porter atteinte aux droits des tiers qui accordent un crédit en se fondant sur un régime juridique donné, en particulier dans les cas de cessions de créances futures. Pour tenir compte des attentes raisonnables des tiers, on pourrait ajouter un nouveau paragraphe 5, qui se lirait comme suit: "Une déclaration ou son retrait n'a pas d'incidences sur les droits des parties en ce qui concerne les cessions faites avant la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet."

Article 48. *Réserves*

Le projet d'article 48 ne figure pas entre crochets car sa formulation ne changerait pas même s'il était décidé d'autoriser d'autres réserves dans le projet de convention.

Article 50. *Dénonciation*

Il faudrait, pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées à propos du projet d'article 47, ajouter un nouveau paragraphe 3 inspiré de l'article 90 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, à savoir: "La présente Convention reste applicable aux cessions effectuées avant la date à laquelle la dénonciation prend effet."

II. COMMERCE ÉLECTRONIQUE

A. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-troisième session (New York, 29 juin-10 juillet 1998) (A/CN.9/454) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-16
I. DÉBATS ET DÉCISIONS	17
II. PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES	18-173
CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES	19
CHAPITRE II. SIGNATURES ÉLECTRONIQUES	20-138
Section I. Signatures électroniques en général	20-27
Article premier. Définitions	20
Article 2. Effet de la signature électronique	21-27
Section II. Signatures électroniques [renforcées] [sécurisées]	28-88
Article 3. Présomption de signature	28-39
Article 4. Présomption d'attribution	40-53
Article 5. Présomption d'intégrité	54-63
Article 6. Prédétermination de la signature électronique [renforcée] [sécurisée]	64-75
Article 7. Responsabilité pour une signature électronique [renforcée] [sécurisée]	76-88
Section III. Signatures numériques accompagnées de certificats	89-138
Article 8. Teneur d'un certificat [renforcé] [sécurisé]	89-116
Article 9. Effet des signatures numériques accompagnées de certificats	117-138
CHAPITRE III. AUTORITÉS DE CERTIFICATION ET QUESTIONS CONNEXES	139-172
Article 10. Garanties données au moment de l'émission d'un certificat	139-144
Article 11. Responsabilité contractuelle	145-157
Article 12. Responsabilité de l'autorité de certification envers les parties se fiant au certificat	158-163
Articles 13 à 15	164-169
Article 16. Relations entre les parties se fiant aux certificats et l'autorité de certification	170-172
CHAPITRE IV. SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ÉTRANGÈRES	173
Articles 17 à 19	173
III. TRAVAUX FUTURS PROPOSÉS DANS LE DOMAINE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE	174-179

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 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 était 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).

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 (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 généralement 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[2].

5. Le Groupe de travail a commencé à élaborer le projet de Règles uniformes en se fondant sur une note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.73). Ce dernier a été prié d'établir, à partir des délibérations et conclusions du Groupe de travail, un ensemble de dispositions révisées avec d'éventuelles variantes pour examen par le Groupe de travail lors d'une future session.

6. À sa trente et unième session (1998), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/446). La Commission a pris note avec satisfaction des efforts déployés par le Groupe de travail lors de l'élaboration du projet de Règles uniformes. On a noté qu'à ses trente et unième et trente-deuxième sessions le Groupe de travail avait eu manifestement beaucoup de mal à se mettre d'accord sur les nouveaux problèmes juridiques qui découlaient du recours accru aux signatures numériques et autres signatures électroniques. On a également fait observer qu'un consensus restait encore à réaliser sur la manière dont ces problèmes pouvaient être abordés dans un cadre juridique acceptable à l'échelon international.

7. La Commission a réaffirmé la décision qu'elle avait prise à sa trente et unième session en ce qui concerne la faisabilité de l'élaboration de Règles uniformes. La Commission était généralement d'avis que les progrès réalisés jusqu'ici montraient que le projet de Règles uniformes sur les signatures électroniques prenait progressivement la forme d'une structure utilisable et que le Groupe de travail pourrait accomplir de nouveaux progrès à sa trente-troisième session sur la base du projet révisé établi par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76). La Commission a également fait observer que l'on reconnaissait généralement désormais que le Groupe de travail était une instance internationale particulièrement importante pour échanger

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

[2] Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 249 à 251.

des vues sur les problèmes juridiques que posaient le commerce électronique et la recherche de solutions à ces problèmes.

8. La Commission a noté qu'à la fin de la trente-deuxième session du Groupe de travail il avait été proposé que ce dernier envisage à titre préliminaire d'entreprendre l'élaboration d'une convention internationale fondée sur les dispositions de la Loi type et des Règles uniformes. Le Groupe de travail était convenu que ce sujet devrait peut-être être inscrit à l'ordre du jour de sa prochaine 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 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 tendant à 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, ni de son hypothèse de travail actuelle selon laquelle les Règles uniformes devraient prendre 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 servir de prétexte pour 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 (A/CN.9/446, par. 212).

9. La Commission a noté qu'une délégation avait présenté une proposition relative à l'élaboration d'une convention pour examen par le Groupe de travail (A/CN.9/ WG.IV/ WP.77). Divers points de vue ont été émis à cet égard. Selon une opinion, une convention fondée sur les dispositions de la Loi type était nécessaire car la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique risquait de ne pas suffire pour établir un cadre juridique universel pour le commerce électronique. Vu la nature de cet instrument, ses dispositions pouvaient être modifiées par le législateur national qui les promulguait, ce qui nuisait à l'harmonisation recherchée des règles juridiques applicables au commerce international. On a estimé, à l'inverse, qu'en raison de l'évolution rapide des données techniques relatives au commerce électronique cette question ne se prêtait pas aisément à l'adoption de l'approche rigide que supposait une convention internationale. On a fait observer que la Loi type était particulièrement utile comme recueil de principes qui pouvaient être promulgués dans la législation nationale sous divers libellés pour tenir compte du recours accru au commerce électronique.

10. La plupart des membres de la Commission ont estimé qu'il serait prématuré d'entreprendre l'élaboration de la convention proposée. Plusieurs délégations ont indiqué que des projets de réforme juridique fondés sur les dispositions de la Loi type étaient en cours dans leurs pays. Une délégation a exprimé la crainte que l'élaboration d'une convention internationale fondée sur la Loi type ne nuise à la promulgation générale de la Loi type elle-même qui, à peine deux ans après son adoption par la Commission, était déjà appliquée dans un grand nombre de pays. En outre, on a généralement estimé que le Groupe de travail ne devrait pas être détourné de sa tâche actuelle qui était d'élaborer le projet de Règles uniformes, comme convenu par la Commission. Une fois sa tâche achevée, il serait loisible au Groupe de travail, dans le cadre de sa fonction consultative générale pour les problèmes relatifs au commerce électronique, de présenter à la Commission des propositions touchant les travaux futurs dans ce domaine. Les partisans d'une convention ont estimé qu'il serait peut-être nécessaire d'examiner la question plus avant à une future session de la Commission ainsi que dans le Groupe de travail, éventuellement par le biais de consultations informelles. On a rappelé que, si les travaux futurs pouvaient inclure l'élaboration d'une convention, d'autres questions avaient également été proposées, telles que les questions de compétence, le droit applicable et le règlement des litiges sur Internet[3].

11. Le Groupe de travail sur le commerce électronique, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-troisième session à New York du 29 juin au 10 juillet 1998. Ont assisté à cette session les représentants des États membres du Groupe de travail ci-après: Allemagne, Australie, Autriche, Brésil, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Finlande, France, Honduras, Hongrie, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Lituanie, Mexique, Ouganda, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour et Thaïlande.

12. Y ont également assisté les observateurs des États ci-après: Arabie saoudite, Canada, Danemark, Gabon, Indonésie, Irlande, Madagascar, Panama, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République de Corée, République démocratique du Congo, République tchèque, Suède, Suisse, Tunisie et Turquie.

13. Y ont en outre assisté les organisations internationales ci-après: Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), Banque africaine de développement, Commission européenne, Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), Comité maritime international (CMI), Association européenne des étudiants en droit, Grupo Latinoamericano de Abogados para el Comercio Internacional (GRULACI), Instituto Iberoamericano de Derecho Maritimo (INIDIE), Association internationale des ports (AIP), Association internationale du barreau, Chambre de commerce internationale (CCI), Internet Law and Policy Forum (ILPF), Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications (S.W.I.F.T.) et Union internationale des avocats (UIA).

14. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président:	M. Mads Bryde Andersen (Danemark);
Vice-Président:	M. Pang Khang Chau (Singapour);
Rapporteur:	M. Jair Fernando Imbachi Ceron (Colombie).

[3]Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 209 à 211.

15. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.75); note du secrétariat contenant le projet de Règles uniformes sur les signatures numériques, les autres signatures électroniques, les autorités de certification et les questions juridiques connexes (A/CN.9/WG.IV/WP.76); et note reproduisant le texte du projet de convention internationale sur les transactions électroniques proposé par les États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.IV/WP.77).

16. 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: projet de Règles uniformes sur les signatures électroniques.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉBATS ET DÉCISIONS

17. Le Groupe de travail a examiné la question des signatures numériques, des autres signatures électroniques, des autorités de certification et des questions juridiques connexes sur la base de la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76). Il est rendu compte de ses débats et conclusions à ce sujet dans la section II ci-dessous. Le secrétariat a été prié d'élaborer, à partir de ces débats et conclusions, un ensemble de dispositions révisées, avec d'éventuelles variantes, pour examen par le Groupe de travail lors d'une session future. Une délégation a proposé de travailler ultérieurement à une convention sur les transactions électroniques. Cette proposition a fait l'objet d'un examen informel dont il est fait état à la section III ci-dessous.

II. PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

Remarques générales

18. D'emblée, l'ensemble du Groupe de travail a estimé que la structure actuelle des Règles uniformes constituait une base de discussion acceptable. Selon une opinion, cependant, l'association d'une partie de caractère général sur les signatures électroniques et d'une partie énonçant des règles très détaillées sur les signatures numériques pourrait poser des problèmes quant à la relation et à l'interaction entre ces deux parties. Il a été observé que les Règles uniformes pouvaient, dans une large mesure, convenir aux divers types de signatures électroniques qui apparaissaient progressivement sur le marché. Elles pouvaient jouer un rôle important en faisant en sorte que les techniques de signature électronique soient utilisées dans un environnement ouvert, en suscitant la confiance à l'égard de ces techniques et en évitant que certaines d'entre elles ne soient désavantagées. Néanmoins, on a souligné qu'il faudrait peut-être éclaircir un certain nombre de points, notamment la mesure dans laquelle les Règles uniformes reconnaissaient l'autonomie des parties dans le contexte de réseaux fermés ou semi-fermés; la capacité des Règles uniformes à tenir compte des systèmes dans lesquels les autorités de certification fonctionnaient comme des prestataires de services indépendants et de ceux dans lesquels les parties se fient à un certificat émis par une des parties; la mesure dans laquelle les Règles uniformes pouvaient être adaptées à des techniques spécifiques autres que les signatures numériques; la compatibilité des Règles uniformes avec les différentes procédures de sécurité, quel que soit leur niveau.

Chapitre premier. Champ d'application et dispositions générales

19. Le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen du chapitre premier jusqu'à ce qu'il ait achevé d'examiner les dispositions de fond des Règles uniformes.

Chapitre II. Signatures électroniques

Section I. Signatures électroniques en général

Article premier. *Définitions*

20. Le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen du projet d'article premier jusqu'à ce qu'il ait achevé d'examiner les dispositions de fond des Règles uniformes.

Article 2. *Effet de la signature électronique*

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

"1. Pour ce qui est d'un message de données authentifié à l'aide d'une signature électronique [autre qu'une signature électronique sécurisée], cette signature satisfait à toute exigence légale concernant une signature si sa fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel elle a été utilisée, compte tenu de toutes les circonstances, y compris tout accord en la matière.

2. Le paragraphe 1 s'applique, que l'exigence légale qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences s'il n'y a pas de signature.

3. Sauf disposition contraire énoncée expressément dans [les présentes Règles], les signatures électroniques qui ne sont pas des signatures électroniques [renforcées] [sécurisées] ne sont pas soumises à la réglementation aux normes ou aux procédures d'octroi de licences établies par ... *[les organes ou autorités indiqués par l'État dans l'article]* ou aux présomptions créées par les articles 4, 5 et 6.

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

Titre

22. On a exprimé l'avis que le titre, "Effet de la signature électronique", pouvait prêter à confusion. En effet, le projet d'article 2 n'était pas axé sur l'effet de la signature

électronique, mais plutôt sur les cas dans lesquels on pouvait considérer qu'une telle signature satisfaisait aux exigences légales, conformément à l'article 7 de la Loi type. Après un débat, il a été décidé que le titre du projet d'article devait être plutôt, par exemple, "Respect des exigences légales".

Paragraphe 1

23. On a exprimé l'avis que le libellé du paragraphe 1 devait être aligné exactement sur celui de l'article 7 de la Loi type. Il a donc été suggéré que ce paragraphe se lise comme suit:

> "1. Pour ce qui est d'un message de données authentifié à l'aide d'une signature électronique [autre qu'une signature électronique sécurisée], cette signature satisfait à toute exigence légale ou règle de preuve concernant une signature si la fiabilité de la méthode utilisée pour l'apposer est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière."

24. Cette proposition a bénéficié d'un certain appui, mais il a été fait observer que l'expression "toute exigence légale ou règle de preuve" ne concordait pas avec le texte de la Loi type. En effet, l'article 7 de la Loi type stipulait "lorsque la loi exige la signature", ce qui renvoyait à la fois aux exigences légales et à la règle de preuve. Toute discordance à ce sujet entre la Loi type et les Règles uniformes risquait de compliquer l'interprétation des deux instruments. Le Groupe de travail a adopté le texte proposé sous réserve de la suppression des mots "ou règle de preuve".

Paragraphe 2

25. On a estimé que, dans l'ensemble, le paragraphe 2 était acceptable quant au fond. Afin de respecter la terminologie employée dans la Loi type, le Groupe de travail a décidé de supprimer le mot "légale".

Paragraphe 3

26. Il a été observé que le paragraphe 3 ne faisait qu'énoncer une évidence et qu'il valait mieux le supprimer. Néanmoins, selon l'avis qui a prévalu, puisque l'on pouvait s'attendre que la très grande majorité des signatures électroniques utilisées dans la pratique n'entrent pas dans la catégorie étroite des signatures électroniques "renforcées" ou "sécurisées" (dont l'usage était réglementé dans certains pays), les Règles uniformes devaient indiquer très explicitement que la réglementation relative aux signatures électroniques "renforcées" ou "sécurisées" ne s'appliquait pas en général à tous les types de signatures électroniques. Après un débat, il a été décidé de conserver le paragraphe 3 pour plus de clarté.

Paragraphe 4

27. Le Groupe de travail a estimé que, dans l'ensemble, le paragraphe 4 était acceptable quant au fond.

Section II. Signatures électroniques [renforcées] [sécurisées]

Article 3. *Présomption de signature*

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

> "1. Un message de données est présumé avoir été signé [si] [à partir du moment où] une signature électronique [renforcée] [sécurisée] y est apposée.
>
> 2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes: [...]."

Paragraphe 1

29. Il a été généralement convenu qu'il fallait que les Règles uniformes distinguent un petit éventail de techniques offrant une haute fiabilité des "signatures électroniques" en général. Toutefois, sur le plan de la forme, des doutes ont été exprimés sur le point de savoir si les qualificatifs "renforcée" ou "sécurisée" étaient acceptables. Bien qu'on ait reconnu que le terme "sécurisée" était couramment employé dans le contexte des signatures électroniques, il a été critiqué au motif qu'il introduisait un critère subjectif et impliquait que les signatures qui ne rentraient pas dans la catégorie des signatures "sécurisées" n'étaient par définition pas sûres. On a également objecté que le terme "sécurisée" risquait d'être interprété comme impliquant une fiabilité excessive de la signature visée dans le projet d'article 3. Quant au terme "renforcée", on a objecté qu'il pouvait s'appliquer à pratiquement n'importe quel attribut d'une signature et qu'il était donc trop vague, en particulier pour servir à déterminer la sécurité offerte par une signature. Si certains ont fait valoir que le mot "renforcée" n'avait pas grand sens dans ce contexte, l'opinion qui a prévalu a été qu'en l'absence d'un terme plus approprié, qu'il faudrait rechercher à un stade ultérieur, c'est ce mot qui serait utilisé. Des termes tels que "conforme" et "authentifiée" ont également été suggérés, mais ces propositions n'ont reçu aucun appui.

30. Toujours sur le plan de la forme, on a fait observer que le projet d'article 3 n'envisageait qu'un seul cas de figure, celui de l'"apposition" de la signature, alors que la définition de la signature électronique figurant à l'alinéa *a* du projet d'article premier englobait un concept plus large, à savoir celui de données "logiquement associées [à un] message [de données]". On a émis l'avis que le projet d'article 3 devrait reprendre les mêmes termes que ceux utilisés dans le projet d'article premier.

31. On a émis l'avis que les mots "[à partir du moment où]" devraient être supprimés. À l'appui de ce point de vue, on a fait valoir que le moment auquel le message était signé n'était pas ce qui importait dans le projet d'article 3 et que l'inclusion de ce membre de phrase risquait d'introduire un élément d'incertitude. On a répondu que le moment auquel le message de données était signé avait d'importantes conséquences juridiques, en particulier pour les tiers, et que le membre de phrase devait donc être maintenu. Après un débat, la majorité des membres du Groupe de travail a estimé que la question du moment auquel le message de données avait été signé ne devait pas être trai-

tée dans le projet d'article 3, mais qu'il faudrait peut-être y revenir à un stade ultérieur de l'élaboration des Règles uniformes.

32. On a émis l'avis que les questions traitées dans les projets d'articles 3 et 4 étaient trop proches pour figurer dans des articles distincts. On a fait observer que, dans certains systèmes juridiques, les deux questions étaient indissociables puisqu'un message de données ne pouvait être considéré comme signé que si la signature pouvait être attribuée à un signataire. Pour résoudre cette difficulté, on a suggéré de fusionner les projets d'articles 3 et 4. On a rétorqué que dans d'autres systèmes juridiques la question de savoir si un message de données avait ou non été signé, quelle que soit l'identité du signataire, pouvait revêtir une importance lorsque la loi exigeait une signature, sans que soit indiquée l'identité du signataire, ou lorsque l'identité de l'expéditeur n'était pas un point controversé.

33. Le débat a porté essentiellement sur la question de savoir si le projet d'article 3 devait être supprimé, conservé sous forme d'une présomption ou remanié afin d'énoncer une règle de fond. On a fait valoir qu'une présomption devrait être réfragable et que dans le cas d'une signature il serait difficile d'apporter la preuve contraire. On a répliqué que la présomption soulevait le problème des preuves capables de l'écarter, lesquelles pouvaient être rapportées par des éléments tels que l'intention du signataire ou la fiabilité ou la régularité de la méthode utilisée pour signer le message de données. En stipulant qu'il y avait présomption de signature dans le cas d'une signature électronique renforcée, l'intention était de faire une distinction entre le type de signature électronique "renforcée" visé dans le projet d'article 3 et le type plus général de signature électronique visé dans le projet d'article 2. On a déclaré qu'en acquérant ce statut spécial la signature électronique renforcée pouvait être considérée comme ayant été soumise à certains contrôles et ne nécessitait donc pas le même degré de vérification que la forme de signature électronique plus générale.

34. Le Groupe de travail a été invité à envisager de remplacer le paragraphe 1 par le nouveau paragraphe ci-après:

"Lorsque la loi exige une signature, cette exigence est satisfaite par une signature électronique renforcée."

35. Le débat s'est poursuivi sur la base de cette proposition. On a déclaré que le texte proposé évitait les problèmes que pourrait susciter la présomption et reconnaissait le principe de non-discrimination consacré à l'article 5 de la Loi type. L'objet de la proposition était d'établir une règle selon laquelle une signature électronique renforcée satisfaisait au critère énoncé à l'article 7 de la Loi type, à savoir que "la fiabilité" de la méthode d'authentification devait être "suffisante".

36. La proposition a reçu un certain appui, mais on a aussi fait observer qu'il ne serait possible de se prononcer à son sujet qu'en fonction de la définition qui serait retenue pour la signature électronique "renforcée". On a suggéré de maintenir la proposition entre crochets en attendant que cette définition ait été examinée. Certains membres ont déclaré estimer, eux aussi, que le libellé de la proposition devrait avoir un lien plus direct avec celui de l'article 7 de la Loi type. Il devait énoncer clairement que par signature électronique renforcée il fallait entendre une signature qui satisfaisait au critère de "la fiabilité ... suffisante" posé dans la Loi type et qu'elle pouvait dès lors être considérée comme l'équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite.

37. On a en outre fait observer que l'article 7 de la Loi type, en mettant l'accent sur la fiabilité suffisante de la méthode, compte tenu de toutes les circonstances, établissait un critère qui laissait à la règle de fond une certaine souplesse. Le texte proposé, en revanche, établissait un critère rigide. On a suggéré d'ajouter un membre de phrase tel que "à moins qu'il ne soit prouvé que la signature électronique sécurisée ne satisfait pas aux exigences de l'article 7 de la Loi type" à la fin du texte proposé afin de maintenir la souplesse voulue. On a rétorqué que la proposition avait pour objet d'aller au-delà du critère énoncé à l'article 7 de la Loi type et de poser comme règle que dans tous les cas où la loi exige une signature cette exigence serait satisfaite par une signature électronique renforcée, sans que les circonstances particulières à chaque cas d'espèce aient à être prises en considération. Si l'on ajoutait le membre de phrase suggéré, cela jetterait un doute sur le point de savoir si une signature électronique renforcée remplissait toutes les conditions d'une signature. Il ne fallait donc pas ajouter ce membre de phrase.

38. Après délibération, un large appui a été apporté au texte proposé, quant au fond, mais le Groupe de travail a décidé de le placer entre crochets en attendant l'examen de la définition de la signature électronique [renforcée] [sécurisée]. Il a aussi été décidé d'ajouter entre crochets un membre de phrase tel que "à moins qu'il ne soit prouvé que la signature électronique sécurisée ne satisfait pas aux exigences de l'article 7 de la Loi type", afin que le débat sur la question puisse être poursuivi à une session ultérieure.

Paragraphe 2

39. Le Groupe de travail a estimé que le paragraphe 2 était dans l'ensemble acceptable sur le fond.

Article 4. *Présomption d'attribution*

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

"1. Une signature électronique [renforcée] [sécurisée] est réputée être celle de la personne par qui, ou au nom de laquelle, elle est supposée avoir été utilisée,

Variante A

sauf si le signataire supposé établit que la signature électronique [renforcée] [sécurisée] a été apposée sans autorisation

Variante B

à condition que la partie se fiant à la signature établisse que la procédure de sécurité ou la combinaison de procédures de sécurité appliquée pour vérifier la signature

a) était commercialement raisonnable eu égard aux circonstances;

b) qu'elle l'avait appliquée de manière fiable; et

c) qu'elle s'y était fiée de manière raisonnable et de bonne foi.

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

Remarques générales

41. Certains se sont demandé si le projet d'article 4 consacré à la présomption d'attribution était utile et approprié. Il a été fait observer que la question qui y était traitée relevait du droit civil général et que, par conséquent, elle ne se prêtait peut-être pas à une harmonisation au moyen d'un instrument international. Il a été suggéré que la question de l'attribution des signatures électroniques soit régie uniquement par le droit interne.

42. Néanmoins, selon l'avis qui a prévalu, il était bien nécessaire d'inclure dans le projet de Règles uniformes un article allant dans le même sens que le projet d'article 4. Bien que les variantes aient suscité quelques objections, le sentiment largement partagé a été non seulement que l'attribution pouvait être cruciale pour déterminer l'effet juridique d'une signature, mais aussi qu'un article de ce type était important pour établir la confiance et la certitude dans le domaine des signatures électroniques.

Paragraphe 1

43. La variante A a reçu un certain appui, de même qu'un projet d'article qui comprendrait à la fois la variante A et la variante B. Il a été fait observer qu'il était difficile d'avoir à choisir entre les deux variantes car elles ne constituaient pas une véritable alternative et portaient sur des aspects différents de la présomption d'attribution. La variante A traitait directement de la signature et des questions de l'attribution et de l'autorisation de la signature, tandis que la variante B déterminait les éléments sur lesquels la partie se fiant à la signature devait s'appuyer pour établir la présomption d'attribution, nonobstant le fait que la signature pouvait avoir été apposée sans autorisation.

44. À l'appui de la variante A, on a jugé qu'elle plaçait, à bon escient, la charge de la preuve sur la partie la plus à même de prouver l'acte de la signature, c'est-à-dire le signataire, alors que les règles énoncées dans la variante B s'appuyaient sur plusieurs critères subjectifs qu'il serait difficile d'appliquer dans la pratique. En outre, il a été fait observer que la variante B imposait, de manière inéquitable, une responsabilité éventuelle au signataire, en dépit du fait que celui-ci pouvait avoir prouvé, conformément à la variante A, que la signature avait été apposée sans autorisation. Dans ce contexte, on a vigoureusement exprimé l'avis qu'une disposition allant dans le sens de la variante B ne conviendrait pas aux transactions dans lesquelles intervenaient des consommateurs. Bien que le Groupe de travail ait décidé de ne pas s'engager, à ce stade, dans un débat général sur la question de savoir si le projet de règles uniformes devait s'appliquer aux transactions dans lesquelles intervenaient des consommateurs, on a en général estimé qu'il devait s'occuper des transactions dans lesquelles intervenaient des utilisateurs de techniques de communication électroniques.

45. À l'appui de l'incorporation de certains éléments de la variante B dans les Règles uniformes, on a déclaré que lorsqu'il s'agissait de déterminer les effets juridiques il importait que toute partie se fiant à la signature électronique soit tenue de prouver les points énoncés aux alinéas *a* à *c* avant de pouvoir établir une présomption. Selon un avis, les conditions énumérées dans la variante B n'avaient pas leur place dans une disposition permettant d'établir une présomption. À ce propos, il a été suggéré de réexaminer l'emplacement de la variante B et de se demander non seulement si elle avait sa place dans l'article 4, mais aussi quels étaient ses liens avec les définitions formulées au projet d'article premier ainsi qu'avec les articles de fond des règles uniformes. Par exemple, il a été fait observer que l'alinéa *c* de la variante B était en rapport avec le projet d'article 7 consacré à la responsabilité. Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui et il a été décidé qu'il convenait de réexaminer les questions évoquées dans la variante B dans le contexte de la définition de la signature électronique [renforcée] [sécurisée] et des dispositions de fond sur la responsabilité. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer la variante B.

46. Comme dans le cas du projet d'article 3, on s'est demandé s'il était approprié que l'article soit rédigé sous la forme d'une présomption. On s'est notamment interrogé sur la question de savoir s'il s'agissait d'une présomption réfutable et, si oui, par quels moyens elle pouvait être réfutée. On a estimé que cela devait être mentionné explicitement dans le texte de l'article. Il a été fait observer qu'il serait peut-être difficile d'établir une présomption générale applicable à tous les types de transaction car, pour être valable, une telle présomption dépendait d'un certain nombre de causes variables telles que: la fiabilité technique de certaines signatures; l'opinion des parties au sujet du traitement à réserver à certains types de signature; la nature même des transactions. Dans certains types de transaction tels que les transactions financières, il pouvait être approprié d'associer un degré élevé de responsabilité à l'utilisation d'une signature sans autorisation, alors que pour les transactions moins importantes un tel degré de responsabilité n'était peut-être pas fondé.

47. On s'est également inquiété de savoir si la présomption devait être structurée de manière qu'on puisse la réfuter simplement en niant avoir apposé la signature ou s'il fallait aussi prouver qu'il n'y avait pas eu autorisation.

48. On a critiqué le fait que l'article indique avec tant de précision les actes que les parties devaient accomplir. Les conditions auxquelles devait se plier la partie se fiant à la signature, énoncées aux alinéas *a* à *c* de la variante B, étaient trop contraignantes. De même, il était trop restrictif d'exiger, comme le faisait l'alinéa *b*, que ce soit la partie se fiant à la signature qui doive appliquer la procédure de sécurité. Le projet d'article devait s'en tenir à la question de savoir si une procédure de sécurité raisonnable avait été appliquée, quelles que soient les personnes qui s'en étaient chargées, ou aux faits qu'il fallait prouver. On a formulé la même critique à propos de la variante A, qui exigeait que le signataire supposé établisse qu'il n'y avait pas eu autorisation. De l'avis général, il convenait de dépersonnaliser le libellé du projet d'article 4 pour prendre en compte ces préoccupations.

49. On a également critiqué le fait que le projet d'article traite à la fois de l'autorisation et de l'attribution, deux concepts différents qu'il convenait de traiter séparément. Il a été proposé que le projet d'article 4 soit axé sur l'autorisation plutôt que sur l'attribution. En réponse, il a été observé que le paragraphe 2 de l'article 13 de la Loi type intégrait la notion d'autorisation dans des dispositions consacrées à l'attribution.

50. Le libellé du projet d'article 4 a suscité un certain nombre de préoccupations. Il a été estimé que le projet de Règles uniformes devait respecter le principe de la neutralité quant aux techniques utilisées et au champ d'application et que tel n'était pas le cas de la variante B. En particulier, l'expression "partie se fiant à la signature" était habituellement utilisée dans le contexte des signatures numériques. Puisqu'elle n'était pas définie dans les Règles uniformes, le projet d'article 4 devait indiquer clairement que l'emploi de cette expression ne signifiait pas que l'on traitait uniquement des signatures numériques certifiées. Compte tenu de la décision de supprimer la variante B, aucune suite n'a été donnée à cette proposition, étant entendu cependant qu'un texte reprenant cette variante quant au fond pourrait être proposé à une session future.

51. D'autres propositions ont été formulées pour améliorer le libellé du projet d'article 4. Il a été suggéré notamment de remplacer le mot "utilisée" (s'agissant de la signature) par des termes tels que "conçue", "produite" ou "créée". Le Groupe de travail a approuvé cette proposition. On a estimé par ailleurs qu'il n'aurait pas été nécessaire d'employer l'expression "une combinaison de procédures de sécurité" dans la variante B supprimée car l'emploi de différentes procédures équivalait à "une procédure de sécurité". Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait examiner plus en détail cette suggestion dans le contexte d'autres projets d'articles où l'expression en question était employée.

52. Afin de prendre en compte la suggestion tendant à dépersonnaliser le libellé du projet d'article 4 et à élargir la catégorie des personnes qui pouvaient se charger des actes nécessaires, il a été proposé de remplacer le paragraphe 1 par le texte suivant:

> "Une signature électronique [renforcée] est réputée être celle de la personne par qui, ou au nom de laquelle, elle est supposée avoir été créée, sauf s'il est établi que la signature électronique [renforcée] n'a été apposée ni par le signataire supposé ni par une personne habilitée à agir en son nom."

Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 ainsi remanié.

Paragraphe 2

53. Le Groupe de travail a jugé que le paragraphe 2 était de manière générale acceptable quant au fond.

Article 5. *Présomption d'intégrité*

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

> "1. Si le signataire supposé a utilisé une procédure de sécurité capable de prouver [de manière fiable] qu'un message de données ou toute signature [électronique] [électronique [renforcée] [sécurisée]] y étant apposée n'a pas été modifié après l'application de la procédure de sécurité audit message de données ou à toute signature, il est présumé [sauf preuve contraire] que le message de données ou la signature n'a pas été modifié.
>
> 2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les conditions suivantes: [...]."

Paragraphe 1

55. D'emblée, il a été généralement estimé qu'il était utile d'adopter une disposition allant dans le sens du paragraphe 1 pour clarifier la manière dont les conditions énoncées à l'article 8 de la Loi type devaient être satisfaites. Plusieurs avis ont été exprimés et des suggestions ont été formulées pour améliorer le libellé du paragraphe 1.

56. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si le projet d'article 5 devait traiter à la fois de l'intégrité de la signature et de l'intégrité du message de données. Le sentiment largement partagé était que le libellé actuel du paragraphe 1, qui mentionnait l'intégrité du message de données ou de "toute signature", n'était pas clair et pouvait donner lieu à une interprétation erronée, par exemple, en laissant entendre que la vérification de l'intégrité de la signature seulement créerait une présomption quant à l'intégrité du message. Il a été suggéré que le projet d'article 5 traite de l'intégrité de la signature et de l'intégrité du message de données dans des dispositions distinctes. Une autre solution était que l'article 5 traite uniquement des procédures de sécurité capables de prouver à la fois l'intégrité de la signature et celle du message. Néanmoins, après un débat, il a été largement estimé que les Règles uniformes ne devaient porter que sur l'intégrité du message.

57. S'agissant de la notion de "procédure de sécurité", on a fait observer qu'une définition était peut-être nécessaire pour clarifier la relation entre une procédure de sécurité et une signature électronique ou une signature électronique "renforcée". Il faudrait peut-être intégrer la notion de "procédure de sécurité renforcée" pour traiter la question de l'intégrité du message, par opposition aux "procédures de sécurité" non qualifiées qui conviendraient peut-être à la question de l'identité du signataire. On a en général estimé que les questions liées à la définition de la "procédure de sécurité" et au niveau de sécurité nécessaire pour établir une présomption seraient peut-être résolues par l'application du projet d'article 6, selon lequel ce qui constituait une "procédure de sécurité" acceptable serait déterminé par une autorité compétente ou par convention entre les parties.

58. Quant à la question de savoir si la procédure de sécurité devait être appliquée par le signataire uniquement, le sentiment largement partagé était qu'il fallait dépersonnaliser le libellé du paragraphe 1. Il a été jugé que l'on rendrait ainsi mieux compte des situations (qui, disait-on, revêtaient une importance considérable dans la pratique) dans lesquelles la procédure de sécurité ne serait pas seu-

lement “appliquée” par le signataire, mais supposerait également l’intervention de la partie se fiant à la signature.

59. S’agissant de l’expression “capable de prouver”, on a exprimé l’avis que le paragraphe 1 ne rendait pas suffisamment compte du fait que toute procédure de sécurité devait être appliquée correctement et avec succès afin de pouvoir établir l’intégrité du message de données. À cet effet, il a été proposé de remplacer les mots “capable de prouver de manière fiable” par, notamment, “garantissant” ou “prouvant de manière fiable”. On a fait valoir, à l’encontre de cette proposition, que le fait de stipuler que l’intégrité devait être prouvée pour qu’il puisse y avoir présomption d’intégrité était dénué de sens. Le projet d’article 5 avait précisément pour but de disposer que l’utilisation de certaines procédures de sécurité (qui pouvaient être évaluées selon le projet d’article 6 ou, à un stade ultérieur, par un tribunal, conformément à l’article 8 de la Loi type) permettait d’établir une présomption d’intégrité, étant donné que les procédures en question étaient “capables” de vérifier l’intégrité des messages. Néanmoins, de l’avis général, le projet d’article 5 devait préciser qu’il ne pouvait y avoir présomption d’intégrité que si la procédure de sécurité avait été appliquée correctement et avec succès.

60. S’agissant de l’expression “sauf preuve contraire”, placée entre crochets, on a fait observer qu’elle ne constituait qu’une très faible présomption dans la mesure où toute preuve contraire permettrait de la réfuter. Le projet d’article 5 formulait une présomption plus faible que le projet d’article 4, discordance à laquelle il faudrait peut-être remédier. On a aussi fait remarquer que le projet d’article 5 était formulé comme une présomption réfutable mais ne contenait aucune indication concernant la façon dont cette présomption pouvait être réfutée. Il a été suggéré de compléter le libellé du projet d’article en ce sens. Néanmoins, selon l’avis qui a prévalu, il était approprié que le projet d’article 5 établisse une règle de preuve, mais il serait peut-être difficile d’harmoniser plus en détail le degré de la présomption et les moyens par lesquels on pouvait la réfuter. On a généralement estimé que ces questions relevaient plutôt du droit interne applicable.

61. Afin de prendre en compte les vues et préoccupations mentionnées ci-dessus, on a proposé, pour le paragraphe 1, les variantes suivantes:

“*Variante A*

Si une [procédure de sécurité fiable] [signature électronique renforcée] est correctement [appliquée à] [apposée sur] une certaine partie d’un message de données et indique que cette partie du message n’a pas été modifiée depuis un moment précis, il est présumé que la partie du message de données en question n’a pas été modifiée depuis lors.

Variante B

Si une procédure de sécurité est capable d’établir [de manière fiable] [avec un degré de certitude élevé] qu’une certaine partie d’un message de données n’a pas été modifiée depuis un moment précis et que cette procédure, utilisée correctement, indique que le message de données n’a pas été modifié, il est présumé que [l’intégrité du message de données a été préservée] [le message de données n’a pas été modifié] depuis lors.”

62. La variante B a bénéficié d’un appui considérable, mais le Groupe de travail a décidé d’intégrer les deux variantes dans le projet révisé de Règles uniformes que le secrétariat devait établir, afin que l’on puisse en discuter à une autre session. On a fait observer qu’en fonction de la décision finale qui serait prise au sujet du contenu du paragraphe 1 il faudrait peut-être réexaminer l’emplacement du projet d’article 5. Si le texte du paragraphe 1 ne faisait aucune allusion à la notion de “signature électronique renforcée”, la portée du projet d’article 5 s’en trouverait élargie et il y aurait peut-être lieu d’intégrer la disposition en question dans la section I, qui avait trait aux signatures électroniques en général, ou dans une section séparée des Règles uniformes.

Paragraphe 2

63. On a estimé que le paragraphe 2, dans l’ensemble, était acceptable quant au fond.

Article 6. *Prédétermination de la signature électronique [renforcée] [sécurisée]*

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

“1. Une procédure de sécurité ou une combinaison de procédures de sécurité satisfait aux exigences d’une signature électronique [renforcée] [sécurisée] si [*l’organe ou l’autorité indiqué par l’État adoptant comme compétent en la matière*] en décide ainsi...

2. Pour ce qui est de la relation entre la personne signant un message de données et toute personne se fiant au message signé, une procédure de sécurité ou une combinaison de procédures de sécurité est supposée satisfaire aux exigences d’une signature électronique [renforcée] [sécurisée] si les parties en conviennent expressément.

3. Les dispositions du paragraphe 2 ne s’appliquent pas dans les situations suivantes: [...].”

Remarques générales

65. De l’avis général, il fallait inclure un article allant dans le sens du projet d’article 6 car la prédétermination de procédures de sécurité agréées contribuerait à la sécurité et à la fiabilité des signatures électroniques et du commerce électronique en général. S’agissant de la question de l’autonomie des parties telle que prévue au paragraphe 2, le principe de la liberté contractuelle a bénéficié d’un large appui, mais l’avis général a été que cette question devait être examinée dans l’optique de l’ensemble du texte afin de déterminer quelles dispositions pouvaient être modifiées par convention (et quelles dispositions ne pouvaient l’être). On a fait observer que si le Groupe de travail décidait que les Règles uniformes devaient être intégrées à la Loi type, il faudrait examiner le rapport entre ces règles et l’article 4, lequel devrait être modifié en conséquence. Le Groupe de travail a décidé d’attendre pour examiner la question des dispositions impératives et non impératives d’avoir achevé l’examen des dispositions de fond des Règles uniformes.

Paragraphe 1

66. Le paragraphe 1 a dans l'ensemble été considéré comme offrant un moyen acceptable d'aider à prédéterminer ce qui constituait une signature électronique [renforcée] [sécurisée]. Un certain nombre de suggestions ont été faites pour en améliorer le libellé et le rendre plus clair.

67. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait été convenu, lors de l'examen du projet d'article 4, de substituer les mots "une procédure de sécurité" aux mots "une procédure de sécurité ou une combinaison de procédures de sécurité".

68. On a fait observer que si la décision visée au paragraphe 1 pouvait être rendue librement on risquait de saper la confiance dans le commerce électronique et qu'il faudrait donc exiger qu'elle soit rendue sur la base de normes internationales lorsque celles-ci existaient et étaient pertinentes. Après un débat sur cette proposition, le secrétariat a été prié d'établir un texte qui serait ajouté au paragraphe 1 et qui dirait en substance que la décision devrait être rendue "sur la base de normes techniques internationales reconnues dans la mesure où celles-ci existent".

69. Les membres se sont largement accordés à estimer qu'étant donné l'ampleur des conséquences que pouvait avoir la prédétermination de la signature électronique [renforcée], la décision visée au paragraphe 1 ne devrait pouvoir émaner que d'un organe ou d'une autorité qui se trouvait manifestement en position de rendre une telle décision ou y était manifestement autorisée, qu'il s'agisse d'une autorité publique ou d'une autorité privée désignée par les pouvoirs publics. Afin que le projet d'article indique plus clairement comment on pouvait prédéterminer qu'on avait affaire à une signature électronique "renforcée", on a proposé de remanier le paragraphe 1 en reprenant la même terminologie que dans le titre du projet d'article, c'est-à-dire en remplaçant le mot "décide" par le mot "détermine", et en mentionnant l'autorité chargée de procéder à la détermination au début de la disposition. On aboutirait alors à un libellé tel que le libellé suivant: "*[L'organe ou l'autorité indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière]* peut déterminer qu'une procédure de sécurité satisfait aux exigences d'une signature électronique [renforcée] [sécurisée]." Cette proposition a recueilli un large appui.

Paragraphe 2

70. L'inclusion d'une disposition du type de celle énoncée au paragraphe 2 prévoyant l'autonomie des parties a fait l'unanimité. On a fait observer que le paragraphe 2 traitait de la question de la prédétermination des signatures électroniques [renforcées] en ménageant la souplesse voulue et en tenant compte de l'importance de l'autonomie des parties dans le contexte des systèmes fermés. On a toutefois déclaré craindre que le paragraphe 2 ne permette aux parties de convenir de déroger à des exigences de formes impératives, et on a émis l'avis qu'il faudrait se borner à reconnaître l'autonomie des parties dans les limites du droit national. À cet égard, on a proposé d'ajouter à la fin du paragraphe les mots "dans la mesure où la loi les y autorise" et de supprimer le paragraphe 3. À l'appui de cette proposition, on a fait valoir que le paragraphe 3 exigeait que l'État adoptant s'attache à prendre en compte les exceptions possibles, alors que le libellé proposé réglait la question des restrictions existantes et permettrait de tenir compte des restrictions qui pourraient être imposées à l'avenir. Après avoir délibéré, le Groupe de travail a adopté cette proposition.

71. S'agissant de la forme, on a déclaré craindre que, compte tenu du sens généralement accepté des termes "personne se fiant", figurant au paragraphe 2, ces derniers ne soient interprétés à tort comme pouvant englober non seulement les parties ayant convenu que telle ou telle procédure satisfaisait aux exigences d'une signature [renforcée], mais aussi un tiers, avec pour résultat fâcheux que les tiers pourraient pâtir de la convention passée entre les parties. L'opinion générale a été que les parties pouvaient convenir entre elles et pour leur propre usage des effets produits par la procédure de sécurité à laquelle elles avaient recours, y compris qu'elle satisfaisait aux exigences d'une signature électronique [renforcée], et qu'il fallait que le paragraphe 2 précise que cette convention ne pouvait pénaliser quiconque n'y était pas partie. On a souligné que l'intention n'était pas que la disposition permette qu'un tiers subisse les conséquences d'une convention entre le signataire et le destinataire du message de données signé. Selon un autre point de vue, il fallait indiquer plus clairement que la disposition s'appliquait uniquement dans un contexte commercial et qu'il ne devait pas s'agir simplement de parties contractantes mais aussi de parties consentantes.

72. On s'est aussi inquiété du rapport entre l'article 7 de la Loi type, qui ne pouvait faire l'objet de dérogations conventionnelles, et le projet d'article 6. On a émis l'avis que les paragraphes 1 et 2 pouvaient donner à croire aux parties qu'en convenant de ce qui constituait une signature électronique [renforcée] elles pouvaient éviter de se conformer aux exigences de l'article 7 concernant l'équivalent fonctionnel d'une signature. Le paragraphe 2 devrait, a-t-on déclaré, disposer qu'une fois qu'une procédure de sécurité a satisfait aux exigences de la signature prévues à l'article 7 de la Loi type, les parties pourraient convenir de ce qui constituerait une signature électronique [renforcée]. On a aussi fait observer qu'en sus des situations envisagées aux paragraphes 1 et 2, il pouvait y avoir une troisième possibilité, à savoir qu'une procédure non visée par l'un de ces paragraphes puisse néanmoins correspondre à la définition d'une signature [renforcée], par exemple, si elle était reconnue comme telle par un tribunal. Cette question n'a pas été débattue.

Révision proposée du projet d'article 6

73. Il a été proposé de réviser le projet d'article 6 en tenant compte des remaniements qui avaient été discutés et convenus au sujet du paragraphe 1. Selon cette proposition, le paragraphe 1 devait être scindé en deux parties, la première traitant de la détermination qu'une procédure de sécurité satisfaisait aux exigences d'une signature électronique, et la seconde traitant des procédures de sécurité qui satisfaisaient aux exigences d'intégrité énoncées au projet d'article 5. Un nouveau paragraphe 2 permettrait aux par-

ties de déterminer l'effet juridique de leur signature. Un libellé tel que le libellé ci-après a été proposé:

"1. *[L'organe ou l'autorité indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière]* peut déterminer:

a) qu'une signature électronique satisfait aux [exigences] de l'alinéa *b* de l'article premier; ou

b) qu'une procédure de sécurité satisfait aux exigences de l'article 5.

2. Pour ce qui est de la relation entre la personne signant un message de données et toute personne se fiant au message signé, les parties peuvent déterminer l'effet d'une signature ou d'une procédure de sécurité si elles en conviennent expressément, sous réserve des présentes Règles et du droit applicable."

74. Le Groupe de travail a dans l'ensemble accepté le texte proposé, sous réserve de certaines modifications de forme. On a notamment proposé de placer les mots "des présentes Règles et" entre crochets en attendant que le Groupe de travail se prononce sur la question du respect des dispositions impératives des Règles uniformes. Cette proposition a été acceptée, et le Groupe de travail a décidé de reporter le débat concernant la question de la détermination des dispositions des Règles uniformes qui devaient revêtir un caractère impératif, ainsi que le débat sur les questions touchant au droit de la protection des consommateurs.

75. On a demandé ce qu'il faudrait entendre par "les parties peuvent déterminer l'effet" de la signature. On a notamment objecté que les parties ne pouvaient convenir de l'effet juridique des signatures, mais qu'elles pouvaient se mettre d'accord sur la façon dont elles devraient signer un message de données. Selon un autre point de vue, les parties ne pouvaient convenir de conférer tel ou tel statut juridique à telle ou telle forme de signature, mais elles pouvaient convenir de l'effet juridique qu'aurait une forme particulière de signature. Selon un autre point de vue encore, la disposition énoncée au paragraphe 2 devrait viser uniquement une forme particulière de signature. Après un débat, il a été décidé de placer les mots "l'effet" entre crochets en attendant que leur signification ait été éclaircie. Le secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée du projet d'article 6 en tenant compte des débats relatés ci-dessus.

Article 7. *Responsabilité pour une signature électronique [renforcée] [sécurisée]*

76. Le projet d'article 7 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"*Variante A*

Lorsque l'utilisation d'une signature électronique [renforcée] [sécurisée] n'a pas été autorisée et lorsque le signataire supposé n'a pas exercé un soin raisonnable pour en éviter une utilisation non autorisée et pour empêcher que le destinataire ne s'y fie, le signataire supposé est tenu responsable du préjudice causé [et doit verser des dommages-intérêts à la partie s'étant fiée à sa signature], sauf si la partie s'étant fiée à la signature savait ou aurait dû savoir qu'elle n'était pas celle du signataire supposé.

Variante B

Lorsque l'utilisation d'une signature électronique [renforcée] [sécurisée] n'a pas été autorisée et que le signataire supposé n'a pas exercé un soin raisonnable pour en éviter l'utilisation non autorisée et empêcher que le destinataire ne s'y fie, ladite signature est néanmoins considérée comme la sienne, sauf si la partie qui s'y est fiée savait ou aurait dû savoir qu'elle n'était pas celle du signataire supposé."

77. On a suggéré de remanier le titre du projet d'article afin qu'il indique que l'objet de l'article est l'utilisation d'une signature sans autorisation. On pourrait, par exemple, intituler le projet d'article: "Responsabilité en cas d'utilisation non autorisée d'une signature électronique [renforcée] [sécurisée]".

78. Quant à la portée de l'article, on a proposé d'étendre la règle régissant la responsabilité en cas d'utilisation non autorisée d'une signature renforcée aux signatures électroniques ordinaires. On a par ailleurs proposé de restructurer l'article 7 pour distinguer entre les cas où: *a)* l'utilisation non autorisée de la signature résultait de l'intervention frauduleuse d'un pirate informatique; *b)* la signature était utilisée sans autorisation par un employé ou ancien employé du signataire supposé; ou *c)* la signature était utilisée par un employé ayant une autorisation, mais à des fins autres que celles autorisées.

79. Des délégations ont dit que, pour éviter toute ingérence dans le droit interne des contrats et de la représentation, c'était le droit interne applicable qui devait réglementer la matière faisant l'objet du projet d'article 7, qui devrait donc être supprimé. Le débat a essentiellement porté sur les variantes A et B.

Variante A

80. La variante A a bénéficié d'un large appui. On a fait observer qu'une telle disposition était nécessaire pour indiquer clairement que le signataire supposé ne pouvait répudier sa signature en se contentant d'indiquer, en vertu du projet d'article 4, qu'elle avait été utilisée sans autorisation. Outre l'absence d'autorisation visée au projet d'article 4, le signataire supposé devait aux termes de l'article 7 montrer qu'il n'avait pas été négligent s'agissant de protéger sa signature contre les utilisations non autorisées. Dans ce contexte, on a dit que dans le cadre de la variante A, la charge de la preuve n'était peut-être pas appropriée. En effet, aux termes de cette variante, la partie qui se fiait à la signature devrait prouver que le signataire supposé n'avait pas exercé le soin raisonnable nécessaire pour éviter l'utilisation non autorisée de sa signature. On a dit que cette disposition pourrait devoir être remaniée afin d'inverser la charge de la preuve, de telle manière qu'il appartienne au signataire supposé de prouver qu'il a exercé le soin raisonnable nécessaire pour protéger sa signature électronique.

81. À l'appui de la variante A, on a fait observer par ailleurs que cette disposition était, comme il convenait, axée sur les questions de responsabilité, à la différence de la variante B, qui risquait d'être excessivement lourde pour le signataire supposé si on l'interprétait comme liant

strictement ce dernier au contenu du message authentifié au moyen d'une signature non autorisée.

82. Des objections ont toutefois été formulées contre la variante A, notamment qu'il n'était peut-être pas approprié de créer une norme de "soin raisonnable" s'agissant de pratiques nouvelles comme les signatures électroniques, qui se développaient dans un environnement technique en mutation rapide et ne pouvaient s'appuyer sur des usages ou pratiques établis. À cet égard, une disposition comme la variante A risquait de décourager l'utilisation des signatures électroniques en fixant une norme trop stricte. La simple référence à la notion de "responsabilité" dans une disposition concernant les signataires supposés et les parties se fiant à une signature risquait de dissuader les utilisateurs potentiels de la signature électronique de s'en servir. À cet égard, la variante B, qui évitait toute mention de la notion de responsabilité, était peut-être plus acceptable (voir par. 84 ci-après).

83. On a répondu à cet argument que, dans de nombreux pays, la norme de soin raisonnable établie dans la variante A était déjà applicable au commerce électronique, étant une règle de conduite généralement applicable en vertu du droit interne. Si les dispositions de la variante A n'étaient peut-être pas nécessaires dans les pays en question, l'harmonisation internationale du droit concernant cette question pourrait être utile. Il serait certes peu judicieux que les règles uniformes tentent d'unifier le droit applicable à l'indemnisation du préjudice purement économique ou interviennent autrement dans le droit des contrats ou de la responsabilité civile, mais le Groupe de travail ne devait pas craindre d'éclaircir les règles de conduite fondamentales qui devaient guider les parties lorsqu'elles utilisaient les signatures électroniques. On a aussi fait observer que le critère de soin raisonnable prévu dans la variante A était suffisamment souple pour faire leur place aux pratiques nouvelles qui se faisaient jour dans le domaine du commerce électronique. En outre, la norme de conduite énoncée dans la variante A était peut-être moins rigoureuse que les normes de conduite applicables dans certains domaines en droit interne. De plus, on a fait observer que, loin de décourager l'utilisation des signatures électroniques, l'existence de normes de conduite uniformes connues accroîtrait vraisemblablement la confiance dans le commerce électronique en général, pourvu que ces normes reflètent suffisamment la pratique des milieux commerciaux.

Variante B

84. La variante B a recueilli un appui limité. On a dit à juste titre que cette variante était axée sur l'attribution de la signature électronique renforcée dans les cas où celle-ci n'était pas autorisée, tout en laissant aux tribunaux le soin de trancher la question de la responsabilité sur la base du droit interne. Dans ce contexte, on a suggéré de remanier la variante B de manière à limiter son application dans le temps, à y inclure un élément de prévisibilité du montant des dommages-intérêts pouvant résulter de l'utilisation non autorisée de la signature et à indiquer clairement que la perte de bénéfices attendus ne relevait pas du champ d'application du projet d'article 7. On a, à défaut, proposé de la remanier comme suit:

"Lorsque l'utilisation d'une signature électronique [renforcée] [sécurisée] n'a pas été autorisée et que le signataire supposé n'a pas exercé un soin raisonnable pour en éviter l'utilisation non autorisée et empêcher que le destinataire ne s'y fie, ladite signature est néanmoins considérée comme autorisée, sauf si la partie qui s'y est fiée savait ou aurait dû savoir qu'elle ne l'était pas."

85. De l'avis général, le projet d'article 7 pouvait demeurer entre crochets dans le projet de règles uniformes en attendant la poursuite du débat lors d'une session ultérieure. On estimait généralement qu'il serait peut-être nécessaire de revenir sur la question de la responsabilité du signataire supposé en cas de négligence dans la protection de sa signature électronique à l'occasion de l'examen du projet d'article 13-2, qui énonçait une obligation de révoquer un certificat si la clef privée avait été compromise.

86. Pour tenir compte des diverses opinions et préoccupations exprimées au sujet des variantes A et B, on a proposé ce qui suit comme révision possible du projet d'article 7:

"Lorsque: 1) l'utilisation d'une signature électronique [renforcée] [sécurisée] n'a pas été autorisée; 2) que le destinataire s'est à son détriment fié de bonne foi à la signature; et 3) que le signataire supposé n'a pas exercé un soin raisonnable pour éviter l'utilisation non autorisée de sa signature et empêcher que le destinataire ne s'y fie, la signature est attribuable au signataire supposé aux fins de la responsabilité du coût de rétablir les parties dans la position dans laquelle elles se trouvaient avant l'utilisation non autorisée de la signature. Ce qui précède ne s'applique pas dans la mesure où le destinataire savait ou aurait dû savoir que la signature n'était pas autorisée."

87. On a aussi proposé de remanier ce projet d'article 7 comme suit:

"Lorsque l'utilisation d'une signature électronique [renforcée] [sécurisée] n'a pas été autorisée et que le signataire supposé n'a pas exercé un soin raisonnable pour en éviter une utilisation non autorisée et empêcher que le destinataire ne s'y fie, le signataire supposé ne peut être tenu responsable que du coût du rétablissement des parties dans la situation qui était la leur avant l'utilisation non autorisée de la signature, sauf si la partie qui s'y est fiée savait ou aurait dû savoir que cette signature n'était pas celle du signataire supposé."

88. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que les divers textes proposés pour le projet d'article 7 devaient figurer en tant que variantes dans la version révisée des Règles uniformes qui serait établie pour examen lors d'une session ultérieure, en même temps que le texte de la variante A figurant dans la note du secrétariat.

Section III. Signatures numériques accompagnées de certificats

Article 8. *Teneur d'un certificat [renforcé] [sécurisé]*

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

"Aux fins des présentes Règles, un certificat [renforcé] [sécurisé] remplit au minimum les fonctions suivantes:

a) il identifie l'autorité de certification qui l'émet;

b) il nomme ou identifie le [signataire] [sujet du certificat] ou un dispositif ou un agent électronique sous le contrôle [du signataire] [du sujet du certificat] [de cette personne];

c) il contient une clef publique correspondant à une clef privée dont [le signataire] [sujet du certificat] a le contrôle;

d) il spécifie sa période d'effet;

e) il est signé numériquement ou sécurisé d'une autre manière par l'autorité de certification qui l'émet;

[*f)* il spécifie, le cas échéant, les restrictions à l'utilisation de la clef publique;]

g) il identifie l'algorithme à appliquer]."

Remarques générales

90. Au début du débat sur le projet d'article 8, on s'est interrogé sur le rapport entre cet article et la définition d'une signature électronique renforcée figurant à l'alinéa *b* du projet d'article premier. Le Groupe de travail a reconnu que les définitions figurant dans le projet d'article premier des Règles uniformes devraient être examinées lors d'une session ultérieure, une fois que l'élaboration des articles portant sur le fond aurait été terminée, mais il a estimé qu'il faudrait garder à l'esprit la teneur possible des définitions pour déterminer quels éléments devraient nécessairement figurer dans les dispositions de fond.

91. Des questions ont également été soulevées au sujet de la technologie sur laquelle était fondé le projet d'article 8. On a fait observer que celui-ci supposait une triple certification faisant intervenir, outre le signataire et le destinataire d'un message de données, une autorité de certification indépendante. Or, la tendance dans l'usage commercial était actuellement à la double certification, et l'on a émis l'avis que le projet d'article risquait de ne pas convenir dans ce contexte. À cet égard, on a demandé notamment si l'inclusion d'un article tel que le projet d'article 8 aurait des répercussions négatives sur la double certification, s'il faudrait établir une règle analogue pour cette dernière, ou si celle-ci devrait être spécifiquement exclue du champ d'application du projet d'article 8. On a répondu que si la double certification était largement contractuelle, il y avait des situations dans lesquelles un tiers pouvait se fier à la signature et qu'il importait de sauvegarder ses intérêts. On a émis l'avis que même si ce cas de figure semblait ressembler à la situation d'une partie se fiant à la signature dans le cadre d'une triple certification il serait difficile d'élaborer une disposition qui puisse s'appliquer à la fois à la double et à la triple certification. La plupart des membres ont estimé que le Groupe de travail devrait attendre pour trancher la question de savoir si le projet d'article 8 devait s'appliquer à la double certification ou si celle-ci devait au contraire être exclue de son champ d'application.

92. On a aussi fait observer que si l'inclusion d'une liste des exigences auxquelles devrait satisfaire l'émetteur d'un certificat pourrait rendre plus sûre l'utilisation des signatures numériques l'évolution de la technologie était si rapide qu'une telle liste risquerait d'être vite dépassée.

93. On a déclaré qu'on ne voyait pas très bien, à la lecture du projet d'article 8, quelles conséquences entraîneraient un certificat qui ne comporterait pas toutes les informations énoncées aux alinéas *a* à *g*, quel était l'objet du projet d'article et comment il s'articulait avec les projets d'articles 9 et 10. On s'est demandé si cet article était même nécessaire. On a fait observer que les obligations qu'imposaient les projets d'articles 9 et 10, qui établissaient le lien entre les clefs publiques et privées et rattachaient les deux clefs à l'identification du signataire, étaient au coeur même de la notion de certificat renforcé accompagnant une signature renforcée et ne pouvaient être dissociées du projet d'article 8. Il a été convenu que ces questions étaient essentielles pour déterminer s'il fallait inclure un article tel que le projet d'article 8 et comment celui-ci devrait être libellé. On s'est aussi interrogé sur le rapport entre le projet d'article 8 et l'article 7 de la Loi type. À cet égard, on a fait observer qu'il ne fallait pas présumer que s'il était satisfait aux exigences du projet d'article 8 il serait aussi automatiquement satisfait à celles de l'article 7. On a aussi fait remarquer que certaines exigences du projet d'article 8, y compris les alinéas *d* à *g*, ne contribuaient pas à établir la fiabilité de la signature en respectant les critères énoncés à l'article 7 de la Loi type. La question du rapport entre les deux articles n'a pas été réglée lors de l'examen du projet d'article 8, mais le Groupe de travail a décidé qu'il y reviendrait dans le cadre de l'examen des projets d'articles 9 et 10.

94. Des opinions divergentes ont été exprimées au sujet des conséquences que pourrait entraîner un certificat qui ne satisferait pas aux exigences du projet d'article 8. Selon une opinion, l'utilisation du certificat pourrait être interdite par les Règles uniformes, et les autres dispositions de la section III ne s'appliqueraient pas. On a objecté qu'une telle conséquence serait hors de proportion avec les exigences des alinéas *a* à *g*. Selon une autre opinion, la signature accompagnée du certificat serait toujours considérée comme une signature numérique, mais sans doute plus comme une signature renforcée. Les règles concernant les signatures numériques non accompagnées d'un certificat s'appliqueraient. Selon une autre opinion encore, le certificat ne ferait plus de la signature qu'il accompagne une signature renforcée, mais la signature pourrait tout de même être considérée comme une signature renforcée au sens de l'alinéa *b* du projet d'article premier; les seules différences seraient que les facilités offertes par la section III ne seraient pas applicables et qu'il faudrait apporter la preuve que la signature réunit tous les éléments de la définition figurant à l'alinéa *b* du projet d'article premier. Selon encore une autre opinion, le certificat ne serait pas considéré comme un certificat aux fins des Règles uniformes, ou il le serait, mais son émetteur pourrait voir sa responsabilité engagée pour présentation fallacieuse des faits s'il cherchait à le faire passer pour un certificat faisant d'une signature une signature renforcée. Selon une opinion proche de la précédente, l'autorité de certification ne devrait pas pouvoir se soustraire à sa responsabilité en tirant argument du fait que le certificat qu'elle avait émis ne remplissait pas les conditions d'un certificat renforcé. Dans une telle situation, l'autorité de certification devrait être considérée comme ayant émis un certificat renforcé. Le Groupe de travail n'a pu se mettre d'accord sur les conséquences qu'entraînerait un certificat qui ne serait pas

conforme aux dispositions du projet d'article 8. Il a toutefois estimé qu'il n'était pas nécessaire qu'il parvienne à un tel accord pour le moment, mais qu'il faudrait qu'il revienne sur cette question lorsqu'il examinerait les autres dispositions de la section III.

95. Il a été proposé que puisque le projet d'article 5, tel qu'il avait été révisé par le Groupe de travail, comportait des dispositions applicables aux certificats et signatures à utiliser pour sécuriser l'intégrité du message de données (qui diffère de l'identification) cette distinction devrait être indiquée dans le projet d'article 8. Cette proposition n'a guère été appuyée.

96. Sur le plan de la forme, l'emploi du terme "signataire" a recueilli un certain soutien. Mais on a aussi estimé que ce terme, au contraire, ne convenait pas dans le contexte de l'émission d'un certificat, lorsque les parties étaient l'émetteur et le sujet du certificat. Seulement dans les cas où un certificat avait été émis et où le sujet du certificat avait effectivement signé un document pouvait-on dire qu'il y avait un "signataire". Selon un autre point de vue, l'emploi du terme "signataire" exclurait potentiellement les agents électroniques. On a également fait observer que lorsqu'il y avait un intermédiaire le véritable signataire n'était pas le "signataire" au sens de sujet du certificat. On a estimé que l'expression "le sujet du certificat" lèverait l'incertitude associée à l'emploi du terme "signataire". Il a été convenu que le débat sur la terminologie devrait être rouvert à une session future sur la base du projet révisé établi par le secrétariat.

97. On a estimé qu'il faudrait ajouter une nouvelle disposition après l'alinéa *b* pour couvrir les attributs d'un signataire autres que l'identité. Il a été proposé d'ajouter dans un nouvel alinéa *c* une disposition qui pourrait être ainsi conçue: "il identifie un attribut précis [du signataire] tel que l'adresse, le pouvoir d'agir au nom d'une société, ou l'existence de permis ou licences spécifiques". Cette proposition n'a guère été soutenue.

Chapeau

98. Sur le plan de la forme, il a été proposé d'ajouter le membre de phrase "et dans le contexte des signatures numériques" après le mot "Règles" afin de préciser la portée de cette disposition. Il a également été proposé que le chapeau établisse une obligation positive ayant un caractère contraignant pour l'émetteur du certificat, plutôt qu'une norme fixant des critères minimaux à remplir pour qu'il puisse s'agir d'un certificat renforcé. On a estimé en outre que le projet d'article 8 devrait offrir une possibilité de dérogation par voie d'accord entre les parties. Le texte ci-après a été proposé:

> "Aux fins des présentes Règles et dans le contexte des signatures numériques, l'émetteur d'un certificat [renforcé] [sécurisé] fournit au minimum les informations ci-après dans le certificat, en l'absence d'accord contraire:"

99. Si la proposition tendant à modifier le texte du projet d'article 8 pour que, de norme impersonnelle, il devienne une obligation à caractère contraignant pour l'émetteur, la référence à l'autonomie des parties a été critiquée pour les mêmes raisons que celles évoquées dans le contexte du projet d'article 6 concernant l'effet éventuel d'un accord de ce type sur les tierces parties. On a également émis l'avis que la possibilité de dérogation par voie d'accord aurait pour effet de faire du projet d'article 8 une règle par défaut plutôt qu'une norme minimale. On a fait observer à cet égard que l'objectif initial de cet article était d'établir une norme minimale concernant l'information à fournir sur le certificat et que cela faciliterait l'harmonisation des pratiques d'authentification et renforcerait la confiance dans le commerce électronique. En réponse à ces critiques, il a été proposé de mettre entre crochets l'expression "en l'absence d'accord contraire" en attendant que la question de l'autonomie des parties soit examinée plus avant.

100. Une autre proposition concernant le champ d'application du projet d'article 8 préconisait que ce projet s'applique à tous les certificats et que la référence aux certificats renforcés soit supprimée. Les adversaires de cette proposition ont fait valoir que le projet d'article 8 avait pour seul objet de valider les signatures renforcées et ont donc proposé le texte ci-après:

> "Aux fins des présentes Règles, un certificat émis pour valider une signature renforcée remplit au minimum les fonctions suivantes:"

Bien que cette proposition n'ait pas été appuyée, ces termes ont été repris dans une proposition ultérieure relative à un nouveau projet d'article 8 (voir plus loin par. 112).

101. Selon une autre proposition encore relative au champ d'application du projet d'article 8, il faudrait peut-être que le terme "émission" ne recouvre que la remise du certificat au sujet du certificat, ce qui supposait une relation contractuelle entre l'autorité de certification et le sujet du certificat, et non la divulgation par l'autorité de certification de l'information contenue dans le certificat à toute tierce partie intéressée. Une telle disposition pourrait s'appliquer à n'importe quel type de certificat, qu'il soit renforcé ou non. Pour donner effet à cette proposition, le texte ci-après a été présenté:

> "Une autorité de certification doit s'assurer que, lors de la divulgation à une partie des informations contenues dans un certificat, au minimum les renseignements figurant au paragraphe 2 sont divulgués. La disposition qui précède s'applique sauf convention expressément contraire entre l'autorité de certification et la partie en question."

102. Dans le cadre de cette proposition, on a déclaré que le paragraphe 2 devrait inclure les alinéas *a* à *g* du projet d'article 8. Certaines délégations se sont déclarées favorables à cette inclusion, et ces termes ont été repris dans une proposition ultérieure relative à un nouveau projet d'article 8 (voir plus loin par. 114).

Alinéa a

103. Le Groupe de travail est convenu que la teneur de la disposition énoncée à l'alinéa *a* était généralement acceptable.

Alinéa b

104. Il a été souligné que les termes "un dispositif ou un agent électronique" représentaient un nouveau concept dans

les Règles uniformes et qu'il conviendrait de les définir. Il a été avancé, à l'appui de cette proposition, que les Règles uniformes devaient contenir des dispositions claires relatives aux situations dans lesquelles un système pourrait être mis en marche par un utilisateur puis fonctionner de manière autonome, s'agissant notamment de signer des messages de données et être le destinataire d'un certificat.

Alinéa c

105. Une préoccupation exprimée au sujet de l'alinéa *c* avait trait au fait qu'il n'était pas nécessaire de faire référence à la clef publique dans le certificat car il existait d'autres moyens d'obtenir les informations. Il a été proposé de remplacer l'expression "contient une clef publique" par "identifie une clef publique".

Alinéa d

106. Certains membres du Groupe de travail ont reproché à l'alinéa *d* le manque de clarté de l'expression "période d'effet". Il a été proposé de substituer à l'énoncé actuel l'énoncé suivant: "il spécifie la période durant laquelle le certificat peut être utilisé aux fins de la vérification d'une signature numérique"; un avis contraire a été émis, selon lequel la période d'effet d'un certificat était la période au cours de laquelle une signature numérique valide pouvait être créée. Si une signature devenait caduque, le certificat pourrait toujours être utilisé pour vérifier une signature apposée avant le moment où elle est devenue caduque. Il a été généralement convenu de retenir l'énoncé actuel de l'alinéa *d*.

Alinéa e

107. Les membres du Groupe de travail se sont généralement accordés sur l'inclusion de l'alinéa *e* dans le projet d'article 8. Pour plus de clarté, et du fait que la validité du certificat dépend de sa signature par celui qui l'émet, il a été proposé d'insérer cet alinéa à la suite du projet d'alinéa *a*.

Alinéa f

108. L'examen de l'alinéa *f* était axé sur l'incorporation par référence. Les membres du Groupe de travail souhaitaient conserver l'alinéa et supprimer les crochets du fait que l'objet du projet d'article 8 était de fournir des informations à la partie contractante et à la partie se fiant à la signature. De l'avis d'un intervenant, il était donc essentiel que si des restrictions devaient figurer sur le certificat elles soient clairement imprimées au recto du certificat lui-même. Les partisans de la suppression de l'alinéa *f* ont fait valoir que le certificat pouvait comporter toutes sortes de restrictions figurant dans divers autres documents (par exemple, déclaration relative aux pratiques d'authentification). Étant donné que ces restrictions devraient être spécifiées d'une manière "humainement" lisible à l'intention de l'utilisateur, au lieu d'être incorporées au certificat par référence à des codes d'identification, il pourrait dans certains cas être techniquement impossible d'inclure dans le certificat la quantité d'informations requise par les dispositions de la règle en question.

109. Il a été répondu à cette critique que si des restrictions s'appliquaient au certificat il suffirait tout simplement d'"indiquer" sur le certificat l'existence de restrictions, plutôt que de spécifier les restrictions elles-mêmes.

110. Il a également été proposé d'ajouter à l'alinéa *f* un alinéa précisant que "lorsque les restrictions ne sont pas spécifiées sur le certificat, le certificat ne peut-être utilisé au détriment de tiers". Cette proposition n'a pas été approuvée. Une autre proposition a été faite, selon laquelle il devrait être possible de reconnaître une "version abrégée du certificat" à condition: de préciser sur le certificat lui-même qu'il s'agit d'une version abrégée; d'indiquer sur le certificat où se trouvent les données n'y figurant pas; et de donner à une partie demandant des renseignements la possibilité d'accéder à l'information. Cette proposition a été approuvée par certains membres du Groupe de travail. À l'issue d'un débat approfondi, le Groupe de travail est convenu que la question de l'incorporation par référence soulevait un certain nombre de difficultés qui avaient déjà été examinées au moment de la rédaction de l'article 5 *bis* de la Loi type. Il a été avancé que l'article 5 *bis* stipulait que la question de l'incorporation par référence ne pouvait être résolue dans le contexte du commerce électronique tant qu'elle n'aurait pas été résolue selon le droit général et que les travaux du Groupe de travail ne permettraient pas d'aboutir à une telle solution. Selon un avis contraire, puisque l'article 5 *bis* ne couvrait pas toutes les questions concernant l'incorporation par référence du fait que son libellé était entièrement négatif, la question devait être traitée dans les Règles uniformes. Après délibération, le Groupe de travail a décidé que la question de l'incorporation par référence devait être résolue selon le droit national.

Alinéa g

111. Si certains membres étaient partisans de conserver l'alinéa *g*, on a généralement reconnu qu'il n'était pas aussi important que les alinéas *a* à *f*.

Propositions concernant un nouvel article 8

112. En réponse aux objections selon lesquelles le projet d'article 8 était trop détaillé et serait probablement rendu caduc par l'évolution des techniques, le texte ci-après a été proposé comme une autre variante possible pour ce projet d'article:

> "Aux fins des présentes Règles, un certificat renforcé comprend, au minimum, ou [lorsqu'il est techniquement difficile de procéder ainsi] résume et référence, des informations suffisantes pour [satisfaire aux exigences de la procédure de sécurité applicable] remplir la fonction qui lui est assignée]."

Cette proposition n'a reçu qu'un soutien limité.

113. Une autre proposition portant sur un nouveau projet d'article 8 était fondée sur l'idée que les alinéas du projet d'article n'avaient pas tous la même importance et qu'il y avait deux catégories d'éléments, ceux qui devaient être impérativement précisés et ceux pour lesquels une omission n'entraînait pas nécessairement la perte du statut renforcé, mais seulement la perte de l'aptitude à faire valoir ce statut à l'encontre de tiers. Pour défendre cette idée, on a dit que les alinéas *d* à *g* ne prévoyaient pas la nécessité d'établir une identification soit pour les clefs publiques et privées et leur fonction en tant que paire, soit pour le détenteur de la paire de clefs, comme le faisaient les projets d'articles 9 et 10. On a fait observer qu'il pourrait être difficile de satisfaire à ces exigences dans certains cas,

compte tenu des pratiques suivies en matière de certification. Par conséquent, les éléments indiqués dans les alinéas *d* à *g* n'étaient pas indispensables pour un certificat renforcé. On a déclaré, en revanche, que les alinéas *a* à *c* étaient essentiels pour l'objet du projet d'article 8, qu'ils formaient la substance des projets d'articles 9 et 10 des Règles uniformes et faisaient apparaître le lien entre le projet d'article 8 et les projets d'articles 9 et 10.

114. Une autre proposition également fondée sur l'idée que les alinéas du projet d'article 8 n'avaient pas tous la même importance était libellée comme suit:

"1. En communiquant à une quelconque partie les informations contenues dans un certificat, une autorité de certification [ou le sujet d'un certificat] s'assure que lesdites informations comprennent au moins les éléments énumérés au paragraphe 2, sauf dans les cas où l'autorité de certification [ou le sujet, selon le cas] et ladite partie en conviennent expressément autrement.

Variante A

2. Les informations visées au paragraphe 1 sont les suivantes:

i) pour tous les certificats, [les éléments *a* à *c* et *e* du projet d'article 8], et

ii) pour les certificats [...], [les éléments *d*, *f* et *g* du projet d'article 8].

Variante B

2. Les informations visées au paragraphe 1 sont [les éléments *a* à *c* et *e* du projet d'article 8].

3. Les certificats peuvent également contenir d'autres informations, notamment [les éléments *d*, *f* et *g*]."

115. En ce qui concerne la nature des certificats visés à l'alinéa ii de la variante A, il n'a pas été possible de parvenir à un accord. Selon un avis largement partagé, cette disposition ne devait ni faire référence aux certificats renforcés ni décrire le certificat par référence à la signature qu'il comportait. On a fait observer que les alinéas *a* à *g* nécessiteraient des remaniements. Il a été proposé de supprimer les mots "l'autorité de certification" et de les remplacer par les mots "l'émetteur du certificat".

116. La révision proposée dans le libellé du projet d'article 8, telle qu'elle est indiquée au paragraphe 26 plus haut, a recueilli une large adhésion, certains exprimant une préférence pour la variante B. Au terme d'un débat, le Groupe de travail est convenu que, pour les travaux à venir, il faudrait inclure dans la version révisée du projet d'article 8 la proposition ci-dessus [y compris les variantes A et B de l'alinéa ii et du paragraphe 3] et le texte présenté dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.76.

Article 9. *Effet des signatures numériques accompagnées de certificats*

117. Le texte de l'article 9 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. Pour ce qui est de la totalité ou de toute partie d'un message de données, où l'expéditeur est identifié par une signature numérique, ladite signature [est une signature électronique [renforcée] [sécurisée]] [satisfait aux conditions de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique] si:

a) elle a été créée de manière sûre pendant la période d'effet d'un certificat valide et est vérifiée de manière sûre par référence à la clef publique indiquée dans le certificat; et

b) le certificat rattache une clef publique à l'identité [du signataire] [d'une personne] pour les raisons suivantes:

i) le certificat a été émis par une autorité de certification agréée 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]* 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 indique 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 [.] [;ou]

iv) des preuves suffisantes font apparaître que le certificat rattache [avec précision] la clef publique à l'identité du [signataire] [sujet].]

[2. Lorsqu'un message de données est signé à l'aide d'une signature numérique [créée pendant la période d'effet d'un certificat] qui ne satisfait pas aux conditions énoncées au paragraphe 1, cette signature est considérée comme une signature électronique [renforcée] [sécurisée] s'il existe des preuves suffisantes montrant que [le certificat] rattache avec précision la clef publique à l'identité du [signataire] [sujet du certificat].]

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

Remarques générales

118. On s'est demandé si cet article était bien à sa place dans la section III et on a proposé d'inverser l'ordre des projets d'articles 8 et 9, les effets des signatures numériques accompagnées de certificats étant présentés avant la disposition relative au contenu des certificats.

Paragraphe 1

Chapeau

119. On a reconnu dès le départ que le sens et l'objet du projet d'article 9 dépendaient des mots placés entre cro-

chets que l'on conserverait dans le chapeau du paragraphe 1. Selon une opinion, les mots entre crochets qui contenaient une référence à l'article 7 de la Loi type auraient un effet juridique, alors que ceux visant une "signature électronique [renforcée] [sécurisée]" aboutiraient à une déclaration quant aux signatures numériques pouvant être considérées comme des signatures électroniques [renforcées] [sécurisées] si les conditions étaient réunies. De l'avis général, il fallait conserver les mots [est une signature [renforcée] [sécurisée]] en supprimant les crochets plutôt que le membre de phrase contenant une référence à l'article 7 de la Loi type.

Alinéa a

120. Le débat a essentiellement porté sur le point de savoir si l'utilisation de l'expression "de manière sûre", à l'alinéa *a*, était justifiée. À l'appui de son maintien, on a rappelé qu'elle avait été insérée dans les Règles uniformes pour mieux rendre compte de la fiabilité nécessaire du processus de signature numérique, ce qui est essentiel dans le cadre de la notion de signature électronique [renforcée] [sécurisée]. On a estimé que les mots "de manière sûre" pourraient être supprimés à l'alinéa *a* si le chapeau contenait une référence à l'article 7 de la Loi type, une telle référence postulant le niveau nécessaire de fiabilité. Comme le Groupe de travail avait décidé que le chapeau du paragraphe 1 ne devait pas viser l'article 7 de la Loi type, il fallait conserver l'expression "de manière sûre" à l'alinéa *a* pour garantir la sûreté de la signature numérique, car toutes les signatures numériques vérifiables par référence à un certificat n'étaient pas nécessairement sûres, notamment en cas d'incertitude quant à l'exactitude de l'identification du signataire ou de la clef publique. Selon une proposition, non seulement il fallait conserver l'expression à l'alinéa *a*, mais il fallait l'expliciter en ajoutant le texte suivant:

"Une signature numérique est créée de manière sûre et vérifiée de manière sûre si elle est créée au moyen:

a) d'éléments techniques pour la création et la vérification de la signature numérique qui révéleraient de manière fiable une signature numérique contrefaite et des données signées manipulées et qui fournissent une protection contre l'utilisation non autorisée de clefs privées de signature; et

b) d'éléments techniques pour la présentation des données à signer qui indiquent clairement à l'avance la création de signatures numériques et permettent d'identifier les données auxquelles une signature numérique s'applique; et

c) ces éléments techniques doivent avoir été adéquatement testés compte tenu des normes actuelles d'ingénierie."

121. Nombre de délégations ont estimé que cette proposition était trop détaillée pour figurer dans le corps des Règles uniformes. Toutefois, des explications telles que celles y figurant pouvaient être très utiles dans le cadre d'un guide d'application des Règles uniformes.

122. La proposition de supprimer les mots "de manière sûre" à l'alinéa *a* a été vigoureusement appuyée. On a dit que l'utilisation de cette expression introduisait, en ce qui concerne la création et la vérification d'une signature numérique, une nouvelle notion qui était incertaine et ambiguë.

123. Du point de vue de la rédaction, on a dit que le texte de l'alinéa *a* devait indiquer clairement que tant la création de la signature que sa vérification devaient avoir lieu durant la période d'effet d'un certificat. Selon une opinion contraire, la période d'effet ne concernait que la vérification d'une signature numérique et l'alinéa *a* devait être révisé: il fallait supprimer les mots "de manière sûre" en ce qui concerne la vérification et ajouter les mots "et durant la période pendant laquelle la vérification est autorisée" à la fin de l'alinéa.

124. Après un débat, le Groupe de travail n'a pu parvenir à un consensus en ce qui concerne l'emploi de l'expression "de manière sûre" à l'alinéa *a*. Il a été décidé que dans les variantes du projet d'article 9 qui seraient établies en vue de la poursuite du débat à une session ultérieure la possibilité de conserver ou de supprimer les mots "de manière sûre" devait être prévue (voir par. 133 ci-après).

Alinéa b

Chapeau

125. Le membre de phrase liminaire de l'alinéa *b* a fait l'unanimité.

Sous-alinéas i et ii

126. Les sous-alinéas i et ii ont fait l'unanimité sur le fond; des éclaircissements ont cependant été demandés au sujet du caractère contraignant des termes "agréée" et "habilitée". On a répondu que si le terme "agréée" suggérait un système obligatoire de contrôle des autorités de certification, appliqué par les pouvoirs publics, et le terme "habilitée" un système non obligatoire, appliqué sur la base du volontariat, ces systèmes n'étaient pas ceux qui importaient le plus dans la création d'une signature numérique sûre. La sécurité devait s'apprécier par référence à des critères qualitatifs objectifs, et non pas par référence au processus de création d'une signature sûre. Ce point de vue n'a pas trouvé d'écho, et il a été décidé de maintenir les sous-alinéas i et ii tels quels.

Sous-alinéa iii

127. On a émis l'avis que les mots "de toute autre manière" figurant au sous-alinéa iii n'étaient pas suffisamment clairs et risquaient de susciter des difficultés d'application. On a donc proposé à la place de commencer les sous-alinéas i et ii par un membre de phrase tel que: "le certificat a été émis conformément à des normes commercialement appropriées et internationalement reconnues par une autorité de certification agréée par ...".

128. À l'appui du maintien du sous-alinéa iii sous sa forme actuelle, on a fait valoir que celui-ci offrait, avec le sous-alinéa iv, ce qu'on pourrait appeler un moyen "moins direct" d'apporter la preuve qu'une clef publique était rattachée à l'identité d'une personne dans les cas où le certificat n'avait pas été émis conformément aux dispositions des sous-alinéas i ou ii. À l'encontre de la proposition exposée au paragraphe 127 ci-dessus, on a fait valoir

qu'elle éliminerait les "raccourcis" qu'offraient les sous-alinéas i et ii pour établir le rattachement de la clef publique à l'identité du signataire, en exigeant la preuve que les normes prescrites avaient été suivies. S'il ressortait clairement du texte que l'autorité de certification devait avoir été agréée ou habilitée dans des conditions qui offraient des garanties de fiabilité, il n'était pas nécessaire d'exiger que des normes garantissant la fiabilité aient aussi été suivies pour l'émission de certificats par des organes dûment agréés ou habilités.

129. S'agissant de la forme, on a émis la crainte que l'expression "normes commercialement appropriées et internationalement reconnues" ne pose des problèmes d'interprétation dans certaines langues. On a proposé d'utiliser à la place l'expression "commercialement raisonnables" et de préciser l'origine des normes en ajoutant les mots "issues du marché". On a aussi proposé de remplacer le mot "normes" par les mots "usages et pratiques". À l'encontre de cette proposition, on a fait observer que le terme "usage" avait une signification technique dans un certain nombre de systèmes juridiques qui exigeaient qu'il corresponde à des pratiques largement suivies, et ce, de longue date. Il ne convenait donc pas dans le contexte du commerce électronique, puisqu'il s'agissait d'un domaine dans lequel ni les Règles uniformes ni aucun autre usage n'étaient suffisamment établis pour être applicables. Pour résoudre cette difficulté, on a proposé d'inclure à la fois une référence aux "normes techniques internationales" et une référence aux "pratiques et usages commerciaux".

130. En vue de concilier les propositions susmentionnées, on a suggéré que le sous-alinéa iii dispose que le certificat devait avoir été émis "conformément à des normes internationales et à des pratiques ou usages commerciaux notoires et communément suivis par la profession effectuant l'opération". La plupart des membres ont estimé que le libellé suggéré pourrait constituer une base acceptable pour poursuivre la discussion. On s'est toutefois demandé s'il était pleinement compatible avec d'autres références aux usages et pratiques (ou aux normes techniques) que pourraient déjà comporter d'autres instruments internationaux en vigueur dans le domaine du droit commercial international. Après un débat, il a été convenu de placer entre crochets le libellé proposé dans les variantes du projet d'article 9 qui seraient soumises ultérieurement à l'examen du Groupe de travail.

Sous-alinéa iv

131. À l'appui de la suppression de ce sous-alinéa, on a fait valoir qu'il n'était pas nécessaire de préciser que le certificat rattachait la clef publique à l'identité du signataire si la preuve pouvait en être rapportée, ce qui serait normalement le cas, que le projet d'article 9 comporte ou non une disposition à ce sujet. À l'appui du maintien du sous-alinéa iv, on a fait valoir qu'au cas où il ne serait pas possible d'établir le rattachement de la clef publique en appliquant les sous-alinéas i ou ii, qui n'offraient que des méthodes très limitées et pas toujours disponibles, ou le sous-alinéa iii, qui risquait au début de n'être que rarement applicable dans le domaine du commerce électronique, il fallait indiquer d'autres moyens d'apporter la preuve que la clef publique était bien rattachée à l'identité du signataire. Le sous-alinéa iv avait donc pour objet de compléter les sous-alinéas i, ii et iii et de conférer au projet d'article 9 la souplesse voulue.

Paragraphe 2

132. On a fait valoir, pour justifier le maintien du paragraphe 2, les mêmes arguments que ceux avancés à propos du sous-alinéa iv. On a cependant admis qu'il ne serait peut-être pas nécessaire de maintenir à la fois ce sous-alinéa et le paragraphe 2 puisqu'ils avaient essentiellement la même fonction.

Nouveau texte proposé pour le projet d'article 9

133. Afin de prendre en compte les diverses propositions et suggestions formulées à propos du projet d'article 9, le projet révisé ci-après a été proposé:

"1. *Variante A*

Pour ce qui est de la totalité ou de toute partie d'un message de données, où l'expéditeur est identifié par une signature numérique, ladite signature est une signature électronique [renforcée] [sécurisée] si:

a) elle a été créée de manière sûre pendant la période d'effet d'un certificat valide et vérifiée [correctement] par référence à la clef publique indiquée dans le certificat;

b) le certificat a été émis dans le but de rattacher une clef publique à l'identité [du signataire] [d'une personne];

c) le certificat a été émis pour accompagner les signatures numériques qui sont des signatures électroniques [renforcées] [sécurisées]; et

d) le certificat a été émis:

i) par une autorité de certification agréée 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 ou agréées*]; ou

ii) 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 indique l'organe ou l'autorité ayant pouvoir d'émettre des normes reconnues concernant les fonctions des autorités de certification agréées*]; ou

[iii) conformément à des normes commercialement appropriées et internationalement reconnues.]

Variante B

Pour ce qui est de la totalité ou de toute partie d'un message de données, où l'expéditeur est identifié par

une signature numérique, ladite signature est une signature électronique [renforcée] [sécurisée] si:

a) elle a été créée [de manière sûre] pendant la période d'effet d'un certificat valide et est [correctement] vérifiée par référence à la clef publique indiquée dans le certificat; et

b) le certificat rattache une clef publique à l'identité de la personne conformément aux procédures établies par:

i) [*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*]; ou

ii) 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; ou

iii) [des normes internationales et des pratiques ou usages commerciaux bien connus et habituellement observés dans le commerce concerné].

2. Une signature numérique qui ne satisfait pas aux conditions énoncées au paragraphe 1 est considérée comme une signature électronique [renforcée] [sécurisée] si:

a) il existe des preuves suffisantes montrant que:

i) le certificat rattache avec précision la clef publique à l'identité du sujet du certificat;

ii) la signature numérique a été créée correctement et vérifiée par une procédure sûre et fiable; ou

b) elle satisfait aux critères définissant les signatures électroniques [renforcées] [sécurisées] énoncés dans les autres dispositions des présentes Règles."

134. Pour expliquer cette proposition, il a été déclaré que le terme "correctement" employé à l'alinéa *a* de la variante A signifiait que la signature avait été créée pendant la période d'effet du certificat. L'alinéa *b* n'exigeait pas qu'il soit prouvé que le certificat rattache effectivement la clef publique à l'identité du signataire mais stipulait qu'il devait avoir été émis dans ce but. Le sous-alinéa iii de l'alinéa *d* avait été placé entre crochets pour rendre compte des délibérations concernant la référence aux normes, pratiques et usages faite aux sous-alinéas i et ii.

135. On a émis la crainte que le terme "correctement" employé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 ne soit pas suffisamment clair pour indiquer que la vérification devait être effectuée durant la période d'effet du certificat. Le secrétariat a été prié de compléter le libellé de manière appropriée pour prendre en compte cette préoccupation.

136. Après un débat, le Groupe de travail est convenu que le secrétariat devait prendre en compte les variantes A et B dans la version révisée des Règles uniformes qu'il devait établir pour les prochaines sessions.

137. Ayant achevé son examen du chapitre II et avant d'entamer l'examen du chapitre III des Règles uniformes, le Groupe de travail a été invité par une délégation à reconsidérer l'objet des Règles uniformes. On a déclaré que ces Règles devraient avoir pour objet de poser des principes fondamentaux de droit afin d'assurer une harmonisation et une convergence sur le plan international. Étant donné qu'un instrument de caractère international, tel que les Règles uniformes, ne pouvait pas, par nature, être sujet à de fréquentes révisions, les Règles ne devraient pas avoir pour objectif de créer des normes et des règles détaillées sur la question des signatures numériques. Une réglementation détaillée ne serait en effet pas suffisamment souple pour pouvoir s'adapter à l'évolution rapide des techniques dans le domaine du commerce électronique. S'il était opportun que la CNUDCI codifie certains usages et certaines pratiques du commerce international, il convenait, en élaborant les Règles uniformes, de ne pas perdre de vue que de tels usages et pratiques n'existaient pas à l'heure actuelle en ce qui concerne les signatures électroniques et qu'il serait illusoire de tenter d'aborder dans les Règles uniformes les multiples questions techniques et commerciales qui seraient susceptibles de surgir dans le contexte des nouvelles pratiques en la matière. Il serait préférable de laisser à des entités telles que l'ISO ou la CCI le soin de s'occuper de telles questions. Le champ d'application des Règles uniformes devrait être recentré pour mettre l'accent sur la définition d'un cadre juridique fondamental dans lequel toutes les signatures électroniques pourraient en principe se développer. À cette fin, les Règles pourraient éviter d'établir des distinctions entre divers types de signatures (par exemple, entre les signatures électroniques ordinaires et les signatures électroniques [renforcées] [sécurisées]) et être restructurées en trois parties comme suit: *a)* introduction consacrant le principe de l'autonomie des parties; *b)* ensemble de règles régissant les relations entre les parties qui communiquent entre elles (fondées sur les dispositions relatives aux présomptions et à la responsabilité qui figurent actuellement dans les Règles uniformes); *c)* ensemble de dispositions traitant de la responsabilité des prestataires de services qui s'engagent à faciliter l'identification des parties dans un environnement électronique (fondées également sur les dispositions relatives à la responsabilité qui figurent dans les Règles uniformes). Les Règles uniformes ne devraient pas comporter de dispositions relatives aux autorités de certification ou à d'autres prestataires de services d'identification, sauf dans la mesure où cela est nécessaire pour donner des conseils généraux sur la façon dont ces entités devraient s'acquitter de leurs fonctions d'identification. Elles devraient éviter de faire référence au contexte technique (par exemple, l'utilisation de techniques de chiffrement, le recours à la cryptographie à clef publique, la dynamique des signatures ou d'autres dispositifs biométriques) et devraient plutôt instituer une règle très générale tendant à faire reconnaître la responsabilité des prestataires de services d'identification vis-à-vis des personnes qui se sont fiées à l'identification dans la mesure où cette confiance était raisonnable.

138. L'idée qu'il pourrait être souhaitable de simplifier légèrement les Règles uniformes et que celles-ci devraient continuer de mettre l'accent sur les dispositions relatives à leur application générale dans un contexte techniquement neutre a recueilli un certain appui. Le sentiment général

était néanmoins que la structure des Règles uniformes était dans l'ensemble appropriée et qu'il n'était pas nécessaire de la revoir au stade actuel. En particulier, la distinction établie entre divers niveaux de sécurité des signatures électroniques était adéquate. On a fait observer que les Règles, telles qu'elles étaient actuellement rédigées, traduisaient déjà la volonté de régler les questions pratiques complexes liées à l'authentification électronique au moyen de dispositions simples et de portée générale. On a généralement estimé que l'approche sur laquelle les Règles uniformes étaient fondées devait être maintenue.

Chapitre III. Autorités de certification et questions connexes

Article 10. *Garanties données au moment de l'émission d'un certificat*

139. Le texte du projet d'article 10, tel que le Groupe de travail l'a examiné, était ainsi conçu:

"1. Lorsqu'elle émet un certificat, l'autorité de certification garantit [à toute personne qui se fie raisonnablement à ce certificat]:

a) qu'elle s'est conformée à toutes les conditions applicables [prévues dans les présentes Règles];

b) 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 que l'exactitude de certaines informations n'est pas confirmée];

c) qu'à sa connaissance n'a été omis du certificat aucun fait matériel connu qui compromettrait la fiabilité des informations y étant contenues; et

[*d)* que si elle a publié une déclaration relative aux pratiques d'authentification, elle s'est conformée à cette déclaration pour l'émission du certificat.]

2. Lorsqu'elle émet un certificat [renforcé] [sécurisé], l'autorité de certification garantit également, en ce qui concerne [le signataire] [le sujet] indiqué dans le certificat, [à toute personne qui se fie raisonnablement au certificat]:

a) que la clef publique et la clef privée du [signataire] [sujet] indiquées dans le certificat constituent une paire de clefs opérationnelle, et

b) qu'à la date de l'émission du certificat la clef privée:

i) est celle du [signataire] [sujet] indiqué dans le certificat; et

ii) correspond à la clef publique donnée dans le certificat."

Paragraphe 1

140. Des opinions diverses ont été exprimées quant à l'utilité et au champ d'application du paragraphe 1 du projet d'article 10. Selon une opinion, le paragraphe 1 (et éventuellement le projet d'article 10 dans sa totalité) devait être supprimé car il était superflu et entrait trop dans le détail. On a déclaré en particulier que la norme relative à la diligence dont l'autorité de certification devait faire preuve pour tous les certificats, figurant au paragraphe 1, était trop complexe et pouvait être simplement considérée comme une obligation imposée à ces autorités d'agir de manière raisonnable et de bonne foi. Ainsi, le paragraphe 1 se bornait à énoncer une évidence et pourrait être soit supprimé, soit intégré dans d'autres dispositions des Règles uniformes. On a répondu à cela que, indépendamment de son contenu et de son emplacement, la disposition instituant une norme de conduite était indispensable car elle constituait une étape logique pour assurer l'application des dispositions des Règles uniformes traitant de la responsabilité des autorités de certification. On a fait observer qu'il y aurait peut-être lieu de clarifier les rapports entre le projet d'article 10 et les projets d'articles 11 et 12 afin de bien faire ressortir que, en cas de non-respect des conditions fixées par le projet d'article 10, la responsabilité de l'autorité de certification serait engagée. Il a été suggéré de fusionner les dispositions du projet d'article 10 avec celles du projet d'article 12. Au cours de ce débat, on a également émis l'idée que, outre les dispositions traitant de la responsabilité des autorités de certification, les Règles uniformes devraient peut-être comporter des indications plus détaillées sur les normes que les parties se fiant à la signature devaient respecter en matière de diligence. Une autre suggestion portait sur la possibilité de reformuler les dispositions relatives à la diligence en les présentant sous la forme d'une obligation qui serait faite aux autorités de certification et aux parties se fiant à la signature d'agir de manière raisonnable.

141. Selon un autre point de vue, les éléments spécifiques énumérés au paragraphe 1 étaient nécessaires pour tous les types de certificats. Il fallait donc conserver le paragraphe 1, en supprimant éventuellement les alinéas *b* et *d*, les questions abordées dans ces alinéas pouvant être traitées dans le cadre des dispositions relatives à l'autonomie des parties. Sur le plan de la rédaction, il a été avancé que, si les Règles uniformes fixaient des conditions pour tous les certificats, celles-ci devraient être définies en fonction de la pratique internationale et des usages établis. Il a aussi été suggéré de réviser le membre de phrase "Lorsqu'elle émet un certificat" afin de faire clairement ressortir que la norme de conduite définie dans l'article s'appliquait à la fois à l'"émission" du certificat que l'autorité de certification adresse à son client et à la "communication" des informations relatives au certificat à une partie quelconque qui se fie à la signature par l'autorité de certification. Au cours de ce débat, on a constaté que la question de savoir si le signataire ou le sujet d'un certificat devait être considéré comme une partie se fiant à la signature demeurait irrésolue. S'agissant de l'alinéa *c*, on a émis l'opinion qu'il serait peut-être souhaitable de préciser plus clairement dans cette disposition les faits qui ne doivent pas être omis du certificat. Selon un autre point de vue, la responsabilité de l'entité qui délivre le certificat ne devrait être engagée que dans la mesure où elle garantit la fiabilité des informations afférentes à l'objet du certificat, les autres informations susceptibles de figurer dans le certificat étant exclues. À cet effet, il a été suggéré d'insérer le membre de phrase "pour l'usage auquel il est destiné" à la fin de l'alinéa *c*.

142. Selon une opinion largement partagée, le champ d'application du projet d'article 10 devrait être restreint de manière à couvrir un éventail limité de certificats et, peut-être, uniquement ceux qui ont été émis pour étayer des signatures électroniques [renforcées] [sécurisées]. On a déclaré qu'il n'était peut-être pas judicieux de fixer une norme de conduite obligatoire pour tous les certificats compte tenu des nombreux types de certificats (et des nombreuses utilisations) qui pourraient surgir, outre ceux qui étaient nécessaires pour les signatures électroniques renforcées, et en dehors du cadre des Règles uniformes. On a suggéré de revoir éventuellement la teneur du paragraphe 2 pour insérer dans l'introduction une référence générale à l'obligation qui incombe à l'autorité de certification d'agir de manière raisonnable.

Paragraphe 2

143. Sur le plan de la rédaction, on a proposé pour l'alinéa *b* i une formule du genre "correspond au [signataire] [sujet] indiqué dans le certificat". Cela permettrait d'éviter que l'autorité de certification se trouve impliquée par inadvertance dans des questions touchant la propriété de la clef.

144. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de surseoir à sa décision sur le projet d'article 10 en attendant d'avoir achevé l'examen du projet d'article 12. Il a été convenu que, pour la poursuite des travaux lors d'une session future, le secrétariat devrait établir une version révisée du projet d'article 10 en restreignant son champ d'application comme il a été suggéré plus haut.

Article 11. *Responsabilité contractuelle*

145. Le texte de l'article 11 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"*Variante A*

1. Entre une autorité de certification émettant un certificat et le détenteur de ce certificat [ou toute autre partie se fiant au certificat, qui a une relation contractuelle avec l'autorité de certification], les droits et obligations des parties [et toute restriction à cet égard] sont déterminés par convention [sous réserve de la loi applicable].

[2. Sous réserve de l'article 10, une autorité de certification peut, par convention, s'exonérer de sa responsabilité en cas de préjudice [dû au fait qu'une personne s'est fiée au certificat] [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 d'un acte ou omission de ladite autorité agissant avec l'intention de causer un préjudice ou témérairement et en sachant qu'un préjudice pourrait en résulter.]

Variante B

Conformément à la loi applicable, les droits et obligations d'une autorité de certification, d'un [signataire] [sujet] indiqué dans un certificat et de toute autre partie sont régis par la ou les conventions conclues par ces parties dans la mesure où ces conventions traitent de ces droits et obligations et de toute restriction à cet égard.

Variante C

Lorsqu'une autorité de certification, un [signataire] [sujet] identifié dans le certificat, ou toute autre partie concluent des conventions, les droits et obligations de ces parties, et toute restriction à cet égard, visés dans les conventions sont régis par ces dernières conformément à la loi applicable et dans la mesure permise par elle."

Remarques générales

146. Au début des travaux, des doutes ont été exprimés quant à l'utilité d'un article sur la responsabilité contractuelle dans les Règles uniformes. S'agissant de l'article 11 en particulier, il a été avancé que le paragraphe 1 de la variante A, ainsi que les variantes B et C faisaient simplement mention de l'application du droit national, laquelle se produirait sans l'inclusion d'une disposition telle que l'article 11 dans les Règles uniformes. Les dispositions dudit article ont été qualifiées de "dispositions provisoires" dont la seule fonction était de rappeler aux lecteurs des Règles uniformes qu'en matière de responsabilité contractuelle il fallait se référer à la loi applicable; ces dispositions ne visaient ni à établir des règles de fond ni à imposer des obligations en la matière. Il a également été souligné que les paragraphes 2 et 3 de la variante A ne pouvaient être considérés comme des dispositions provisoires et qu'ils établissaient bel et bien des règles de fond sur les questions d'iniquité et de faute intentionnelle. Ces questions étaient néanmoins généralement sujettes à controverse, tant à l'échelle nationale qu'à l'échelle internationale, du fait qu'elles avaient trait à la protection des intérêts du consommateur.

147. Une opinion contraire a été exprimée, selon laquelle l'article 11 introduisait utilement l'article 12. Le projet d'article 12 traitait des règles relatives à la responsabilité autre que la responsabilité contractuelle et ne contenait pas de dispositions relatives à l'autonomie des parties ou d'autres dispositions relatives à la limitation des responsabilités liées au contrat. Afin d'établir clairement que les Règles uniformes ne tendaient pas à exclure la possibilité d'un accord entre les parties sur la limitation des responsabilités découlant du contrat, il a été suggéré qu'une disposition correspondant à celles du projet d'article 11 était nécessaire.

148. De l'avis d'un autre intervenant, étant donné que le rôle de la CNUDCI était d'harmoniser et d'unifier les règles du droit commercial international, il importait de s'entendre sur les principes fondamentaux en matière de responsabilité à intégrer aux Règles uniformes. On a en outre fait valoir que certains systèmes juridiques pourraient ne pas admettre que les parties s'accordent à moduler leurs responsabilités et que s'en remettre au droit national pour résoudre la question ne servirait donc pas les intérêts du commerce électronique.

149. Les membres du Groupe de travail se sont généralement accordés à reconnaître qu'il conviendrait de conserver dans les Règles uniformes une disposition correspondant à celles du projet d'article 11. Les débats ont porté sur les variantes A, B et C du projet d'article 11. L'emploi des termes "sous réserve de la loi applicable" a été remis en question dans chacune des variantes. De l'avis de l'un des participants, l'emploi de ces termes conduirait à une application extrêmement restreinte des Règles uniformes dans les systèmes qui ne reconnaîtraient pas le droit des parties à décider de moduler leurs responsabilités. D'un autre côté, la suppression des termes "sous réserve de la loi applicable" impliquerait une capacité illimitée à restreindre ou exclure la responsabilité. En conséquence, il a été suggéré que le Groupe de travail étudie soigneusement l'emploi de ces termes dans le projet d'article 11. Il a été proposé de traiter la responsabilité contractuelle — dans la mesure où des dispositions en ce sens s'imposaient — dans le cadre de l'article 12, en insérant une disposition relative à l'autonomie des parties.

Variante A

150. La variante A a recueilli une large adhésion, malgré des réserves d'ordre général qui portaient notamment sur la signification du paragraphe 2.

Paragraphe 1

151. Une question soulevée au sujet du paragraphe 1 avait trait au fait que son champ d'application était limité aux relations spécifiques entre des parties spécifiées à un contrat particulier, au lieu d'englober toutes les parties contractantes. Sous réserve de cette question, la teneur du paragraphe 1 a été jugée généralement satisfaisante et il a été convenu de l'adopter en tant que point de départ de futures discussions.

Paragraphe 2

152. On a fait valoir que, en instituant une règle pour pénaliser un comportement manifestement inéquitable, le paragraphe 2 soulevait une question qui pourrait être difficile à appréhender dans le contexte des systèmes juridiques de certains pays. On a rappelé au Groupe de travail que le paragraphe 2 était inspiré des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (art. 7.1.6) et qu'il tentait d'établir une norme uniforme pour l'évaluation de l'acceptabilité générale des clauses d'exonération. Le fait d'indiquer que la limitation ou l'exclusion de la responsabilité peut être "manifestement inéquitable" dénotait une approche souple en la matière, qui avait pour but de promouvoir 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 d'elles (A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 64). L'idée d'inclure la norme en reprenant les termes forgés par UNIDROIT, qui étaient connus et bien compris dans un certain nombre de systèmes juridiques, a recueilli un certain appui, mais on a également formulé des propositions pour améliorer la rédaction et exprimer plus clairement le principe en jeu. Une de ces propositions préconisait de remplacer les termes "manifestement inéquitable" par une formulation qui décrirait ce principe. Selon une autre proposition, le principe devait être interprété dans les Règles uniformes de la même manière que dans les dispositions d'UNIDROIT, et il faudrait inclure des explications complémentaires dans un guide d'application. On a demandé au secrétariat d'envisager de remanier le paragraphe 2 pour tenir compte des propositions qui avaient été faites au sujet de la norme relative aux limitations et aux exclusions "manifestement inéquitables".

153. L'insertion du membre de phrase "Sous réserve de l'article 10" au début du paragraphe 2 de l'article 11 a également suscité des observations. On a fait valoir que, puisque le Groupe de travail n'était pas parvenu à un accord sur le projet d'article 10, la signification de ce membre de phrase était difficile à saisir. Il a été décidé de le placer entre crochets en attendant que l'article 10 soit examiné plus avant.

154. En ce qui concerne les mots placés entre crochets au paragraphe 2, on était généralement partisan de conserver le membre de phrase "dû au fait qu'une personne s'est fiée au certificat" en enlevant les crochets et de supprimer le membre de phrase "dû à des erreurs dans les informations contenues dans le certificat, à des défaillances techniques ou à d'autres circonstances de même nature". En outre, les participants ont généralement considéré qu'il faudrait garder la dernière phrase du paragraphe 2 en la modifiant comme suit: "Toutefois, la clause limitant ou excluant la responsabilité de l'autorité de certification ne peut être invoquée *dans la mesure où* l'exclusion ou la limitation de la responsabilité contractuelle serait manifestement inéquitable eu égard à l'objet du contrat *et à d'autres circonstances pertinentes*". Pour justifier l'insertion du membre de phrase "et à d'autres circonstances pertinentes", les auteurs de la proposition ont fait valoir que, pour déterminer si une limitation ou une exclusion était manifestement inéquitable, il faudrait toujours se référer à toutes les circonstances propres à chaque cas particulier et pas simplement au contrat qui contenait une telle limitation ou une telle exclusion.

155. Le Groupe de travail a décidé de conserver les paragraphes 1 et 2 de la variante A, sous réserve d'une révision pour tenir compte des modifications proposées plus haut.

Paragraphe 3

156. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 3 compte tenu du fait que le traitement de la responsabilité, lorsqu'il y a intention de causer un préjudice ou un comportement téméraire ou délibéré, serait régi par le paragraphe 2. Cette proposition a été généralement acceptée.

Variantes B et C

157. Un appui a été exprimé en faveur du maintien de la variante C, en tant que texte susceptible de remplacer la variante A. On a déclaré que, puisque la variante C se bornait à faire référence à la loi applicable, il n'y aurait aucun risque d'incompatibilité avec des règles applicables

relatives à la responsabilité contractuelle, quelles qu'elles soient. À l'issue du débat, on avait généralement le sentiment que, pour les raisons indiquées plus haut, la variante A était préférable. La variante B n'a pas été défendue. Le Groupe de travail a finalement décidé de supprimer les variantes B et C.

Article 12. *Responsabilité de l'autorité de certification envers les parties se fiant au certificat*

158. Le texte de l'article 12 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, lorsqu'une autorité de certification émet un certificat, elle est responsable envers toute personne se fiant raisonnablement à ce certificat:

a) des erreurs y figurant, sauf si elle prouve qu'elle ou ses agents ont pris [toutes] les mesures [raisonnables] [commercialement raisonnables] [qui étaient appropriées compte tenu de l'objet pour lequel le certificat avait été émis, au vu de toutes les circonstances], pour éviter des erreurs dans le certificat;

b) du non-enregistrement de l'annulation du certificat, sauf si elle prouve qu'elle ou ses agents ont pris [toutes] les mesures [raisonnables] [commercialement raisonnables] [qui étaient appropriées compte tenu de l'objet pour lequel le certificat avait été émis, au vu de toutes les circonstances], pour enregistrer l'annulation promptement après réception de l'avis d'annulation]; et

c) des conséquences imputables au non-respect:

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. 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 ledit 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) [...].]"

Remarques générales

159. Si l'on a jugé que, dans l'ensemble, le projet d'article 12 était acceptable quant au fond, certaines délégations ont estimé qu'il serait préférable de ne pas inclure de règle précise sur la responsabilité d'une autorité de certification envers les parties se fiant au certificat. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait examiner conjointement les projets d'articles 10, 11 et 12, lors d'une séance future, pour veiller à ce que les obligations imposées aux autorités de certification correspondent aux règles de responsabilité énoncées dans les Règles uniformes et à ce que les questions liées à l'autonomie des parties soient correctement réglées. Il a également été observé qu'il convenait de maintenir une certaine cohérence entre les trois projets d'articles, notamment en ce qui concernait la question de savoir si les dispositions devaient être axées sur l'exactitude du résultat visé ou la procédure à suivre.

Paragraphe 1

Alinéa a

160. Plusieurs suggestions concernant le libellé ont été formulées. Il a été décidé de conserver les mots "toutes" et "raisonnables" sans les crochets et de supprimer le reste du texte figurant entre crochets. S'agissant de l'alinéa *a*, il a été proposé de mentionner, outre les erreurs, les "omissions" apparaissant dans le certificat et de supprimer la partie du texte stipulant que l'autorité de certification devait prouver qu'elle avait pris des mesures raisonnables pour éviter des erreurs. On a proposé le texte suivant: "*a)* des erreurs ou omissions apparaissant dans le certificat et dues au fait que l'autorité de certification n'a pas pris toutes les mesures raisonnables pour éviter des erreurs ou des omissions dans le certificat". Il a également été proposé de renverser l'ordre de la phrase afin de mettre l'accent sur le fait que l'autorité de certification n'avait pas exercé un soin raisonnable et d'introduire l'idée de permettre à l'autorité de certification de prendre des mesures pour corriger les erreurs ou les inexactitudes apparaissant dans le certificat. On a proposé le texte suivant: "*a)* de n'avoir pas pris toutes les mesures raisonnables pour éviter ou corriger les erreurs ou les inexactitudes apparaissant dans le certificat". Les auteurs de cette proposition craignaient que la référence à des omissions n'ait de sens que dans le contexte d'une obligation d'inclure des informations spécifiques dans le certificat, dont le non-respect donnerait naissance à une responsabilité. Cette notion serait pertinente dans le contexte des projets d'articles 8 et 10, sur lesquels il faudrait s'aligner. On a également émis la crainte que la proposition tendant à renverser l'ordre de l'alinéa *a* et à supprimer les mots ayant trait à l'obligation de l'autorité de certification de prouver qu'elle avait pris toutes les mesures raisonnables ne déplace la charge de la preuve à l'intérieur de l'alinéa. Il était acceptable de mentionner les omissions, mais, de l'avis général, il ne fallait pas déplacer la charge de la preuve de cette manière.

Alinéa b

161. Il a été observé que l'alinéa *b* était trop détaillé et qu'il convenait de le supprimer. Néanmoins, on a généralement estimé qu'il ne serait acceptable de supprimer l'alinéa *b* que si les dispositions qu'il contenait étaient incluses dans une version révisée et enrichie de l'alinéa *a*. Dans l'attente des délibérations sur l'harmonisation des projets d'articles 8, 10 et 12, l'alinéa *b* devait être conservé dans les Règles uniformes. En ce qui concernait le libellé, il a été décidé de conserver les mots "toutes" et "raisonnables" sans crochets et de supprimer le reste du texte figurant entre crochets.

Alinéa c

162. S'agissant de la disposition énoncée au sous-alinéa ii de l'alinéa *c*, on a émis la crainte qu'il ne soit difficile, pour

une autorité de certification, de savoir quelle était la loi applicable dans un cas donné. La référence à "toute procédure" énoncée dans une déclaration relative aux pratiques d'authentification ou dans la loi applicable risquait d'avoir une portée trop vaste car toutes les procédures en question ne visaient pas à protéger les parties se fiant au certificat, et il valait mieux que le projet d'article 12 s'en tienne à la responsabilité des autorités de certification à l'égard des parties en question. On a généralement estimé que le sous-alinéa ii devait être supprimé. On a décidé de conserver le sous-alinéa i, qui évoquait la responsabilité de l'autorité de certification pour le non-respect de sa propre déclaration relative aux pratiques d'authentification.

Paragraphe 2

163. Des suggestions ont été formulées pour clarifier le libellé du paragraphe 2. On a proposé notamment de modifier l'alinéa *a* pour qu'il se lise comme suit: "L'objet de cette démarche est contraire à l'objet pour lequel le certificat a été émis." De même, l'alinéa *b* devrait être modifié pour se lire comme suit: "Il s'agit d'une transaction dont la valeur dépasse la valeur pour laquelle le certificat est valide." On a également suggéré que le texte précise clairement qu'il n'était pas raisonnable de se fier à un certificat en vertu du paragraphe 2 "dans la mesure" où cela n'était fondé ni sur l'objet pour lequel le certificat avait été émis ni sur la valeur pour laquelle le certificat était valide. On a généralement estimé qu'il faudrait réviser le libellé du paragraphe 2 pour prendre en compte ces suggestions.

Articles 13 à 15

164. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pu procéder qu'à un examen préliminaire des projets d'articles 13, 14 et 15. Le texte dont le Groupe de travail était saisi était le suivant:

Article 13. *Annulation d'un certificat*

"1. Pendant la période d'effet d'un certificat, l'autorité de certification qui l'a émis doit l'annuler conformément aux politiques et procédures régissant l'annulation énoncées dans la déclaration applicable relative aux pratiques d'authentification ou, en l'absence de telles politiques et procédures, promptement après:

a) réception d'une demande d'annulation par le [signataire] [sujet] indiqué dans le certificat, et confirmation que la personne demandant l'annulation en est le [signataire] [sujet] [légitime], ou est un agent du [signataire] [sujet] habilité à demander l'annulation;

b) réception d'une preuve fiable du décès du [signataire] [sujet] si ce dernier est une personne physique; ou

c) réception d'une preuve fiable que le [signataire] [sujet] a été dissous ou a cessé d'exister, lorsqu'il s'agit d'une personne morale.

2. Le [signataire] [sujet] titulaire d'une paire de clefs certifiée est tenu d'annuler le certificat correspondant ou d'en demander l'annulation lorsqu'il sait que la clef privée a été perdue, compromise ou risque d'être utilisée à mauvais escient à d'autres égards. Si le [signataire] [sujet] n'annule pas le certificat dans un tel cas, il est responsable de tout préjudice encouru par une personne s'étant fiée à un message du fait qu'il a failli à son obligation d'annuler le certificat.

3. Que le [signataire] [sujet] indiqué dans le certificat consente ou non à l'annulation, l'autorité de certification 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 de l'autorité de certification a été compromis d'une manière qui compromet la fiabilité du certificat; ou

c) que la clef privée ou le système informatique du [signataire] [sujet] a été compromis.

4. Lors de l'annulation d'un certificat en vertu du paragraphe 3, l'autorité de certification doit aviser le [signataire] [sujet] 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, elle doit aviser rapidement le [signataire] [sujet] 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 [signataire] [sujet] et l'autorité de certification,] l'annulation prend effet à partir du moment où elle est [reçue] [enregistrée] par l'autorité de certification.

[6. Entre l'autorité de certification et toute autre partie se fiant au certificat, l'annulation prend effet à partir du moment où elle est [enregistrée] [publiée] par l'autorité de certification.]"

Article 14. *Suspension d'un certificat*

"Pendant la période d'effet d'un certificat, l'autorité de certification 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 l'autorité de certification peut raisonnablement penser qu'elle est le [signataire] [sujet] désigné dans le certificat ou une personne autorisée à agir en son nom."

Article 15. *Registre des certificats*

"1. L'autorité de certification 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 l'autorité de certification

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 l'autorité de certification.

Variante C

conformément aux politiques et procédures spécifiées par l'autorité de certification dans la déclaration applicable relative aux pratiques d'authentification."

Remarques générales

165. On a exprimé des doutes quant à la nécessité d'inclure les projets d'articles 13 à 15 dans les Règles uniformes. On a proposé de les supprimer au motif qu'ils étaient trop précis, trop détaillés et d'application trop limitée, qu'ils reposaient sur des hypothèses générales quant à la manière dont certains modèles pourraient ou non fonctionner en pratique et qu'il était peu probable qu'ils soient largement adoptés. Toutefois, il a été généralement admis au sein du Groupe de travail qu'il serait prématuré de supprimer ces projets d'articles sans les examiner plus avant.

166. Un certain nombre de délégations ont estimé que les projets d'articles 13 et 14 traitaient de questions qu'il était important d'envisager dans les Règles uniformes, en fonction de la manière dont un certain nombre de questions laissées en suspens par le Groupe de travail à sa session actuelle pourraient finalement être réglées dans le cadre des Règles uniformes. On a estimé d'une manière générale que ces projets d'articles devaient être simplifiés, éventuellement ramenés à un seul article ou incorporés à d'autres articles de la section III du chapitre II. On a proposé, comme il était clair qu'il fallait des autorités de certification pour les signatures numériques, que ces trois articles soient limités dans leur application aux signatures numériques et les Règles uniformes réorganisées pour refléter cette limitation. Selon une proposition connexe, il était important d'examiner comment les pratiques commerciales concernant les signatures autres que des signatures numériques se développaient pour déterminer comment structurer les Règles uniformes.

167. Quant au fond, on a estimé que les projets d'articles 13 et 14 concernaient les principales obligations des autorités de certification et qu'il était nécessaire de déterminer quelles devaient être ces obligations avant de pouvoir régler les questions de responsabilité. S'agissant de l'article 13, on a dit qu'il offrait la possibilité de réaliser un équilibre dans les Règles uniformes entre les obligations imposées à l'autorité de certification et celles qui étaient à la charge du signataire ou sujet du certificat.

168. Selon une opinion, le projet d'article 15 soulevait des questions difficiles de confidentialité des données et pouvait être supprimé. Il risquait en outre de ne pas être applicable dans certains systèmes de certification. À l'appui de son maintien, on a fait observer qu'il avait trait à la responsabilité de l'autorité de certification en vertu du projet d'article 12 et qu'il devrait être réexaminé lorsqu'on examinerait ce projet d'article 12.

169. Le Groupe de travail a décidé de conserver les articles 13, 14 et 15 entre crochets pour examen futur. Le secrétariat a été prié d'en revoir le libellé pour rendre compte des opinions exprimées et voir s'il était possible de simplifier ces articles.

Article 16. *Relations entre les parties se fiant aux certificats et l'autorité de certification*

170. Le texte du projet d'article 16 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"[1. Une autorité de certification n'est autorisée à demander que les renseignements qui lui sont nécessaires pour identifier l'utilisateur.

2. Sur demande, l'autorité de certification 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 l'autorité de certification;

d) la politique ou les pratiques de l'autorité de certification concernant l'utilisation, la conservation et la communication de renseignements d'ordre personnel;

e) les prescriptions techniques de l'autorité de certification concernant le matériel de communication devant être utilisé par les parties se fiant aux certificats;

f) les conditions dans lesquelles l'autorité de certification 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 de l'autorité de certification;

h) toutes restrictions imposées par l'autorité de certification à l'utilisation du certificat;

i) les conditions dans lesquelles le [signataire] [sujet] est autorisé à restreindre l'utilisation du certificat.

3. Les renseignements énumérés au paragraphe 1 sont communiqués au [signataire] [sujet] potentiel avant la conclusion définitive d'un accord de certification. Ces renseignements peuvent être communiqués par l'autorité de certification dans le cadre d'une déclaration relative aux pratiques d'authentification.

4. Avec préavis [d'un mois], le [signataire] [sujet] peut mettre fin à l'accord établissant une connexion avec l'autorité de certification. L'avis prend effet dès qu'il est reçu par l'autorité de certification.

5. Avec préavis [de trois mois], l'autorité de certification peut mettre fin à l'accord établissant une connexion avec elle. L'avis prend effet dès qu'il est reçu.]"

171. De l'avis général, l'article 16 devait être supprimé parce qu'il envisageait des questions précontractuelles qu'il fallait laisser aux parties au contrat de certification le soin de régler entre elles. S'il pouvait être utile d'envisager certaines des questions qui y étaient traitées pour exposer la meilleure pratique à l'intention des autorités de certification, un tel exposé n'avait pas sa place dans les Règles uniformes mais pourrait figurer dans un guide explicatif.

172. Une préoccupation a été exprimée au sujet de la question des déclarations relatives aux pratiques d'authentification visées au paragraphe 3. On a dit que ces déclarations constituaient un élément important de la relation entre autorités de certification, signataires et parties se fiant aux signatures et que toutes les autorités de certification devraient être tenues de délivrer une déclaration relative aux pratiques d'authentification. Le Groupe de travail a décidé qu'il reviendrait sur cette question à une session ultérieure lorsqu'il examinerait les projets d'articles 10, 11 et 12.

Chapitre IV. Signatures électroniques étrangères

Articles 17 à 19

173. Faute de temps, le Groupe de travail a renvoyé l'examen des projets d'articles 17 à 19 à une session ultérieure.

III. TRAVAUX FUTURS PROPOSÉS DANS LE DOMAINE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

174. Au cours de la session du Groupe de travail, des consultations officieuses se sont tenues au sujet du projet de convention internationale sur les transactions électroniques (voir document A/CN.9/WG.IV/WP.77)[4]. Une délégation a décrit l'objet de la proposition et a expliqué que celle-ci avait un double objectif: *a)* éliminer les obstacles aux transactions électroniques liés à l'utilisation du support papier en adoptant des dispositions de la Loi type; et *b)* traiter certaines questions touchant à l'authentification électronique (dans la mesure où ces questions ne font pas déjà l'objet des travaux en cours sur le projet de Règles uniformes) d'une manière qui, tout en tenant compte des différentes approches que les pays pourraient adopter dans leur droit interne, garantirait néanmoins une reconnaissance et une application larges des clauses contractuelles privées portant sur l'authentification des signatures électroniques. Il a été noté que le texte de la proposition avait été préparé pour la discussion et n'employait pas la terminologie propre aux conventions.

175. En ce qui concerne les obstacles liés à l'utilisation du support papier, la proposition portait sur les principales questions relatives aux transactions électroniques. La convention proposée inclurait des éléments fondamentaux de la Loi type, par exemple, la disposition selon laquelle la validité ou la force exécutoire d'un contrat formé par des moyens électroniques ne devait pas être contestée au seul motif que ledit contrat avait été formé électroniquement. Cette partie de la convention définirait également les caractéristiques d'un écrit électronique valide et d'un document original et favoriserait l'admission des preuves informatiques. On y reconnaîtrait en outre l'acceptabilité des signatures électroniques à des fins juridiques et commerciales. Les partisans de la convention ont estimé que ces dispositions faisaient l'objet d'un assez large consensus international, bien qu'il ait été indiqué que, dans les consultations informelles, plusieurs délégations avaient fait savoir qu'elles souhaitaient conserver une marge de manœuvre lors de l'application de ces dispositions dans leurs droits nationaux.

176. Une délégation a fait rapport oralement au Groupe de travail sur diverses autres questions examinées informellement par plusieurs délégations. Il a été indiqué que, selon une opinion, formulée de manière informelle, l'éventuelle élaboration d'une convention ne devrait pas impliquer la reprise des travaux sur le contenu de la Loi type. La proposition relative à l'élaboration d'une convention devait plutôt être considérée comme une suggestion visant à promouvoir la Loi type. Il a aussi été indiqué que la question de savoir dans quelle mesure les dispositions de la Loi type devraient être intégrées à la convention proposée avait été débattue. On a aussi fait savoir que, selon une opinion, le texte intégral de la Loi type devrait figurer en annexe à la convention. Selon un autre avis, certaines dispositions de la Loi type étaient peut-être moins pertinentes que d'autres. Une autre idée signalée était la possibilité de moduler le libellé du projet de convention afin que les États parties puissent entreprendre de mettre en œuvre les principes énoncés dans les dispositions pertinentes de la Loi type.

177. S'agissant de la section de la convention consacrée à l'authentification électronique, on a indiqué que plusieurs questions avaient été examinées de manière informelle. Une délégation avait souligné que, dans le contexte de l'authentification électronique, la convention proposée devrait préserver la liberté des pays d'adopter différentes approches, en fonction de leur droit national. La convention devrait également établir clairement que, nonobstant la nature exacte de tout cadre réglementaire régissant l'authentification électronique, les termes d'un accord (y compris les accords en système fermé) conclu entre les parties devraient être respectés dans toute la mesure possible. On a indiqué que, selon une opinion, la nécessité de concilier une large reconnaissance de l'autonomie des parties, d'une part, et la volonté des États de préserver leur cadre législatif et réglementaire national, d'autre part, risquait d'être l'une des principales difficultés à résoudre.

178. D'autres questions avaient été débattues informellement qui touchaient aux autres dispositions relatives à l'authentification. Outre la neutralité quant à la technologie et quant à l'application, la convention proposée stipulait que les parties devraient être autorisées à tenter de prouver l'authenticité de leurs transactions, que la technique d'authentification ou la méthode commerciale à laquelle elles recourent soit ou non expressément visée dans la législation ou la réglementation. Enfin, la convention proposée engageait les États à adopter une approche non discriminatoire des mécanismes d'authentification mis en œuvre dans les autres pays. Cette disposition a été examinée en tant que principe du droit commercial et à la lumière des principes du commerce international.

179. Il a été convenu que le débat informel sur la convention proposée pourrait se poursuivre avant et pendant la session suivante du Groupe de travail.

[4]En ce qui concerne l'examen préliminaire de cette proposition par la Commission, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 209 à 211.

B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-troisième session: projet de règles uniformes sur les signatures électroniques: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76) [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 AUTORITÉS DE CERTIFICATION ET LES QUESTIONS JURIDIQUES CONNEXES	12-50
CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES	12-15
CHAPITRE II. SIGNATURES ÉLECTRONIQUES	16-38
Section I. Signatures électroniques en général	16-21
Article premier. Définitions	16-20
Article 2. Effet de la signature électronique	21
Section II. Signatures électroniques [renforcées] [sécurisées]	22-30
Article 3. Présomption de signature	22-23
Article 4. Présomption d'attribution	24
Article 5. Présomption d'intégrité	25-26
Article 6. Prédétermination de la signature électronique [renforcée] [sécurisée]	27
Article 7. Responsabilité pour une signature électronique [renforcée] [sécurisée]	28-30
Section III. Signatures numériques accompagnées de certificats	31-38
Article 8. Teneur d'un certificat [renforcé][sécurisé]	31
Article 9. Effet des signatures numériques accompagnées de certificats	32-38
CHAPITRE III. AUTORITÉS DE CERTIFICATION ET QUESTIONS CONNEXES	39-47
Article 10. Garanties données au moment de l'émission d'un certificat	39
Article 11. Responsabilité contractuelle	40
Article 12. Responsabilité de l'autorité de certification envers les parties se fiant au certificat	41
Remarque générale concernant les projets d'articles 13 à 16	42
Article 13. Annulation d'un certificat	43
Article 14. Suspension d'un certificat	44
Article 15. Registre des certificats	45-46
Article 16. Relations entre les parties se fiant aux certificats et l'autorité de certification	47
CHAPITRE IV. SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ÉTRANGÈRES	48-50
Article 17. Fourniture de services par des autorités de certification étrangères	48
Article 18. Approbation des certificats étrangers par les autorités de certification nationales	49
Article 19. Reconnaissance de certificats étrangers	50

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 autorités de certification. 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 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 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 autorités de certification, et éventuellement sur des questions connexes. Le Groupe de travail a rappelé que, outre les signatures numériques et les autorités de certification, les travaux dans le domaine du commerce électronique devaient peut-être concerner aussi les questions touchant 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 nationales 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 inscrites 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 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, 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 neutre adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. 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 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 respecter, en particulier dans les cas de certification internationale[2].

5. Le Groupe de travail a entamé l'élaboration des règles uniformes à sa trente-deuxième session sur la base d'une note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.73). Le secrétariat a été prié d'élaborer, à partir des délibérations et conclusions du Groupe de travail, un ensemble de dispositions révisées, en y incluant des variantes possibles, aux fins d'examen par le Groupe à une future session (pour le rapport sur les travaux de cette session, voir le document A/CN.9/446). En ce qui concerne l'incorporation par référence, le Groupe de travail a adopté le texte d'un projet de disposition, a décidé de le présenter à la Commission pour examen et éventuellement pour incorporation en tant que nouvel article 5 *bis* de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique 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).

6. La présente note contient un projet révisé de dispositions élaboré à la suite des délibérations et des décisions du Groupe de travail 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

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

[2] Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 249 à 251.

trente et unième session selon laquelle les éventuelles règles uniformes concernant les signatures numériques devraient s'inspirer de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (dénommée ci-après "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 de données. 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).

7. 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.

8. En application des instructions concernant un contrôle et une limitation plus rigoureux des documents de l'Organisation des Nations Unies, les remarques qui suivent chacun des projets de dispositions sont aussi brèves que possible. Des explications plus détaillées seront données oralement lors de la session.

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 autorités de certification, 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 AUTORITÉS DE CERTIFICATION 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 ou si elles devraient être incorporées dans une version élargie de la Loi type, comme troisième partie, par exemple.

13. Si les Règles uniformes sont conçues comme un instrument séparé, il est proposé qu'elles comprennent des dispositions s'inspirant des articles 1 (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.

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, lorsqu'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.

Chapitre II. Signatures électroniques

Section I. Signatures électroniques en général

Article premier. *Définitions*

Aux fins des présentes Règles:

a) Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données, ou jointes ou logiquement associées audit message et [pouvant être] utilisées pour [identifier le signataire du message et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue] [satisfaire aux conditions énoncées au paragraphe 1 *a* de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique];

b) Le terme "signature électronique [renforcée] [sécurisée]" désigne une signature électronique qui [est créée et] [dès lors qu'elle a été apposée] peut être vérifiée par l'application d'une procédure de sécurité ou d'une combinaison de procédures de sécurité qui garantit que cette signature électronique:

i) est particulière au signataire [aux fins pour lesquelles] [dans le contexte où] elle est utilisée;

ii) peut être utilisée pour identifier objectivement le signataire du message de données;

iii) a été créée et apposée au message de données par le signataire ou à l'aide d'un moyen dont seul le signataire a le contrôle; [et]

[iv) a été créée et est liée au message de données auquel elle se rapporte d'une manière telle que tout changement apporté audit message apparaîtrait];

c) Variante A

Le terme "signature numérique" désigne une signature électronique créée par transformation d'un message de données à l'aide d'une fonction d'abrégement du message et par cryptage de cette transformation à l'aide d'un système de cryptographie asymétrique utilisant la clef privée du signataire, de manière que toute personne en possession du message de données initial non transformé, de la transformation cryptée et de la clef publique correspondante du signataire puisse déterminer [avec exactitude]:

i) si la transformation a été opérée à l'aide de la clef privée du signataire correspondant à sa clef publique; et

ii) si le message de données initial a été altéré après la transformation;

Variante B

Le terme "signature numérique" désigne 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:

i) que la transformation a été opérée à l'aide de la clef privée correspondant à la clef publique appropriée; et

ii) que le message de données n'a pas été altéré après la transformation cryptographique;

d) Le terme "autorité de certification" désigne toute personne ou entité qui, dans le cours de ses affaires, émet des certificats [d'identification] concernant des clefs cryptographiques utilisées pour créer des signatures numériques. [Cette définition 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;]

e) Le terme "certificat" [d'identification] désigne un message de données ou un autre enregistrement 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;

f) Le terme "certificat [renforcé] [sécurisé]" désigne un certificat [d'identification] émis pour étayer des signatures électroniques [renforcées] [sécurisées];

g) Le terme "déclaration relative aux pratiques d'authentification" désigne une déclaration publiée par une autorité de certification, qui indique les pratiques suivies par cette autorité pour émettre et traiter de toute autre manière les certificats;

h) Le terme "signataire" désigne la personne par laquelle, ou au nom de laquelle, [une signature électronique est utilisée] [des données sont utilisées comme signature électronique].

Références

A/CN.9/446, par. 27 à 46 (projet d'article premier), 62 à 70 (projet d'article 4), 113 à 131 (projet d'article 8), 132 et 133 (projet d'article 9);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 16 à 27, 37 et 38, 50 à 57 et 58 à 60;
A/CN.9/437, par. 29 à 50 et 90 à 113 (projets d'articles A, B et C); et
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 52 à 60.

Remarques

Définitions des termes "signature électronique" et "signature électronique [renforcée] [sécurisée]"

16. Conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa trente-deuxième session (A/CN.9/446, par. 30), la définition du terme "signature électronique" renvoie à l'article 7 de la Loi type. Il sera peut-être nécessaire de reprendre entièrement les dispositions du paragraphe 1 *a* de l'article 7 de cette loi, en fonction de la décision qui sera prise en ce qui concerne la relation entre les Règles uniformes et la Loi type.

17. La distinction entre la notion générale de "signature électronique" et une catégorie plus restreinte (appelée provisoirement signature électronique "renforcée" ou "sécurisée") a été maintenue afin de bien montrer les différences, sur le plan juridique, de ces deux types de procédure. D'un côté, une large gamme de techniques d'authentification non précisées (dénommées "signatures électroniques") pourraient être reconnues juridiquement comme constituant une signature ayant un sens juridique, à condition de satisfaire au critère de fiabilité énoncé au paragraphe 1 *b* de l'article 7 de la Loi type, ce qui devrait être établi après l'utilisation de la signature électronique et qui nécessiterait normalement l'intervention d'un juge, d'un arbitre ou d'un autre juge des faits. D'un autre côté, un certain nombre de techniques d'authentification, déterminées par le biais de procédures administratives devant être définies par chacun des États adoptants ou par convention expresse entre les parties, seraient reconnues par avance comme équivalents fonctionnels de signatures manuscrites.

Définition du terme "signature numérique"

18. La catégorie des "signatures numériques" n'est pas définie comme une sous-catégorie des signatures électroniques "renforcées". En effet, si dans la plupart des cas ce sont des techniques "numériques" (avec ou sans recours à des autorités de certification) qui seraient utilisées pour obtenir les effets juridiques envisagés pour la catégorie des signatures électroniques plus "sécurisées", de telles techniques pourraient aussi être employées dans un contexte moins spécifique. La définition du terme "signature numérique" vise donc à faire ressortir l'approche techniquement neutre adoptée dans les Règles uniformes.

Définition du terme "autorité de certification"

19. Les Règles uniformes ne contiennent aucune condition quant aux normes que les autorités de certification doivent respecter avant de pouvoir mener leur activité. La question avait été examinée par le Groupe de travail à des sessions antérieures et traitée également dans le projet d'article 19. S'il est jugé nécessaire de donner des indications aux États adoptants soit dans le texte des Règles uniformes, soit dans un guide, l'exemple suivant de disposition pourrait être pris en considération:

Les autorités de certification doivent:

a) être suffisamment fiables pour offrir des services de certification;

b) employer un personnel possédant les connaissances spécialisées, l'expérience et les qualifications nécessaires pour fournir les services offerts;

c) utiliser des systèmes fiables ainsi que du matériel et des logiciels généralement reconnus correspondant au type de service et au niveau de sécurité offerts;

d) posséder des ressources financières suffisantes pour pouvoir se conformer aux [présentes Règles];

e) conserver toutes les informations pertinentes enregistrées concernant un certificat [renforcé] [sécurisé] pendant une période appropriée, en particulier pour être en mesure de fournir des preuves de la certification dans une instance. Ce type d'enregistrement peut être fait par des moyens électroniques;

f) publier toutes les informations pertinentes concernant le recours adéquat et sûr aux services de certification et établir des procédures pour apaiser les griefs et régler les litiges; et

g) publier, en ce qui concerne les services offerts au public, toutes les informations pertinentes concernant les procédures appliquées et les pratiques suivies, les clauses des contrats, en particulier les obligations contractées en matière de responsabilité, ainsi que les procédures appliquées pour apaiser les griefs et régler les litiges; les publications sont dûment et facilement accessibles.

Définitions des termes "certificat [d'identification]" et "certificat [renforcé] [sécurisé]"

20. Les définitions figurant aux alinéas *e* et *f* sont fondées sur la suggestion faite à la trente-deuxième session du Groupe de travail, selon laquelle il conviendrait de distinguer les cas où les signatures numériques sont utilisées 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) et les autres utilisations de ces signatures, par exemple, pour déterminer les pouvoirs d'une personne ("certificat de pouvoirs") [voir A/CN.9/446, par. 72]. Si les dispositions figurant au chapitre III des Règles uniformes traitent en grande partie des techniques de signature numérique comme moyen d'établir une équivalence prédéterminée avec les signatures manuscrites, le Groupe de travail pourrait néanmoins souhaiter examiner dans quelle mesure ces techniques devraient être traitées dans d'autres contextes. Si les Règles uniformes sont axées sur les signatures numériques en tant qu'équivalents des signatures manuscrites, il n'est peut-être pas nécessaire d'établir une distinction entre les "certificats", les "certificats d'identification" et les "certificats [renforcés] [sécurisés]". On se rappellera que toute utilisation de signatures numériques offrant un niveau de sécurité plus faible pourrait être également traitée dans les dispositions générales du projet d'article 2.

Article 2. *Effet de la signature électronique*

1. Pour ce qui est d'un message de données authentifié à l'aide d'une signature électronique [autre qu'une signature électronique sécurisée], cette signature satisfait à toute exigence légale concernant une signature si sa fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel elle a été utilisée, compte tenu de toutes les circonstances, y compris tout accord en la matière.

2. Le paragraphe 1 s'applique, que l'exigence légale qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences s'il n'y a pas de signature.

3. Sauf disposition contraire énoncée expressément dans [les présentes Règles], les signatures électroniques qui ne sont pas des signatures électroniques [renforcées] [sécurisées] ne sont pas soumises à la réglementation aux normes ou aux procédures d'octroi de licences établies par ... *[les organes ou autorités indiqués par l'État dans l'article]* ou aux présomptions créées par les articles 4, 5 et 6.

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

Référence

A/CN.9/446, par. 27 à 46 (projet d'article premier).

Remarques

21. Le projet d'article 2 a pour objet de traiter les effets juridiques des signatures électroniques qui ne satisfont pas aux exigences définies pour la reconnaissance de leur caractère "renforcé" ou "sécurisé". Conformément au mandat donné par la Commission et compte tenu des vues exprimées à la trente-deuxième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/446, par. 4 et 45), le projet d'article a pour objectif d'assurer la neutralité des Règles uniformes quant aux techniques utilisées, de bien préciser que l'utilisation de techniques d'authentification offrant une faible sécurité n'est pas interdite et de prévoir une reconnaissance appropriée de l'autonomie des parties, sans autoriser ces dernières à déroger aux règles de droit impératives relatives aux signatures. Les paragraphes 1, 2 et 4 reprennent simplement les dispositions de l'article 7 de la Loi type. Le paragraphe 3 a pour but d'établir une distinction entre les effets juridiques des signatures électroniques en général et les techniques d'authentification "renforcées" ou "sécurisées".

Section II. Signatures électroniques [renforcées] [sécurisées]

Article 3. *Présomption de signature*

1. Un message de données est présumé avoir été signé [si] [à partir du moment où] une signature électronique [renforcée] [sécurisée] y est apposée.

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

Références

A/CN.9/446, par. 47 et 48 (projet d'article 2) et 49 à 61 (projet d'article 3);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 28 à 36; et
A/CN.9/437, par. 43, 48 et 92.

Remarques

22. Le projet d'article créant la présomption qu'un message de données doit être considéré comme "signé" s'il est authentifié par une signature électronique sécurisée a été remanié à la suite d'une vue exprimée à la trente-deuxième session selon laquelle la relation entre la définition d'une signature électronique sécurisée et les présomptions découlant de l'utilisation d'une telle signature devait être précisée (voir A/CN.9/446, par. 34).

23. Les Règles uniformes ne contiennent aucune définition du terme "signature" ni aucune indication des effets juridiques précis d'une telle "signature". En vertu du projet d'article 3, l'effet juridique d'une signature doit être déterminé par référence au droit interne, en dehors des Règles uniformes.

Article 4. *Présomption d'attribution*

1. Une signature électronique [renforcée] est réputée être celle de la personne par qui, ou au nom de laquelle, elle est supposée avoir été utilisée,

Variante A

sauf si le signataire supposé établit que la signature électronique [renforcée] [sécurisée] a été apposée sans autorisation.

Variante B

à condition que la partie se fiant à la signature établisse que la procédure de sécurité ou la combinaison de procédures de sécurité appliquée pour vérifier la signature

a) était commercialement raisonnable eu égard aux circonstances;

b) qu'elle l'avait appliquée de manière fiable, et

c) qu'elle s'y était fiée de manière raisonnable et de bonne foi.

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

Références

A/CN.9/446, par. 49 à 61 (projet d'article 3);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 33 à 36;
A/CN.9/437, par. 118 à 124 (projet d'article E); et
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 64 et 65.

Remarques

24. La variante A porte sur l'attribution d'une signature électronique par l'allocation de la charge de la preuve selon les conditions proposées à la trente-deuxième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/446, par. 60). En vertu de la variante B, c'est à la partie se fiant à la signature d'assumer la charge de la preuve.

Article 5. *Présomption d'intégrité*

1. Si le signataire supposé a utilisé une procédure de sécurité capable de prouver [de manière fiable] qu'un message de données ou toute signature [électronique]

[électronique [renforcée] [sécurisée]] y étant apposée n'a pas été modifié après l'application de la procédure de sécurité audit message de données ou à toute signature, il est présumé [sauf preuve contraire] que le message de données ou la signature n'a pas été modifié.

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

Références

A/CN.9/446, par. 47 et 48 (projet d'article 2); A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 28 à 32; et A/CN.9/437, par. 43, 48 et 92.

Remarques

25. Dans le précédent projet de Règles uniformes, il était indiqué que la vérification de l'intégrité du message de données constituait un élément de la définition d'une "signature électronique sécurisée". On a porté à l'attention du secrétariat le fait que la vérification de l'intégrité du message de données pouvait être effectuée par des procédures séparées. En outre, on peut concevoir que certaines techniques d'authentification permettent d'obtenir le niveau élevé de sécurité requis dans la définition des signatures électroniques "renforcées" sans qu'il soit nécessaire de vérifier l'intégrité du message de données.

26. Si le Groupe de travail le juge plus approprié, les dispositions des projets d'articles 3, 4 et 5 pourraient être reformulées de manière à établir des effets juridiques au lieu de présomptions.

Article 6. *Prédétermination de la signature électronique [renforcée] [sécurisée]*

1. Une procédure de sécurité ou une combinaison de procédures de sécurité satisfait aux exigences d'une signature électronique [renforcée] [sécurisée] si *[l'organe ou l'autorité indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière]* en décide ainsi...

2. Pour ce qui est de la relation entre la personne signant un message de données et toute personne se fiant au message signé, une procédure de sécurité ou une combinaison de procédures de sécurité est supposée satisfaire aux exigences d'une signature électronique [renforcée] [sécurisée] si les parties en conviennent expressément.

3. Les dispositions du paragraphe 2 ne s'appliquent pas dans les situations suivantes: [...].

Références

A/CN.9/446, par. 37 à 45 (projet d'article premier); et A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 27.

Remarques

27. Contrairement aux "signatures électroniques" ne remplissant pas les conditions requises, qui sont traitées au projet d'article 2, les signatures électroniques [renforcées] [sécurisées] traitées au projet d'article 6 présentent l'avantage de donner aux parties commerciales soit par application de la réglementation applicable, soit directement par contrat, l'assurance, avant même l'utilisation d'une technique de signature donnée, que cette technique produira des effets juridiques. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si les limites de l'autonomie des parties à cet égard doivent être traitées dans les Règles uniformes ou simplement dans le droit interne au titre du paragraphe 3 (voir par. 4 ci-dessus).

Article 7. *Responsabilité pour une signature électronique [renforcée] [sécurisée]*

Variante A

Lorsque l'utilisation d'une signature électronique [renforcée] [sécurisée] n'a pas été autorisée et lorsque le signataire supposé n'a pas exercé un soin raisonnable pour en éviter une utilisation non autorisée et pour empêcher que le destinataire ne s'y fie, le signataire supposé est tenu responsable du préjudice causé [et doit verser des dommages-intérêts à la partie s'étant fiée à sa signature], sauf si la partie s'étant fiée à la signature savait ou aurait dû savoir qu'elle n'était pas celle du signataire supposé.

Variante B

Lorsque l'utilisation d'une signature électronique [renforcée] [sécurisée] n'a pas été autorisée et que le signataire supposé n'a pas exercé un soin raisonnable pour en éviter l'utilisation non autorisée et empêcher que le destinataire ne s'y fie, ladite signature est néanmoins considérée comme la sienne, sauf si la partie qui s'y est fiée savait ou aurait dû savoir qu'elle n'était pas celle du signataire supposé.

Références

A/CN.9/446, par. 49 à 61 (projet d'article 3); A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 33 à 36; A/CN.9/437, par. 118 à 124 (projet d'article E); et A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 64 et 65.

Remarques

28. À sa trente-deuxième session, le Groupe de travail a examiné la question de savoir si les Règles uniformes devaient traiter uniquement de l'attribution des signatures électroniques sécurisées (ou signatures numériques) ou si elles devaient également porter sur la responsabilité du signataire supposé envers les parties se fiant à sa signature. Il a été souligné que les Règles uniformes devraient, en établissant le lien entre la signature électronique et le signataire supposé, encourager également l'utilisation des signatures numériques en répartissant comme il convenait 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 A/CN.9/446, par. 51).

29. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le lien entre les Règles uniformes et l'article 13 de la Loi

type. Ce dernier traite de l'attribution du message de données alors que la question de l'attribution d'une signature électronique est traitée dans la définition de la "signature électronique [renforcée] [sécurisée]" et dans le projet d'article 4.

30. La variante A limite la responsabilité du signataire supposé à l'indemnisation de la partie s'étant fiée à sa signature pour le préjudice prouvé, ce qui peut être calculé sur une base contractuelle ou extracontractuelle, en fonction des circonstances. La variante B rend le signataire supposé responsable de la teneur du message de données.

Section III. Signatures numériques accompagnées de certificats

Article 8. *Teneur d'un certificat [renforcé] [sécurisé]*

Aux fins des présentes Règles, un certificat [renforcé] [sécurisé] remplit au minimum les fonctions suivantes:

a) il identifie l'autorité de certification qui l'émet;

b) il nomme ou identifie le [signataire] [sujet du certificat] ou un dispositif ou un agent électronique sous le contrôle [du signataire] [du sujet du certificat] [de cette personne];

c) il contient une clef publique correspondant à une clef privée dont [le signataire] [sujet du certificat] a le contrôle;

d) il spécifie sa période d'effet;

e) il est signé numériquement ou sécurisé d'une autre manière par l'autorité de certification qui l'émet;

[*f)* il spécifie, le cas échéant, les restrictions à l'utilisation de la clef publique;] [et]

[*g)* il identifie l'algorithme à appliquer].

Références

A/CN.9/446, par. 113 à 131 (projet d'article 8);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 50 à 57;
A/CN.9/437, par. 98 à 113 (projet d'article C); et
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 18 à 45 et 59 et 60.

Remarques

31. À sa trente-deuxième session, le Groupe de travail n'a pas pris de décision quant à la question de savoir si, sur le plan rédactionnel, il faudrait employer dans les Règles uniformes les termes le "sujet du certificat" ou spécifier que le sujet doit être une "personne". Pour rendre les Règles uniformes plus lisibles, on a employé systématiquement le terme "signataire", le terme "sujet" ayant été maintenu également à des fins de comparaison. Les Règles uniformes pourraient certes contenir une référence à la notion de "personne", mais il faudrait alors remanier considérablement le texte pour éviter toute ambiguïté quant à la personne visée. Il est indiqué dans la définition du terme "signataire" au paragraphe *h* du projet d'article premier que le signataire doit être une "personne".

Article 9. *Effet des signatures numériques accompagnées de certificats*

1. Pour ce qui est de la totalité ou de toute partie d'un message de données où l'expéditeur est identifié par une signature numérique, ladite signature [est une signature électronique [renforcée] [sécurisée]] [satisfait aux conditions de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique] si:

a) elle a été créée de manière sûre pendant la période d'effet d'un certificat valide et est vérifiée de manière sûre par référence à la clef publique indiquée dans le certificat; et

b) le certificat rattache une clef publique à l'identité [du signataire] [d'une personne] pour les raisons suivantes:

i) le certificat a été émis par une autorité de certification agréée 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]*; 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 indique 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 [.] [; ou]

[iv) des preuves suffisantes font apparaître que le certificat rattache [avec précision] la clef publique à l'identité du [signataire] [sujet].]

[2. Lorsqu'un message de données est signé à l'aide d'une signature numérique [créée pendant la période d'effet d'un certificat] qui ne satisfait pas aux conditions énoncées au paragraphe 1, cette signature est considérée comme une signature électronique [renforcée] [sécurisée] s'il existe des preuves suffisantes montrant que [le certificat] rattache avec précision la clef publique à l'identité du [signataire] [sujet du certificat].]

3. Les dispositions de présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes: [...].

Références

A/CN.9/446, par. 71 à 84 (projet d'article 5);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 39 à 44; et
A/CN.9/437, par. 43, 48 et 92.

Remarques

32. Le chapeau du paragraphe 1 tient compte de la décision prise par le Groupe de travail à sa trente-deuxième session (voir A/CN.9/446, par. 76).

33. Correctement appliquées, les signatures numériques devraient constituer des signatures électroniques sécurisées. Mais encore faut-il déterminer quand une signature numérique a été appliquée d'une manière qui permette de la qualifier de sécurisée. Toutes les signatures numériques vérifiables par référence à un certificat ne sont pas sécurisées, en particulier lorsqu'on n'est pas certain que l'identification ou l'authentification du signataire ou de la clef publique soient exactes. Pour déterminer si une signature numérique est sécurisée, il est fondamental de savoir: 1) si l'autorité de certification a correctement identifié le signataire; 2) si l'autorité de certification a correctement authentifié la clef publique du signataire; 3) si la clef privée du signataire a été compromise; et 4) si le processus est fiable (par exemple, si l'algorithme de la clef publique et sa longueur sont appropriés).

34. Le paragraphe 1 énonce deux critères fondamentaux pour déterminer quand une signature numérique peut être considérée comme une signature électronique sécurisée. Selon le premier, la signature doit être créée pendant la période d'effet d'un certificat valide et être vérifiée par référence à la clef publique indiquée dans le certificat. La période d'effet d'un certificat commence normalement lors de son émission et se termine soit à son expiration, soit à son annulation ou à sa suspension, selon lequel à la première occurrence de l'un de ces trois événements se produit en premier.

35. Selon le deuxième critère, il faut garantir que le certificat lui-même identifie avec précision une personne comme le signataire par rapport à une clef privée correspondant à la clef publique indiquée dans le certificat. Il est possible d'évaluer la fiabilité du certificat par référence à des normes, procédures et autres règles spécifiées par les autorités reconnues de l'État adoptant. Ces normes peuvent être établies par l'habilitation des autorités de certification par des tiers, par leur obtention volontaire d'une licence ou l'application obligatoire de règles établies par l'État adoptant.

36. Par ailleurs, au titre du paragraphe 2, si un tribunal ou un autre juge des faits met en évidence le fait que l'information donnée dans le certificat est effectivement véridique, la fiabilité dudit certificat est alors manifeste. À ce stade, toutefois, le juge des faits est tenu de déterminer au cas par cas si le certificat a été émis par une autorité de certification ayant correctement identifié le signataire et authentifié sa clef publique.

37. Conformément à "l'approche duale" adoptée par le Groupe de travail, le projet d'article 9 vise à donner autant de latitude que possible pour déterminer la fiabilité d'un certificat émis par une autorité de certification. Cette souplesse est particulièrement importante du fait que l'emploi des signatures numériques est encore récent et que les modèles pour cet emploi ainsi que pour la réglementation ne sont pas encore bien établis. Il importe donc de faciliter une utilisation accrue des signatures numériques dans le commerce électronique, tout en établissant les normes nécessaires pour déterminer par présomption la fiabilité d'un message signé numériquement.

38. Il est également important de noter que, si l'une des options énoncées dans le projet d'article 9 comprend une détermination judiciaire de l'exactitude d'un certificat, l'autre option par contre présume cette exactitude si le certificat a été émis par l'autorité de certification agréée par l'État adoptant ou s'il répond de toute autre manière à certaines normes établies par ledit État. Dans ce dernier cas, il n'est pas nécessaire d'établir par des moyens judiciaires l'exactitude de la signature électronique pour que celle-ci soit considérée comme sécurisée. La deuxième option peut être utile pour les personnes ayant recours au commerce électronique, qui sauraient ainsi, avant de prendre des mesures sur la foi d'une communication, si une telle mesure peut avoir force exécutoire. Toutefois, la présomption d'exactitude peut être contestée s'il est démontré qu'un certificat émis par une autorité de certification agréée n'est, en fait, ni exact ni fiable (voir A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 39 à 44).

Chapitre III. Autorités de certification et questions connexes

Article 10. *Garanties données au moment de l'émission d'un certificat*

1. Lorsqu'elle émet un certificat, l'autorité de certification garantit [à toute personne qui se fie raisonnablement à ce certificat]:

a) qu'elle s'est conformée à toutes les conditions applicables [prévues dans les présentes Règles];

b) 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 que l'exactitude de certaines informations n'est pas confirmée];

c) qu'à sa connaissance n'a été omis du certificat aucun fait matériel connu qui compromettrait la fiabilité des informations y étant contenues; et

[*d)* que si elle a publié une déclaration relative aux pratiques d'authentification elle s'est conformée à cette déclaration pour l'émission du certificat.]

2. Lorsqu'elle émet un certificat [renforcé] [sécurisé], l'autorité de certification garantit également, en ce qui concerne [le signataire] [le sujet] indiqué dans le certificat, [à toute personne qui se fie raisonnablement au certificat]:

a) que la clef publique et la clef privée du [signataire] [sujet] indiquées dans le certificat constituent une paire de clefs opérationnelle, et

b) qu'à la date de l'émission du certificat la clef privée:

iii) est celle du [signataire] [sujet] indiqué dans le certificat; et

iii) correspond à la clef publique donnée dans le certificat.

Références

A/CN.446, par. 134 à 145 (projet d'article 10); A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 61 à 63;
A/CN.9/437, par. 51 à 73 (projet d'article H); et A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 70 à 72.

Remarques

39. Le projet d'article 10 est fondé sur une distinction entre les certificats [renforcés] [sécurisés] et une catégorie plus large de certificats. Le maintien de cette distinction dépendra de la décision que prendra le Groupe de travail concernant la mesure dans laquelle les Règles uniformes devraient traiter les signatures numériques utilisées à des fins autres que l'établissement d'une équivalence prédéterminée avec des signatures manuscrites (voir par. 20 ci-dessus).

Article 11. *Responsabilité contractuelle*

Variante A

1. Entre une autorité de certification émettant un certificat et le détenteur de ce certificat [ou toute autre partie se fiant au certificat, qui a une relation contractuelle avec l'autorité de certification], les droits et obligations des parties [et toute restriction à cet égard] sont déterminés par convention [sous réserve de la loi applicable].

[2. Sous réserve de l'article 10, une autorité de certification peut, par convention, s'exonérer de sa responsabilité en cas de préjudice [dû au fait qu'une personne s'est fiée au certificat] [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 d'un acte ou omission de ladite autorité agissant avec l'intention de causer un préjudice ou témérairement et en sachant qu'un préjudice pourrait en résulter.]

Variante B

Conformément à la loi applicable, les droits et obligations d'une autorité de certification, d'un [signataire] [sujet] indiqué dans un certificat et de toute autre partie sont régis par la ou les conventions conclues par ces parties dans la mesure où ces conventions traitent de ces droits et obligations et de toute restriction à cet égard.

Variante C

Lorsqu'une autorité de certification, un [signataire] [sujet] identifié dans le certificat, ou toute autre partie, concluent des conventions, les droits et obligations de ces parties, et toute restriction à cet égard, visés dans les conventions sont régis par ces dernières conformément à la loi applicable et dans la mesure permise par elle.

Références

A/CN.9/446, par. 146 à 154 (projet d'article 11); A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 64 et 65;
A/CN.9/437, par. 51 à 73 (projet d'article H); et A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 70 à 72.

Remarques

40. Avant d'étudier les différentes variantes proposées pour le projet d'article 11, le Groupe de travail pourrait souhaiter examiner la question de savoir si cet article doit être conservé dans les Règles uniformes. À la trente-deuxième session du Groupe, il a été déclaré qu'il portait sur des questions qui seraient mieux traitées dans le contrat ou la loi applicable. En particulier, on a fait observer qu'il n'était peut-être pas nécessaire d'énoncer à nouveau le principe de l'autonomie des parties, qui était déjà exposé à l'article 4 de la Loi type, et que d'autres points traités dans le projet d'article empiétaient sur la législation nationale pour des questions pouvant ne pas se prêter à une unification. 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 (voir A/CN.9/446, par. 148).

Article 12. *Responsabilité de l'autorité de certification envers les parties se fiant au certificat*

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, lorsqu'une autorité de certification émet un certificat, elle est responsable envers toute personne se fiant raisonnablement à ce certificat:

a) des erreurs y figurant, sauf si elle prouve qu'elle ou ses agents ont pris [toutes] les mesures [raisonnables] [commercialement raisonnables] [qui étaient appropriées compte tenu de l'objet pour lequel le certificat avait été émis, au vu de toutes les circonstances] pour éviter des erreurs dans le certificat;

b) du non-enregistrement de l'annulation du certificat, sauf si elle prouve qu'elle ou ses agents ont pris [toutes] les mesures [raisonnables] [commercialement raisonnables] [qui étaient appropriées compte tenu de l'objet pour lequel le certificat avait été émis, au vu de toutes les circonstances] pour enregistrer l'annulation promptement après réception de l'avis d'annulation[; et

c) des conséquences imputables au non-respect:

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. 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 ledit 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) [...].]"

Références

A/CN.9/446, par. 155 à 173 (projet d'article 12); A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 66 et 67;
A/CN.9/437, par. 51 à 73 (projet d'article H); et A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 70 à 72.

Remarques

41. Le projet d'article 12 reflète la décision prise par le Groupe de travail à sa trente-deuxième session (A/CN.9/446, par. 173). À cette session, une opinion a été exprimée selon laquelle le projet d'article 12 devrait s'appliquer uniquement aux autorités de certification émettant des certificats d'identification.

Remarque générale concernant les projets d'articles 13 à 16

42. À sa précédente session, le Groupe de travail a, faute de temps, reporté l'examen des projets d'articles 13 à 16 à une future session (voir A/CN.9/446, par. 174). Sauf pour ce qui est de la mise en forme visant essentiellement à assurer la cohérence des diverses dispositions incluses dans le texte révisé des Règles uniformes, le texte des articles 13 à 16 figurant dans la présente note est, quant au fond, identique au texte figurant dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.73.

Article 13. *Annulation d'un certificat*

1. Pendant la période d'effet d'un certificat, l'autorité de certification qui l'a émis doit l'annuler conformément aux politiques et procédures régissant l'annulation énoncées dans la déclaration applicable relative aux pratiques d'authentification ou, en l'absence de telles politiques et procédures, promptement après:

a) réception d'une demande d'annulation par le [signataire] [sujet] indiqué dans le certificat et confirmation que la personne demandant l'annulation en est le [signataire] [sujet] [légitime], ou est un agent du [signataire] [sujet] habilité à demander l'annulation;

b) réception d'une preuve fiable du décès du [signataire] [sujet] si ce dernier est une personne physique; ou

c) réception d'une preuve fiable que le [signataire] [sujet] a été dissous ou a cessé d'exister, lorsqu'il s'agit d'une personne morale.

2. Le [signataire] [sujet] titulaire d'une paire de clefs certifiée est tenu d'annuler le certificat correspondant ou d'en demander l'annulation lorsqu'il sait que la clef privée a été perdue, compromise ou risque d'être utilisée à mauvais escient à d'autres égards. Si le [signataire] [sujet] n'annule pas le certificat dans un tel cas, il est responsable de tout préjudice encouru par une personne s'étant fiée à un message du fait qu'il a failli à son obligation d'annuler le certificat.

3. Que le [signataire] [sujet] indiqué dans le certificat consente ou non à l'annulation, l'autorité de certification 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 de l'autorité de certification a été compromis d'une manière qui compromet la fiabilité du certificat; ou

c) que la clef privée ou le système informatique du [signataire] [sujet] a été compromis.

4. Lors de l'annulation d'un certificat en vertu du paragraphe 3, l'autorité de certification doit aviser le [signataire] [sujet] 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, elle doit aviser rapidement le [signataire] [sujet] 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 [signataire] [sujet] et l'autorité de certification,] l'annulation prend effet à partir du moment où elle est [reçue] [enregistrée] par l'autorité de certification.

[6. Entre l'autorité de certification et toute autre partie se fiant au certificat, l'annulation prend effet à partir du moment où elle est [enregistrée] [publiée] par l'autorité de certification.]

Références

A/CN.9/446, par. 174 (projet d'article 13); A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 68;
A/CN.9/437, par. 125 à 139 (projet d'article F); et A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 66 et 67.

Remarques

43. Le projet d'article 13 tient compte des différentes vues exprimées à la trente et unième session du Groupe de travail en énonçant une norme par défaut régissant l'annulation des certificats. Toutefois, une autorité de certification 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 signataire 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, l'autorité de certification 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 l'autorité de certification peut raisonnablement penser qu'elle est le [signataire] [sujet] désigné dans le certificat ou une personne autorisée à agir en son nom.

Références

A/CN.9/446, par. 174 (projet d'article 14);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 69; et
A/CN.9/437, par. 133 à 135 (projet d'article F).

Remarques

44. À sa trente et unième 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. 133 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 4 et 5 du projet d'article 13.

Article 15. *Registre des certificats*

1. L'autorité de certification 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 l'autorité de certification

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 l'autorité de certification.

Variante C

conformément aux politiques et procédures spécifiées par l'autorité de certification dans la déclaration applicable relative aux pratiques d'authentification.

Références

A/CN.9/446, par. 174 (projet d'article 15);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 70 et 71;
A/CN.9/437, par. 140 à 148 (projet d'article G); et
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 68 et 69.

Remarques

45. À la trente et unième 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 "*repository*") 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 autorités de certification 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.

46. Plus généralement, le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier si les Règles uniformes, en établissant des règles minimales concernant les activités des autorités de certification, devraient traiter également les droits et obligations des parties se fiant aux certificats.

Article 16. *Relations entre les parties se fiant aux certificats et l'autorité de certification*

[1. Une autorité de certification n'est autorisée à demander que les renseignements qui lui sont nécessaires pour identifier l'utilisateur.

2. Sur demande, l'autorité de certification 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 l'autorité de certification;

d) la politique ou les pratiques de l'autorité de certification concernant l'utilisation, la conservation et la communication de renseignements d'ordre personnel;

e) les prescriptions techniques de l'autorité de certification concernant le matériel de communication devant être utilisé par les parties se fiant aux certificats;

f) les conditions dans lesquelles l'autorité de certification 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 de l'autorité de certification;

h) toutes restrictions imposées par l'autorité de certification à l'utilisation du certificat;

i) les conditions dans lesquelles le [signataire] [sujet] est autorisé à restreindre l'utilisation du certificat.

3. Les renseignements énumérés au paragraphe 1 sont communiqués au [signataire] [sujet] potentiel avant la conclusion définitive d'un accord de certification. Ces renseignements peuvent être communiqués par l'autorité de certification dans le cadre d'une déclaration relative aux pratiques d'authentification.

4. Avec préavis [d'un mois], le [signataire] [sujet] peut mettre fin à l'accord établissant une connexion avec l'autorité de certification. L'avis prend effet dès qu'il est reçu par l'autorité de certification.

5. Avec préavis [de trois mois], l'autorité de certification peut mettre fin à l'accord établissant une connexion avec elle. L'avis prend effet dès qu'il est reçu.]

Références

A/CN.9/446, par. 174 (projet d'article 16);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 72;
A/CN.9/437, par. 149 et 150 (projet d'article J); et
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 76.

Remarques

47. À sa trente et unième session, le Groupe de travail a noté que les divers éléments énumérés dans le projet d'article 15 devraient être placés entre crochets pour être examinés à un stade ultérieur (voir A/CN.9/437, par. 150).

Chapitre IV. Signatures électroniques étrangères

Article 17. *Fourniture de services par des autorités de certification étrangères*

1. *Variante A:* Des [personnes] [entités] étrangères peuvent s'établir localement comme autorités de certification ou peuvent fournir des services de certification 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.

Variante B: 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 certifications.

Variante C: Des [personnes] [entités] étrangères ne peuvent se voir refuser le droit de s'établir localement ou de fournir des services de certification 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.

[2. *Variante X:* La règle énoncée au paragraphe 1 ne s'applique pas dans les situations suivantes: [...].

Variante Y: Des exceptions à la règle énoncée au paragraphe 1 peuvent être formulées si la sécurité nationale l'exige.]

Références

A/CN.9/446, par. 175 à 188 (projet d'article 17); A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 73;
A/CN.9/437, par. 74 à 89 (projet d'article I); et A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 73 à 75.

Remarques

48. En permettant à des entités étrangères de s'établir localement comme autorités de certification, le projet d'article 17 énonce simplement le principe de la non-discrimination à l'égard des entités étrangères, étant entendu que celles-ci doivent respecter les normes applicables aux autorités de certification nationales. Si ce principe est généralement accepté, il peut être néanmoins particulièrement utile de l'énoncer en ce qui concerne les autorités de certification, car l'on peut s'attendre que ces dernières n'aient pas nécessairement un établissement matériel ou un autre lieu de commerce dans le pays où elles offrent des services.

Article 18. *Approbation des certificats étrangers par les autorités de certification nationales*

Variante A

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.

Variante B

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*].

Références

A/CN.9/446, par. 189 à 195 (projet d'article 18); A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 74;
A/CN.9/437, par. 74 à 89 (projet d'article I); et A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 73 à 75.

Remarques

49. Le projet d'article 18 permet à une autorité de certification nationale de garantir, à l'instar de ce qu'elle fait pour ses propres certificats, que les détails figurant dans le certificat étranger sont exacts et que ce certificat est valide et en vigueur. Il renvoie aux questions désignées par l'expression "certification croisée" à la trente et unième session du Groupe de travail. Il contient essentiellement une disposition sur l'attribution de la responsabilité à l'autorité de certification nationale en cas de non-conformité du certificat étranger (voir A/CN.9/437, par. 77 et 78).

Article 19. *Reconnaissance de certificats étrangers*

Variante A

1. *Variante X*

Les certificats émis par des autorités de certification étrangères ne peuvent se voir refuser la même reconnaissance que les certificats émis par des autorités de certification nationales au motif qu'ils ont été émis par des autorités de certification étrangères.

Variante Y

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 enregistrements conformes aux lois d'un autre État relatives aux signatures numériques ou autres signatures électroniques sont reconnus comme équivalant juridiquement aux signatures et enregistrements 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 enregistrements 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.]

2 [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.

3 [4]. Nonobstant le paragraphe précédent, les organismes publics et les parties à des transactions commerciales et autres peuvent spécifier qu'il est nécessaire de recourir à une autorité de certification, une catégorie d'autorité de certification ou une catégorie de certificats particuliers pour les messages ou les signatures qui leur sont soumis.

Variante B

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.

[2. L'équivalence visée au paragraphe 1 peut être déterminée par une décision publiée de l'État ou par un accord bilatéral ou multilatéral avec d'autres États.]

3. Pour la détermination de l'équivalence, il est tenu compte des critères suivants:

a) ressources financières et humaines, y compris l'existence d'avoirs dans la juridiction;

b) fiabilité du matériel et des logiciels;

c) procédures utilisées pour le traitement des certificats et des demandes de certificat et la conservation des enregistrements;

d) possibilités d'accès à l'information pour les [signataires] [sujets] indiqués dans les certificats et les éventuelles parties se fiant aux certificats;

e) régularité et étendue des audits effectués par un organisme indépendant;

f) existence d'une déclaration de l'État, d'un organisme d'habilitation ou de l'autorité de certification concernant le respect ou l'existence des critères énumérés ci-dessus;

g) possibilités d'exercice de la compétence des tribunaux de l'État adoptant; et

h) importance des divergences entre la loi applicable à la responsabilité de l'autorité de certification et la loi de l'État adoptant.

Variante C

Une autorité de certification étrangère est jugée fiable [*dans l'État adoptant*] aux fins d'un certificat qu'elle émet pour étayer les signatures apposées à des messages de données si, lorsqu'elle émet un tel certificat, elle se conforme aux présentes Règles et à tout régime de licence national applicable à un certificat de ce type et est soumise au moins aux mêmes responsabilités que celles qui sont imposées par les présentes Règles et ce régime de licence.

Variante D

1. Une autorité étrangère est jugée fiable [*dans l'État adoptant]* aux fins d'un certificat qu'elle émet pour étayer les signatures apposées à des messages de données si, lorsqu'elle émet ledit certificat, elle offre un niveau de fiabilité [au moins] équivalent à celui [qui est requis] des autorités de certification nationales émettant de tels certificats.

2. Pour évaluer le niveau de fiabilité d'une autorité de certification, il est tenu compte des critères suivants:

a) ressources financières et humaines, y compris l'existence d'avoirs dans la juridiction;

b) fiabilité du matériel et des logiciels;

c) procédures utilisées pour le traitement des certificats et des demandes de certificat et la conservation des enregistrements;

d) possibilités d'accès à l'information pour les [signataires] [sujets] indiqués dans les certificats et les éventuelles parties se fiant auxdits certificats;

e) régularité et étendue des audits effectués par un organisme indépendant;

f) existence d'une déclaration de l'État, d'un organisme d'habilitation ou de l'autorité de certification concernant le respect ou l'existence des critères énumérés ci-dessus;

g) possibilité d'exercice de la compétence des tribunaux de l'État adoptant; et

h) importance des divergences entre la loi applicable à la responsabilité de l'autorité de certification et la loi de l'État adoptant.

Références

A/CN.9/446, par. 196 à 207 (projet d'article 19);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 75;
A/CN.9/437, par. 74 à 89 (projet d'article I); et
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 73 à 75.

Remarques

50. Le projet d'article 19 porte sur les questions désignées par l'expression "reconnaissance transfrontière" à la trente et unième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/437, par. 77 et 78). La variante A est fondée sur une proposition de regroupement des paragraphes 1 et 2 formulée à la trente-deuxième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/446, par. 197 et 204). La variante B donne une liste indicative de critères à prendre en considération pour apprécier la fiabilité des certificats étrangers. Les variantes C et D sont axées sur la reconnaissance des autorités de certification étrangères. Il convient de noter que, si le Groupe de travail décide d'inclure dans les Règles uniformes les critères auxquels les autorités de certification doivent satisfaire (voir par. 19 ci-dessus), il pourrait être nécessaire de prévoir de tels critères au projet d'article 19.

C. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-troisième session: proposition des États-Unis d'Amérique: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.77) [Original: anglais]

1. À la fin de la trente-deuxième session du Groupe de travail, il a été proposé que ce dernier 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. Toutefois, la conclusion préliminaire du Groupe de travail a 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 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 (A/CN.9/446, par. 212).

2. Après la trente-deuxième session du Groupe de travail, le secrétariat a reçu de la délégation des États-Unis d'Amérique une proposition pour un projet de convention internationale sur les transactions électroniques, à laquelle était joint un "Document officieux du Gouvernement des États-Unis sur les transactions électroniques" exposant les raisons d'être et l'objectif de la convention proposée. Le texte de cette proposition et le "document officieux" correspondant sont reproduits dans l'annexe de la présente note, tels que le secrétariat les a reçus.

ANNEXE

PROJET DE CONVENTION INTERNATIONALE SUR LES TRANSACTIONS ÉLECTRONIQUES

Chapitre premier

Objectif proposé du chapitre premier: Énoncer toutes définitions nécessaires. À élaborer après les chapitres II et III.

Chapitre II

Objectif proposé du chapitre II: Pour appliquer les règles juridiques de la deuxième section, telles qu'exposées ci-après, les États devront peut-être revoir leurs textes et projets de textes législatifs afin qu'ils soient dûment adaptés aux transactions électroniques. Pour faciliter une harmonisation à cet égard, il est proposé ci-après des obligations générales qui serviraient de cadre aux États pour favoriser les transactions électroniques au niveau mondial.

Libellé possible

II. Obligations générales

Pour encourager la liberté des transactions électroniques et éviter la création d'obstacles à ces transactions, sous réserve des exigences impératives d'ordre public, les États contractants conviennent de ce qui suit:

Modification des règles existantes et adoption minimale de nouvelles règles — Les États apportent à leurs lois uniquement les modifications nécessaires pour favoriser le recours aux transactions électroniques. La modification des règles existantes et l'adoption de nouvelles règles ne devraient se faire qu'en coopération avec le secteur privé et s'il y a lieu.

Les États contractants reconnaissent que les parties à une transaction peuvent choisir la méthode d'authentification de cette transaction. Reconnaissant que les parties peuvent faire ce choix et qu'il devrait produire l'effet juridique voulu par elles, les États contractants conviennent de ce qui suit:

Autonomie des parties — Les parties à une transaction sont autorisées, dans toute la mesure possible, à déterminer par convention les méthodes d'authentification techniques et commerciales appropriées, en ayant l'assurance que ces méthodes seront reconnues comme juridiquement contraignantes, qu'elles soient ou non expressément visées dans la législation ou la réglementation. Les clauses de toute convention (y compris les systèmes fermés) entre les parties régissant leur transaction devraient être exécutoires quel que soit le cadre réglementaire régissant l'authentification électronique.

En outre, les États contractants reconnaissent que la cryptographie n'est pas le seul moyen de prouver la source ou l'existence d'un message. Reconnaissant que les parties peuvent établir la source ou l'existence d'un message de différentes manières, les États contractants conviennent de ce qui suit:

Toutes les techniques d'authentification et méthodes commerciales peuvent constituer des moyens de preuve de l'authenticité — Lorsque la loi exige que l'authenticité ou l'intégrité d'un message soit prouvée, une partie est autorisée à recourir à toute technique d'authentification ou méthode commerciale, que cette technique ou cette méthode soient ou non expressément visées dans la législation ou la réglementation.

Les méthodes d'authentification électroniques ne doivent pas être "gelées" par une décision législative mais doivent plutôt prendre en compte l'évolution des applications des techniques existantes et futures. En conséquence, les États contractants conviennent de ce qui suit:

Neutralité quant à la technologie — Les règles ne devraient ni exiger ni entraver l'utilisation ou l'élaboration de techniques d'authentification. Les États devraient prévoir que les méthodes d'authentification évolueront avec le temps et éviter d'adopter une législation susceptible d'empêcher l'innovation ou de nouvelles applications. Les États devraient éviter d'adopter des lois qui incitent intentionnellement ou non le secteur privé à n'adopter qu'une seule technologie pour l'authentification électronique à l'exclusion d'autres méthodes d'authentification viables.

Les entreprises peuvent appliquer et utiliser les techniques d'authentification d'une manière qui n'était pas envisagée lorsque la législation a été adoptée. Reconnaissant que la technologie peut être utilisée à des fins telles que l'établissement de l'âge ou des pouvoirs, ce qui peut aller au-delà de la simple vérification d'identité et de la non-répudiation, et reconnaissant que les modèles commerciaux d'authentification peuvent ne pas faire appel à des tierces parties, les États contractants conviennent de ce qui suit:

Neutralité quant à l'application — Aucune règle ne doit ni exiger ni entraver l'utilisation ou l'élaboration d'applications commerciales ou de modèles de mise en œuvre nouveaux ou novateurs.

Afin d'éliminer les obstacles à la liberté des transactions électroniques et d'éviter la création de nouveaux obstacles, sous réserve des exigences impératives d'ordre public, les États contractants conviennent de ce qui suit:

Non-discrimination — Les États accordent aux fournisseurs et aux utilisateurs de techniques d'authentification et de méthodes commerciales d'un autre État le même traitement que celui qu'ils accordent dans des circonstances analogues à leurs propres fournisseurs et utilisateurs.

Élimination des obstacles inutiles au commerce — Les États doivent favoriser les transactions électroniques internationales et ne créer aucun obstacle inutile au commerce.

Chapitre III

Objectif proposé du chapitre III: Reconnaître l'acceptabilité des signatures électroniques à des fins juridiques et commerciales, définir les caractéristiques d'un écrit électronique valide et d'un document original, favoriser l'admission de preuves électroniques et la conservation électronique des enregistrements. Ces dispositions s'inspireraient des dispositions habilitantes de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

Libellé possible

III. Obligations particulières

Les États contractants reconnaissent la valeur des travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et l'importance d'une application uniforme internationale de ses dispositions législatives. Les États contractants reconnaissent par ailleurs que l'information est de plus en plus créée, stockée, envoyée, reçue ou traitée de toute autre manière par des moyens électroniques, plutôt que sur support papier. Prenant en considération ces pratiques commerciales importantes, les États contractants conviennent de ce qui suit:

Reconnaissance juridique des messages de données

L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données. [*Source:* Loi type sur le commerce électronique, art. 5.]

Formation et validité des contrats

1. Dans le contexte de la formation des contrats, sauf convention contraire entre les parties, une offre et l'acceptation d'une offre peuvent être exprimées par un message de données. Lorsqu'un message de données est utilisé pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire de celui-ci ne sont pas déniées pour le seul motif qu'un message de données a été utilisé.
2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes: ... [exception limitée]. [*Source:* Loi type sur le commerce électronique, art. 11.]

Les États contractants reconnaissent que les exigences formelles qui existent actuellement dans de nombreux systèmes juridiques peuvent constituer des obstacles insurmontables à l'utilisation internationale des transactions électroniques. Il est donc fondamental de faire en sorte que les messages transmis électroniquement puissent satisfaire à ces exigences sous réserve des exigences impératives d'ordre public. En conséquence, les États contractants conviennent de ce qui suit:

Écrit

1. Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement.
2. Le paragraphe 1 est applicable que l'exigence qui est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences si l'information n'est pas sous forme écrite.
3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes: ... [exception limitée]. [*Source:* Loi type sur le commerce électronique, art. 6.]

Signature

1. Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données:
   a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et
   b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière.
2. Le paragraphe 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences s'il n'y a pas de signature.
3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes: ... [exception limitée]. [*Source:* Loi type sur le commerce électronique, art. 7].

Original

1. Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence:
   a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre; et
   b) Si, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée.
2. Le paragraphe 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences si l'information n'est pas présentée ou conservée sous sa forme originale.
3. Aux fins de l'alinéa *a* du paragraphe 1:
   a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition; et

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

4. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes: ... [exception limitée]. [*Source:* Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, art. 8.]

Les États contractants reconnaissent que l'impossibilité pour les parties de prouver l'existence de transactions électroniques en cas de litige et de procédure judiciaire officielle peut constituer en soi un obstacle à l'utilisation des transactions électroniques. Pour garantir l'équivalence juridique des documents électroniques et des documents papier, les États contractants conviennent de ce qui suit:

Admissibilité et force probante d'un message de données

1. Aucune règle d'administration de la preuve ne peut être invoquée dans une procédure légale contre l'admissibilité d'un message de données produit comme preuve:
   a) Au motif qu'il s'agit d'un message de données; ou
   b) S'il s'agit de la meilleure preuve que celui qui la présente peut raisonnablement escompter obtenir, au motif que le message n'est pas sous sa forme originale.
2. L'information prenant la forme d'un message de données se voit dûment accorder force probante. Cette force probante s'apprécie eu égard à la fiabilité du mode de création, de conservation ou de communication du message, la fiabilité du mode de préservation de l'intégrité de l'information, à la manière dont l'expéditeur a été identifié et à toute autre considération pertinente. [*Source:* Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, art. 9.]

Les États contractants reconnaissent en outre que les exigences concernant la conservation des enregistrements, établies tant en droit que dans la pratique commerciale, peuvent constituer des obstacles aux transactions électroniques. En conséquence, les États contractants conviennent de ce qui suit:

Conservation des messages de données

1. Lorsqu'une règle de droit exige que certains documents, enregistrements ou informations soient conservés, cette exigence est satisfaite si ce sont des messages de données qui sont conservés, sous réserve des conditions suivantes:
   a) L'information que contient le message de données doit être accessible pour être consultée ultérieurement;
   b) Le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont il peut être démontré qu'elle représente avec précision les informations créées, envoyées ou reçues;
   c) Les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent.
2. L'obligation de conserver des documents, enregistrements ou informations conformément au paragraphe 1 ci-dessus ne s'étend pas aux informations qui n'ont d'autre objet que de permettre l'envoi ou la réception du message de données.
3. L'exigence visée au paragraphe 1 ci-dessus peut être satisfaite par recours aux services d'une autre personne, sous réserve que soient remplies les conditions visées aux alinéas *a*, *b* et *c* de ce paragraphe. [*Source:* Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, art. 10.]

Document officieux du Gouvernement des États-Unis d'Amérique sur les transactions électroniques

Pour encourager les transactions électroniques, les États-Unis d'Amérique sont en faveur d'un cadre juridique uniforme à la fois national et international qui reconnaisse et facilite les transactions électroniques dans le monde entier et leur donne force exécutoire.

I.

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a élaboré une Loi type sur le commerce électronique qui favorise l'utilisation commerciale des contrats internationaux dans le commerce électronique. Cette Loi établit des règles et des normes qui définissent les caractéristiques d'un écrit électronique valide et d'un document original, prévoit l'acceptabilité des signatures électroniques à des fins juridiques et commerciales et favorise l'admission des preuves informatiques. Elle valide et reconnaît également les contrats formés par des moyens électroniques, énonçant des règles par défaut pour la formation des contrats et la bonne exécution des contrats électroniques.

Beaucoup de pays, dont les États-Unis d'Amérique, se servent de cette Loi pour actualiser leurs propres lois commerciales, mais nombreux sont aussi ceux qui ne le font pas. Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique appuie l'adoption des principes habilitants contenus dans la Loi type par le biais d'un accord international contraignant, estimant que ce serait là un point de départ pour définir un ensemble international de principes commerciaux uniformes dans le domaine du commerce électronique.

II.

Sur le plan international, un certain nombre de pays envisagent ou ont déjà adopté une législation sur les signatures numériques visant à traiter spécifiquement des méthodes d'authentification comprenant des signatures numériques. La CNUDCI a récemment entrepris des travaux dans le domaine de l'authentification, incluant spécifiquement les signatures numériques, et examine actuellement des dispositions réglementaires types.

Après le début de ces travaux l'année dernière, de nouveaux modèles d'application et d'utilisation de la technologie des signatures numériques sont apparus. La multiplication des méthodes d'authentification et la complexité de leur utilisation commerciale suscitent des inquiétudes quant à l'élaboration à ce stade de règles juridiques détaillées sur des questions telles que les autorités de certification ou la responsabilité. Aux États-Unis d'Amérique, la plupart des États qui envisageaient l'adoption d'une législation sur les signatures numériques ont récemment rejeté des dispositions législatives énonçant des règles spécifiques pour ces signatures, préférant une législation habilitante plus générale qui favorise l'utilisation des signatures numériques et d'autres techniques d'authentification, sans imposer par ailleurs de mécanismes de responsabilité ou de licence.

Cette nouvelle approche législative reflète une évolution importante des marchés. En particulier, le marché semble peu enclin à se contenter dans un avenir proche d'un seul mécanisme d'authentification ou modèle d'application universel. Les parties semblent s'orienter vers un choix entre différents types de régimes d'authentification, en fonction de la nature de la transaction entre les parties et de leur relation antérieure, le cas échéant. Ainsi, une grosse entreprise pourra appliquer une méthode d'authentification pour le système électronique utilisé pour l'achat de marchandises chez ses fournisseurs, mais une autre pour les achats en ligne effectués par ses clients.

Les méthodes et techniques d'authentification, tout comme d'autres aspects du commerce électronique, évoluent rapidement. En ce qui concerne les signatures numériques, les applications de

la technologie sont aujourd'hui différentes des infrastructures à clef publique envisagées lorsque a été adoptée la première législation sur les signatures numériques. Ainsi, les signatures numériques peuvent être utilisées notamment pour établir l'âge ou les pouvoirs, ce qui peut aller au-delà de la simple vérification d'identité et de la non-répudiation. En outre, dans la plupart des cas, elles sont utilisées dans des systèmes fermés plutôt qu'ouverts. On reconnaît également que les signatures numériques sont employées pour un grand nombre de fins commerciales autres que celles qui avaient été envisagées à l'origine. Par exemple, l'émission de certificats à valeur minimale est déjà très répandue.

Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique appuie le développement de structures qui favoriseront plusieurs méthodes et techniques d'authentification et divers modèles d'application. L'élaboration de règles régissant la technologie des signatures numériques ou toute autre technologie d'authentification unique, à l'exclusion des autres approches, entraverait plutôt qu'elle n'encouragerait le développement du commerce électronique. Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique reconnaît, néanmoins, l'utilité du dialogue encouragé par la CNUDCI sur ces questions.

Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique estime que la CNUDCI devrait envisager de donner la priorité à une convention internationale sur les transactions électroniques. Cette convention permettrait d'éliminer les obstacles aux transactions électroniques liées à l'exigence du papier et de traiter les questions de l'authentification électronique.

III.

La CNUDCI devrait s'attacher à élaborer une convention sur les transactions électroniques qui aurait force obligatoire et comporterait deux éléments:

Partie A: Obligations générales — Ces obligations seraient notamment les suivantes: modification minimale des règles juridiques existantes et adoption minimale de nouvelles règles; neutralité quant aux techniques employées et à l'application; absence de discrimination à l'égard des technologies d'authentification et des applications commerciales provenant d'autres pays; élimination des obstacles inutiles au commerce. En outre:

Autonomie des parties — Les parties à une transaction devraient être autorisées, dans toute la mesure possible, à déterminer par contrat les méthodes techniques et commerciales d'authentification appropriées en ayant l'assurance que ces méthodes seront reconnues comme juridiquement contraignantes, qu'elles soient ou non visées expressément dans la législation ou la réglementation. Les clauses de toute convention (y compris les systèmes fermés) entre les parties régissant leur transaction devraient avoir force exécutoire quel que soit le cadre réglementaire régissant l'authentification électronique.

Toutes les techniques d'authentification et les méthodes commerciales peuvent servir à prouver l'authenticité — Lorsque la loi exige la preuve de l'authenticité ou de l'intégrité d'un message, une partie doit être autorisée à recourir à toute technique d'authentification ou méthode commerciale pour tenter de prouver l'authenticité, que cette technique ou cette méthode soit ou non expressément visée dans la législation ou la réglementation. (Comme dans le cas de l'authentification de documents matériels, une partie dénonçant la convention pourrait produire des preuves contestant son authenticité ou son intégrité et la question serait tranchée par le juge des faits.)

Partie B: Adoption d'éléments clefs de la Loi type sur le commerce électronique — Des dispositions habilitantes tirées des dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique définiraient un ensemble international de principes commerciaux uniformes pour le commerce électronique. La convention reconnaîtrait l'acceptabilité des signatures électroniques à des fins juridiques et commerciales, définirait les caractéristiques d'un écrit électronique valide et d'un document original et favoriserait l'admission des preuves électroniques et la conservation des enregistrements électroniques.

D. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-quatrième session (Vienne, 8-19 février 1999) (A/CN.9/457) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-14
I.	DÉBATS ET DÉCISIONS	15
II.	PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES	16-122
	A. REMARQUES GÉNÉRALES	16-21
	B. EXAMEN DES PROJETS D'ARTICLES	22-119
	Article A. Définitions	22-52
	Article E. Liberté contractuelle	53-64
	Article F. Obligations du détenteur de la signature	65-98
	Article G. Foi accordée à une signature électronique renforcée	99-107
	Article H. Obligations d'un certificateur d'informations	108-119
	C. AUTRES QUESTIONS À EXAMINER	120-122

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 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 était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente et unième session (A/CN.9/437). 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).

3. La Commission a approuvé les conclusions du Groupe de travail 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 que les Règles uniformes devraient être compatibles avec l'approche techniquement neutre adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (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 généralement 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[2].

5. Le Groupe de travail a commencé à élaborer le projet de Règles uniformes à sa trente-deuxième session en se fondant sur une note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.73).

6. À sa trente et unième session (1998), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/446). Elle a pris note avec satisfaction des efforts déployés par le Groupe de travail lors de l'élaboration du projet de Règles uniformes. On a noté qu'à ses trente et unième et trente-deuxième sessions le Groupe de travail avait eu manifestement beaucoup de mal à se mettre d'accord sur les nouveaux problèmes juridiques qui découlaient du recours accru aux signatures numériques et autres signatures électroniques. On a également fait observer qu'un consensus restait encore à réaliser sur la manière dont ces problèmes pouvaient être abordés dans un cadre juridique acceptable à l'échelon international. Toutefois, la Commission a estimé, dans l'ensemble, que les progrès accomplis jusqu'ici montraient que le projet de Règles uniformes sur les signatures électroniques prenait progressivement la forme d'une structure utilisable.

7. La Commission a réaffirmé la décision qu'elle avait prise à sa trente et unième session en ce qui concerne la faisabilité de l'élaboration de Règles uniformes et exprimé sa conviction que le Groupe de travail pourrait accomplir de nouveaux progrès 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). La Commission a également noté avec satisfaction que l'on reconnaissait généralement désormais que le Groupe de travail était une instance internationale particulièrement importante pour échanger des vues sur les problèmes juridiques que posait le commerce électronique et pour chercher des solutions à ces problèmes[3].

8. Le Groupe de travail a poursuivi la révision des Règles uniformes à sa trente-troisième session (juillet 1998) sur la base d'une note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76). Le rapport sur les travaux de cette session est publié sous la cote A/CN.9/454.

9. Le Groupe de travail sur le commerce électronique, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-quatrième session à Vienne du 8 au

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

[2] Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n°17* (A/52/17), par. 249 à 251.

[3] Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n°17* (A/53/17), par. 207 à 211.

19 février 1999. Ont assisté à cette session les représentants des États membres du Groupe de travail ci-après: Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Brésil, Burkina Faso, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Honduras, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Mexique, Nigéria, Paraguay, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour et Thaïlande.

10. Y ont également assisté des observateurs des États ci-après: Afrique du Sud, Angola, Arabie saoudite, Bélarus, Belgique, Bolivie, Canada, Croatie, Cuba, Géorgie, Guatemala, Indonésie, Irlande, Koweït, Liban, Maroc, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, République de Corée, Slovaquie, Suède, Suisse, Turquie et Uruguay.

11. Y ont en outre assisté les organisations internationales ci-après: Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), Commission économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations Unies (CEE/ONU), Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI), Banque africaine de développement, Commission européenne, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Union asiatique de compensation, Association européenne des étudiants en droit, Association internationale des ports (AIP), Association internationale du barreau, Chambre de commerce internationale (CCI), International Telecommunications User Group (INTUG), Internet Law and Policy Forum (ILPF), Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications (S.W.I.F.T.) et Union internationale des avocats (UIA).

12. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président:	M. Jacques GAUTHIER (Canada, élu à titre personnel);
Vice-Président:	M. PANG Khang Chau (Singapour);
Rapporteur:	M. Louis-Paul ENOUGA (Cameroun).

13. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.78); deux notes du secrétariat contenant un projet révisé de règles uniformes sur les signatures électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.79 et 80); et la note du secrétariat établie pour la trente-troisième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/WP.76), afin de permettre la poursuite du débat sur les questions relatives à la reconnaissance des signatures électroniques étrangères (projets d'articles 17 à 19).

14. 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: projet de Règles uniformes sur les signatures électroniques.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉBATS ET DÉCISIONS

15. Le Groupe de travail a examiné la question des signatures numériques sur la base des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76, 79 et 80). Il est rendu compte de ses débats et conclusions à ce sujet dans la section II ci-dessous. Le secrétariat a été prié d'élaborer, à partir de ces débats et conclusions, un ensemble de dispositions révisées, avec d'éventuelles variantes, pour examen par le Groupe de travail lors d'une session future.

II. PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

A. Remarques générales

16. Les membres du Groupe de travail ont tout d'abord échangé des vues sur les faits nouveaux en matière de réglementation découlant du commerce électronique, y compris l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, sur les signatures électroniques et sur les questions relatives à l'infrastructure à clef publique dans le contexte des signatures numériques. Les rapports établis aux niveaux gouvernemental, intergouvernemental et non gouvernemental confirmaient que l'on reconnaissait de plus en plus la nécessité de traiter les aspects juridiques du commerce électronique pour faciliter ce type de commerce et éliminer les obstacles aux échanges. Il a été signalé que plusieurs pays avaient récemment adopté, ou étaient sur le point d'adopter, une législation incorporant la Loi type ou traitant de questions connexes relatives à la facilitation du commerce électronique. Un certain nombre des propositions législatives portaient également sur les questions des signatures électroniques (ou, dans certains cas, plus particulièrement sur les signatures numériques). D'autres pays avaient créé, parfois en étroite collaboration avec le secteur privé, des groupes de travail qui étudiaient les changements à apporter à la législation pour faciliter le commerce électronique, envisageaient activement d'adopter la Loi type, préparaient les textes législatifs nécessaires et travaillaient sur les questions relatives aux signatures électroniques, y compris la mise en place d'infrastructures à clef publique ou d'autres projets sur des questions étroitement liées à ce sujet.

17. Le Groupe de travail a entamé l'examen des Règles uniformes en rappelant qu'il était à la fois souhaitable et possible d'établir des règles sur les signatures électroniques et qu'il était nécessaire de s'employer à harmoniser la législation dans ce domaine (voir par. 7 ci-dessus). On a fait remarquer qu'un certain nombre de références avaient été faites aux travaux entrepris sur les signatures numériques, et la diversité des lois promulguées sur cette technique particulière de signature montrait bien l'importance d'une harmonisation. On a également fait observer que si la Loi type était fondée sur une approche techniquement neutre, l'adoption d'une telle approche dans le projet de Règles uniformes, qui visaient diverses techniques de signature, était source de tension. Les membres du Groupe de travail s'accordaient sur la nécessité d'assurer une cohérence entre la Loi type et les Règles uniformes, en re-

connaissant cependant qu'il fallait, pour rédiger des dispositions attribuant des effets juridiques spécifiques à ces différents types de techniques de signature, parvenir à un équilibre qui pouvait être difficile à trouver. Les Règles uniformes devraient, a-t-on déclaré, mettre l'accent sur plusieurs points: les utilisations des signatures, ce qui pourrait impliquer l'examen des questions de l'équivalence fonctionnelle pour une signature "renforcée" ou à sécurité maximale; les conséquences, pour les parties concernées, de l'utilisation de diverses techniques de signature, y compris la conduite de ces parties (plutôt que d'essayer d'établir un lien entre un effet juridique particulier et l'utilisation de telle ou telle technique de signature électronique); et les questions de reconnaissance internationale.

18. Selon un avis, il était nécessaire de mieux préciser la relation entre l'article 7 de la Loi type et le projet de Règles uniformes. On s'est demandé s'il était vraiment nécessaire et souhaitable de partir de l'article 7, et on a fait observer qu'il pourrait être difficile de trouver un seul raccourci pour satisfaire à l'exigence très souple énoncée au paragraphe 1 *b* de cet article selon laquelle la fiabilité de la méthode d'identification utilisée devrait être "suffisante au regard de l'objet...". Il a été déclaré que la diversité des facteurs énumérés dans le Guide (voir par. 58 du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique) était utile pour tout examen de l'objet pour lequel la méthode était utilisée. On a rappelé que le Groupe de travail avait examiné cette question à plusieurs reprises lors de ses précédentes délibérations et que la version actuelle du projet de Règles uniformes n'y apportait pas de réponse. On a aussi exprimé la crainte que, en examinant une règle sur les types de techniques de signature qui pourraient satisfaire à l'exigence énoncée à l'article 7, on n'aboutisse à un texte dont le champ d'application serait jugé très limité par rapport aux transactions commerciales (qui ne devaient normalement satisfaire à aucune règle de droit particulière quant à la forme).

19. La question de la forme à donner au projet de Règles uniformes a été soulevée et on a noté à cet égard qu'il était important d'examiner la relation entre la forme et le contenu. S'agissant de la forme, différentes approches ont été proposées, à savoir l'adoption de règles contractuelles, de dispositions législatives ou de principes directeurs à l'intention des États envisageant d'adopter une législation sur les signatures électroniques. On a également soulevé, à ce propos, la question de la relation entre les Règles uniformes, en tant que dispositions législatives, et la Loi type. On a reconnu que l'examen, par le Groupe de travail, de l'utilisation de diverses techniques de signature, avait beaucoup contribué à faire progresser l'intelligence des questions pertinentes et que les documents du Groupe donnaient une bonne vue d'ensemble des notions de base. En attendant une décision finale quant à la relation entre les Règles uniformes et la Loi type, les membres du Groupe de travail ont généralement déclaré préférer que les Règles uniformes soient considérées comme un instrument séparé.

20. S'agissant du champ d'application de ces Règles, il a été généralement estimé que les questions relatives aux consommateurs ne devraient pas y être expressément traitées. Néanmoins, étant donné qu'elles pourraient, dans certains cas, être utiles aux consommateurs, il a été proposé d'adopter la formulation figurant dans la note ** relative à l'article premier de la Loi type. On a également estimé qu'en tout état de cause les transactions mettant en jeu des consommateurs, qui seraient visées par les Règles uniformes, devraient être limitées aux transactions commerciales comme indiqué dans la note *** relative à l'article premier de la Loi type (pour la poursuite du débat, voir par. 56 et 70 ci-dessous).

21. Le Groupe de travail a été d'avis que le texte du projet de Règles uniformes publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.80 (dénommé ci-après le document WP.80) constituait une base de discussion plus acceptable que celui qui figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.79 (dénommé ci-après le document WP.79). On a fait remarquer que le Groupe de travail pourrait utilement examiner le document WP.79 une fois qu'il aurait terminé l'examen du document WP.80 afin de voir s'il restait d'autres questions à traiter.

B. Examen des projets d'articles

Article A. *Définitions*

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

"Aux fins des présentes Règles:

a) Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données, ou jointes ou logiquement associées audit message et [pouvant être] utilisées pour [identifier le détenteur de la signature dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue].

b) Le terme "signature électronique renforcée" désigne une signature électronique qui [est créée et] peut être vérifiée par l'application d'une procédure de sécurité ou d'une combinaison de procédures de sécurité qui garantit que cette signature électronique:

i) est particulière au détenteur de la signature [aux fins pour lesquelles][dans le contexte où] elle est utilisée;

ii) peut être utilisée pour identifier objectivement le détenteur de la signature dans le cadre du message de données;

iii) a été créée et apposée au message de données par le détenteur de la signature ou à l'aide d'un moyen dont seul ce détenteur a le contrôle.

c) Le terme "détenteur de la signature" désigne une personne par qui, ou au nom de qui, une signature électronique renforcée peut être créée ou apposée à un message de données.

d) Le terme "certificateur d'informations" désigne une personne ou une entité qui, dans le cours de ses affaires, [fournit des services d'identification] [certifie des informations] qui servent à faciliter l'utilisation de signatures électroniques renforcées."

Alinéa a — Définition du terme “signatures électroniques”

23. On a fait valoir que, si l’on considérait la question de la définition de la signature électronique d’un point de vue général, une telle définition était superflue puisque la notion de signature électronique était bien connue et bien comprise. Selon un autre avis, il ne fallait pas utiliser le terme “signature”, car il laissait entendre que la notion juridique de signature était définie alors que les Règles uniformes visaient uniquement à réglementer l’utilisation de certaines technologies. Le terme “signature électronique”, tout comme le terme “signature numérique”, représentait une notion technique et ne devait pas être employé comme terme juridique indiquant l’existence d’un effet juridique. Selon un autre avis encore, aucune définition n’était nécessaire puisque la notion de “signature électronique” était suffisamment expliquée à l’article 7 de la Loi type.

24. En réponse aux arguments précédents, on a fait observer que le terme “signature électronique” ne pouvait pas avoir une acception uniquement technique puisqu’il ne faisait référence à aucune technique particulière de signature, mais visait à créer un lien entre diverses techniques et la notion juridique de signature. Pour ce qui était de savoir si l’article 7 de la Loi type traitait suffisamment la question de la définition d’une “signature” dans un environnement électronique, on a fait observer que cet article ne contenait pas de définition. Il avait pour objectif de fournir une règle d’équivalence fonctionnelle pour une série de situations où l’on substituait des dispositifs techniques aux signatures manuscrites traditionnelles. Selon un avis largement partagé, il faudrait traiter la question de la définition de la “signature électronique” en tenant compte de la structure du document WP.80. On a fait observer qu’une définition était nécessaire à deux titres: parce qu’en vertu du projet d’article B une signature électronique produisait des effets juridiques, et pour qu’il soit possible d’établir une définition de la signature électronique renforcée. Après un débat, il a été généralement estimé qu’il fallait prévoir une définition des termes “signature électronique”. Toutefois, selon un avis, une définition n’était pas nécessaire, car aucun effet juridique n’y serait attaché (voir par. 48 ci-dessous).

25. Diverses suggestions ont été formulées quant à la manière d’améliorer la définition du terme “signature électronique”. Selon l’une d’entre elles, largement appuyée, il fallait enlever les crochets entourant les mots “pouvant être”. De l’avis général, la définition ne devrait pas uniquement viser le cas où une signature électronique était effectivement utilisée mais indiquer plutôt que cette dernière constituait un dispositif technique de signature.

26. On a également fait valoir que l’emploi du terme “approuve” était trop subjectif et créait une incertitude dans la mesure où l’approbation dépendait des intentions du signataire au moment de la signature. On a suggéré d’employer un libellé plus objectif et proposé comme solution le texte ci-après, fondé sur un projet de directive du Parlement et du Conseil européens sur un cadre commun pour les signatures électroniques:

> “Le terme “signatures électroniques” désigne des données sous forme électronique jointes ou logiquement associées à d’autres données électroniques et servant de méthode d’authentification.”

27. En réponse à cette proposition, on a fait observer que l’emploi du terme “approuve” n’impliquait pas nécessairement une appréciation de l’intention subjective du signataire concernant, par exemple, les effets contractuels ou autres effets juridiques du message. Ce terme se limitait en fait à associer le signataire au message, ce qui constituait un élément nécessaire de la plupart des définitions existantes de tout type de signature, comme le montrait l’utilisation de la notion d’“approbation” à l’article 7 de la Loi type. Le Groupe de travail n’a pas adopté la solution proposée.

28. Afin de tenir compte de certaines des opinions et des craintes exprimées au cours du débat, il a été proposé de formuler plus clairement les éléments nécessaires à la définition d’une signature électronique en employant le libellé suivant:

> “Le terme “signature électronique” désigne des données sous forme électronique qui:
>
> *a)* sont contenues dans un message de données, ou jointes ou logiquement associées audit message;
>
> *b)* sont fournies par un signataire comme moyen de s’identifier;
>
> *c)* sont utilisées par un signataire pour indiquer qu’il approuve l’information contenue dans le message de données; et
>
> *d)* peuvent être utilisées pour vérifier cette identification”.

29. On a fait remarquer que les changements proposés avaient pour but de préciser, d’une part, que, si les données qui constituaient la signature électronique devaient servir de moyen d’identification du signataire, ces données pouvaient n’être utilisées à cette fin qu’un certain temps après la création de la signature, et, d’autre part, que la vérification des moyens d’identification pouvait être effectuée par le destinataire, le signataire ou un tiers, mais qu’elle devait être possible. Toutefois, compte tenu des observations précédemment formulées au sujet du mot “approbation”, il a été suggéré de supprimer l’alinéa *c*.

30. Le texte proposé a bénéficié d’un certain appui, mais des doutes ont été exprimés quant à l’utilité de l’alinéa *d*. Cet alinéa impliquait la participation possible de tiers à la vérification de la signature et n’était donc pas directement lié à la signature effective. En outre, il n’était peut-être pas nécessaire pour la catégorie générale des signatures électroniques puisque cette catégorie pouvait inclure des types de signature où une vérification n’aurait pas grand sens.

31. Il a été proposé, pour aligner la définition figurant dans le document WP.80 avec l’article 7 de la Loi type, de remplacer les mots “des données sous forme électronique contenues dans un message de données, ou jointes ou logiquement associées auxdits messages et” par les mots “toute méthode dans le cadre d’un message de données”, de manière que le libellé se lise comme suit:

> “Le terme “signature électronique” désigne toute méthode dans le cadre d’un message de données pouvant être utilisée pour [identifier le détenteur de la signature dans le cadre du message de données et indiquer qu’il approuve l’information qui y est contenue].”

32. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver la définition énoncée à l'alinéa *a* en enlevant tous les crochets. Il a également décidé qu'il fallait, pour permettre la poursuite du débat à un stade ultérieur, établir un projet de variante basé sur le libellé proposé ci-dessus (voir par. 31), qui faisait référence à l'utilisation d'une "méthode" comme dans l'article 7 de la Loi type.

Alinéa b — Définition du terme "signature électronique renforcée"

33. Il a été proposé de remplacer la notion de "signature électronique renforcée" par celle de "signature électronique certifiée", qui, a-t-on déclaré, correspondait mieux à la pratique des signatures numériques. Cette proposition a bénéficié d'un appui, mais il a été généralement estimé que la notion de signature "renforcée" était préférable dans la mesure où l'intervention d'un tiers pour certifier la signature ne serait pas toujours nécessaire.

34. Pour mieux exprimer l'idée que la signature électronique renforcée devait être à la fois unique en tant que signature et particulière au signataire, il a été proposé de remplacer l'alinéa *b* par le libellé suivant:

"Le terme "signature électronique renforcée" désigne une signature électronique dont on peut démontrer, par l'application d'une procédure de sécurité:

i) qu'elle était unique dans le contexte dans lequel elle a été utilisée; et

ii) qu'elle n'a été utilisée par nulle autre personne que le signataire".

35. Cette proposition a bénéficié d'un certain appui. Toutefois, on s'est demandé si les éléments de la définition contenus dans la nouvelle proposition ou dans les alinéas i à iii originaux ne créaient pas une différence de fond entre une "signature électronique" et une "signature électronique renforcée". Il a été proposé, pour exprimer la spécificité d'une "signature électronique renforcée", d'ajouter à l'alinéa *b* un libellé supplémentaire s'inspirant de l'alinéa *b* iv figurant dans le document WP.79, à savoir:

"iv) a été créée et est liée au message de données auquel elle se rapporte d'une manière telle que tout changement apporté audit message apparaîtrait".

36. L'ajout proposé a bénéficié d'un large appui, car il créait un lien nécessaire (et par ailleurs manquant) entre la signature renforcée et l'information contenue dans le message de données. On a déclaré que l'application d'une "signature électronique renforcée" devrait rendre plus difficile toute altération ultérieure du message, à peu près de la même façon que l'apposition d'une signature manuscrite rendait plus difficile la modification du contenu d'un document papier. On a en outre fait observer que, même si la fonction décrite à l'alinéa iv était analogue à la "fonction de hachage" qu'offraient les signatures numériques, toute autre technique de signature (par exemple, les techniques d'authentification fondées sur la dynamique des signatures) devrait pouvoir offrir le même niveau de fiabilité quant à l'intégrité du message. Une garantie à cet égard était d'autant plus nécessaire qu'il était facile d'apporter des changements indétectables à des documents électroniques.

37. On a fait valoir, à l'encontre de ce qui précède, que toutes les signatures électroniques offrant un degré élevé de sécurité n'assureraient pas la fonction mentionnée à l'alinéa iv, qui était caractéristique de certains types de signatures numériques seulement. Quant à un éventuel parallèle entre la fonction de hachage et la signature manuscrite, on a fait observer qu'une signature manuscrite n'offrait pas en elle-même une grande sécurité contre l'altération du document. S'agissant de la différence entre une "signature électronique" au sens de l'alinéa *a* et une "signature renforcée" au sens de l'alinéa *b* i à iii, on a déclaré que seule la signature "renforcée" impliquait intrinsèquement l'utilisation de procédures de sécurité pouvant donner de bonnes garanties objectives quant à l'identité du signataire. Selon une opinion, il fallait faire une distinction entre une telle fonction d'identification et la fonction de vérification de l'intégrité du message, qui pourrait n'être nécessaire que lorsque la loi exigeait un document original. S'agissant de la forme, on a déclaré que le libellé de l'alinéa iv risquait de donner lieu à une interprétation erronée, en particulier si la disposition selon laquelle toute altération du message de données devrait "apparaître" impliquait que la nature exacte de la modification serait explicite. Il a été proposé, si l'on conservait l'alinéa iv, d'employer un libellé fondé sur le texte de l'article 8-1 *a* de la Loi type (par exemple, "offre une garantie raisonnable quant à l'intégrité du message").

38. On a exprimé la crainte que l'ajout de l'alinéa iv dans la définition du terme "signature électronique renforcée" ne conduise à s'interroger sur la cohérence entre les Règles uniformes et l'article 8 de la Loi type. L'article 8, en effet, prévoyait que l'intégrité devait être garantie "à compter du moment où [l'information] a été créée pour la première fois sous sa forme définitive", alors que l'alinéa iv n'exigerait l'intégrité qu'à partir du moment où la signature était apposée. On a répondu, à ce propos, que la définition du terme "signature électronique renforcée" ne visait pas à traiter l'équivalence fonctionnelle entre un message de données et un document original à toutes les fins juridiques. En fait, elle avait pour but de veiller à ce qu'une signature électronique renforcée puisse identifier de façon fiable un message donné comme étant le message qui avait bien été envoyé.

39. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'un texte allant dans le sens de l'alinéa iv proposé devrait être ajouté entre crochets au texte de l'alinéa *b* ou, en tant que variante, au texte proposé au paragraphe 34 ci-dessus, pour que le débat puisse se poursuivre une fois qu'il aurait examiné les dispositions de fond du projet de Règles uniformes. Il pourrait être nécessaire, a-t-on estimé, de réexaminer la définition des termes "signature électronique renforcée" en même temps que l'architecture générale des Règles uniformes, une fois que l'on aurait clarifié l'objectif de la prise en considération de deux catégories de signature électronique, notamment en ce qui concernait leurs effets juridiques. Il pourrait être justifié de traiter les signatures électroniques offrant un degré élevé de fiabilité uniquement si les Règles uniformes prévoyaient un équivalent fonctionnel pour des utilisations spécifiques des signatures manuscrites (par exemple, les actes notariés, les signatures certifiées par des témoins et d'autres types de signatures certifiées). Cependant, on a fait également observer que l'unification ou l'harmonisation internationale de telles utilisations spécifiques des signatures manuscrites

pourrait être particulièrement difficile sans pour autant être d'une grande utilité pour l'immense majorité des transactions commerciales internationales. Si, pour ces raisons, de telles exigences de forme devaient demeurer en dehors du champ d'application des Règles uniformes, il faudrait peut-être préciser l'avantage supplémentaire à attendre de l'utilisation d'une "signature électronique renforcée" par rapport à une simple "signature électronique", éventuellement dans le contexte du projet d'article B. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait peut-être nécessaire de rouvrir le débat sur cette question à un stade ultérieur.

Alinéa c — Définition de l'expression "détenteur de la signature"

40. L'alinéa *c* a bénéficié quant au fond d'un appui général, mais il a été demandé si la définition de l'expression "détenteur de la signature" remplacerait simplement la définition du mot "signataire" figurant dans le document WP.79. On a fait valoir que, même si le détenteur de la signature et le signataire étaient dans la plupart des cas la même personne, il pourrait être nécessaire d'utiliser ces deux notions pour établir une distinction entre l'acte de signature et la simple possession d'un dispositif de signature. Les discussions ont été axées sur la définition de l'expression "détenteur de la signature", mais il a été largement admis qu'il pourrait être nécessaire de rouvrir le débat ultérieurement sur la définition qui pourrait être donnée du mot "signataire".

41. Plusieurs avis ont été exprimés quant à la formulation exacte de l'alinéa *c*. Selon un avis, la définition ne devrait pas uniquement viser les cas où une "signature électronique renforcée" était utilisée, mais elle devrait être étendue aux cas où des dispositifs de signature étaient employés dans le cadre de simples "signatures électroniques". Dans la mesure où le "détenteur de la signature" pouvait avoir des droits et des obligations en vertu des projets d'articles E, F et G, il n'y avait pas de raisons pour que les mêmes droits et obligations ne soient pas applicables aux utilisateurs des "signatures électroniques" en général. On a toutefois mis en garde contre le fait d'imposer à tous les utilisateurs de signatures électroniques les obligations créées pour le détenteur de la signature en vertu de ces articles. Par exemple, conformément à la législation de certains pays, le simple fait de dactylographier le nom du signataire à la fin d'un message électronique pourrait suffire pour constituer une "signature". Cependant, il n'était peut-être pas opportun de prévoir que le signataire devrait protéger ces "signatures" dans la même mesure que le "détenteur de la signature" devrait protéger le "dispositif de signature" contenant une clef privée dans le cadre d'une infrastructure à clef publique. Il a été généralement convenu que cette question devrait être examinée plus à fond dans le contexte des projets d'articles E à G.

42. Selon un avis largement partagé, il faudrait que l'alinéa *c* ne s'applique qu'au détenteur "légitime" du dispositif de signature, à savoir la personne dont les droits et obligations étaient mentionnés dans les articles suivants des Règles uniformes. Ainsi, toute personne entrant en possession d'un dispositif de signature de façon frauduleuse ne devait pas être protégée par ces Règles.

43. On a craint que les mots "au nom de qui" ne soulèvent des questions concernant le droit de la représentation des entités juridiques, sur lequel les Règles uniformes ne devraient pas empiéter. En réponse à cette observation, il a été indiqué qu'un libellé analogue avait été introduit dans la définition du mot "expéditeur" conformément à la Loi type, étant entendu que toute incidence concernant la représentation serait traitée par référence au droit applicable en dehors de la Loi type. De l'avis général, la même hypothèse devrait être retenue dans le cadre des Règles uniformes (voir par. 90 ci-dessous).

44. On a craint également que la notion de "détenteur de la signature" ne soit incompatible avec la notion d'"expéditeur" au sens de la Loi type. En réponse à cette observation, il a été indiqué que, même si le détenteur de la signature et l'expéditeur pouvait être la même personne, il était justifié de conserver deux définitions, compte tenu de leur objet distinct. La notion d'expéditeur était utilisée pour déterminer la personne à laquelle le message était attribuable, alors que le détenteur de la signature devait être identifié pour déterminer la personne à qui incombaient les obligations concernant la gestion du dispositif de signature.

45. D'un point de vue rédactionnel, on a estimé que la notion de "détenteur du dispositif de signature" était plus judicieuse, mais certainement plus difficile à manier, que la notion de "détenteur de la signature".

46. Pour tenir compte de certains des avis et préoccupations qui avaient été exprimés, il a été proposé d'examiner un nouveau texte pour l'alinéa *c* libellé comme suit:

> "Le terme "signataire" désigne une personne qui détient légitimement un dispositif de création de signature et agit soit en son nom propre, soit au nom de l'entité qu'il représente".

47. Le Groupe de travail n'a pas conclu ses délibérations sur l'alinéa *c*. Au cours de l'échange de vues auquel a donné lieu la définition de l'expression "détenteur de la signature", on a estimé que le champ d'application de la définition (de même que le champ d'application du projet de Règles uniformes en général) était trop large et que de ce fait les différentes règles qui y figuraient étaient trop générales pour régler efficacement les difficultés rencontrées dans la pratique en ce qui concerne les infrastructures à clefs publiques dans le cadre desquelles les signatures numériques étaient utilisées (pour la poursuite du débat, voir par. 66 ci-dessous).

48. Le Groupe de travail a engagé un débat général sur le champ d'application des Règles uniformes. Compte tenu des diverses observations et préoccupations exprimées précédemment au cours des discussions, il a été proposé que les notions de signature électronique et de signature électronique renforcée ne soient pas utilisées dans les Règles uniformes, car elles n'étaient pas en fait des "signatures" mais plutôt des techniques qui permettaient d'identifier l'expéditeur d'un message de données et d'identifier les messages qui étaient envoyés. En conséquence, il n'y avait pas de raison d'utiliser le mot "signature" pour décrire ces techniques et, en fait, si on l'utilisait, cela pourrait créer

des confusions en ce sens que le mot "signature" avait des significations étroitement associées à son utilisation dans l'environnement papier et aux effets juridiques de cette utilisation dans cet environnement (voir par. 23 et 24 ci-dessus). Il a été proposé que l'article 7 de la Loi type renferme une règle, pour autant qu'une telle règle soit nécessaire, qui traiterait suffisamment de l'équivalent fonctionnel des signatures dans les environnements papier et électronique. Formuler une règle indiquant quelles techniques de signature satisferaient au critère prévu à l'article 7 n'était pas judicieux compte tenu de ces facteurs et aussi des difficultés rencontrées pour faire en sorte que des technologies qui n'avaient pas encore été élaborées puissent entrer dans le champ d'application d'une telle disposition. En outre, selon un avis, il n'y avait pas lieu d'adopter une règle unique pour indiquer quelle technique de signature satisferait aux dispositions de l'article 7 de la Loi type, compte tenu de la diversité de la notion de "signature" dans les différentes traditions juridiques.

49. Selon une autre proposition, le Groupe de travail devrait envisager les technologies qui avaient été mises au point et qui étaient actuellement utilisées dans les transactions commerciales, comme les techniques de signature numérique dans une infrastructure à clef publique. Lorsque les règles régissant les infrastructures à clef publique auraient été arrêtées, il serait possible d'envisager si ces règles peuvent s'appliquer plus largement. Cela étant, il a été proposé que le Groupe de travail n'examine pas les projets d'articles A à D du document WP.80 mais fasse porter son attention sur les projets d'articles F à H du même document, dans le cadre des infrastructures à clef publique (voir par. 4 ci-dessus).

50. Cette proposition a été largement appuyée, mais on a craint qu'un examen axé essentiellement sur les infrastructures à clef publique ne soit trop restrictif et risque de porter préjudice à d'autres technologies. On a estimé qu'il ne faudrait pas écarter les projets d'articles A à D sans les examiner de façon plus approfondie, mais que cet examen pourrait être reporté après le débat sur les projets d'articles F à H. On a fait observer que le projet d'article B, en particulier, pourrait jouer un rôle important dans la définition du champ d'application des articles F à H. En outre, on a fait valoir que l'article E, qui traitait du principe de l'autonomie des parties, serait important pour aborder l'examen des obligations des parties dans les articles F à H. Selon une autre proposition, la question de la reconnaissance internationale des signatures numériques et certificats étrangers, traitée dans les projets d'articles 17 à 19 du document A/CN.9/WG.IV/WP.76, devrait aussi être examinée dans le cadre des règles régissant les infrastructures à clef publique. Il a également été indiqué que le document WP.79 pourrait jouer un rôle utile pour déterminer s'il y avait d'autres questions (outre celles évoquées dans les projets d'articles E à H et les questions de reconnaissance internationale) qui pourraient être examinées dans le cadre des règles régissant les infrastructures à clef publique.

51. Il a été généralement convenu que le Groupe de travail devrait poursuivre l'examen de ces questions, étant entendu qu'il concentrerait tout d'abord son attention sur les règles applicables aux infrastructures à clef publique exposées dans les projets d'articles E à H du document WP.80 et qu'il pourrait peut-être envisager d'étendre ces règles une fois qu'elles auraient été arrêtées; que la question de la neutralité quant aux techniques utilisables et des effets juridiques des infrastructures à clef publique ne serait pas examinée plus avant à ce stade mais qu'il en serait tenu compte ultérieurement dans la poursuite des débats; et que les questions relatives à la reconnaissance internationale viendraient s'ajouter aux thèmes à examiner. Il a été admis que dans la mesure où le document WP.80 n'avait pas été rédigé dans cette optique il devrait être uniquement considéré comme point de départ des discussions. S'agissant de la forme des Règles uniformes, puisque aucune décision finale ne pouvait être arrêtée à ce stade, le Groupe de travail a retenu comme hypothèse de travail que les dispositions en cours d'élaboration seraient des règles juridiques assorties de commentaires, et non simplement des principes directeurs (pour la poursuite du débat, voir par. 72 ci-dessous).

52. Le Groupe de travail est ensuite passé à l'examen quant au fond des projets d'articles E à G.

Article E. *Liberté contractuelle*

53. Le texte de l'article E examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "Le détenteur d'une signature ou toute personne qui peut se fier à la signature électronique dudit détenteur peut déterminer qu'entre eux la signature électronique doit être traitée comme une signature électronique renforcée."

54. Puisque le Groupe de travail devait examiner la question de l'autonomie des parties dans le cadre de l'infrastructure à clef publique, on a estimé que le projet d'article E était peut-être trop étroitement circonscrit et qu'il fallait replacer la question dans un contexte plus large. Si, de l'avis général, toutes les parties commerciales devraient être libres de contracter et de répartir les risques entre elles, il pourrait être néanmoins nécessaire d'énoncer certaines limites, par exemple, en ce qui concernait la protection des consommateurs ou d'autres questions d'ordre public.

55. Pour faciliter le débat sur une notion plus large de l'autonomie des parties, le texte suivant a été proposé:

> "1. Les présentes Règles visent uniquement les relations commerciales et ne sont pas appliquées de manière à être en conflit avec une loi relative à la protection des consommateurs.
>
> 2. Les parties commerciales sont libres, par convention expresse ou tacite, de modifier tout aspect des présentes Règles ou de s'en écarter.
>
> (Le Commentaire indiquerait qu'"Aucune des dispositions des présentes Règles n'est impérative".) (Le Commentaire indiquerait que cette disposition sur l'autonomie des parties se rapporte uniquement aux présentes Règles et qu'elle n'a pas d'incidences sur les dispositions d'ordre public ou sur les dispositions impératives applicables aux contrats, telles que les dispositions relatives aux contrats léonins.)

3. Aucune des dispositions des présentes Règles n'est appliquée de façon à exclure, restreindre ou pénaliser toute autre forme de signature électronique [satisfaisant aux exigences de l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique] [apposée à un message de données et suffisamment fiable au regard de l'objet pour lequel ledit message a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.]."

56. Les membres du Groupe de travail se sont généralement déclarés favorables à un article allant dans le sens de la proposition susmentionnée. S'agissant de la forme, il a été proposé d'aligner la référence aux consommateurs, au paragraphe 1 du projet d'article, sur le libellé de la note ** relative à l'article premier de la Loi type, qui était ainsi rédigée: "La présente loi ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur" (voir par. 20 ci-dessus et par. 70 ci-dessous). Il a aussi été proposé de supprimer le second libellé entre crochets dans le paragraphe 3, puisque la référence à l'article 7 de la Loi type était la variante la plus appropriée. En outre, pour aligner le libellé sur l'article 7, il faudrait aussi remplacer les mots "signature électronique" par le mot "méthode". Il a été proposé par ailleurs de remplacer le titre du projet d'article E par "autonomie des parties". Ces propositions ont bénéficié d'un appui général.

57. On a fait valoir que la référence à une convention entre les parties ne traitait pas de façon suffisamment claire la question d'un préjudice éventuel pour les tiers non parties à la convention. Pour veiller à ce que toute convention entre les parties ne puisse pas avoir d'effets sur les tiers, il a été proposé d'adopter, en s'inspirant du projet d'article E, des termes indiquant que les parties étaient libres de s'accorder "entre elles" sur certains effets. Cette proposition a été largement appuyée.

58. On a exprimé quelques inquiétudes quant au sens du paragraphe 3 et à sa relation avec les paragraphes 1 et 2. On a fait observer que si les paragraphes 1 et 2 portaient clairement sur la question de l'autonomie des parties, le paragraphe 3, par contre, introduisait un nouveau principe, à savoir celui de la non-discrimination. Sans examiner plus avant la teneur de cette disposition au stade actuel, il a été proposé de faire du paragraphe 3 un article séparé. Cette proposition a été largement appuyée. Quant au sens de ce paragraphe, on a fait valoir qu'une telle disposition n'était pas nécessaire puisque le projet de Règles n'avait pas pour objet de privilégier une technique ou une autre, même s'il était axé sur l'infrastructure à clef publique. Il a été largement estimé, cependant, qu'en attendant une décision finale du Groupe de travail sur la question de savoir si les Règles uniformes traiteraient de conséquences juridiques particulières de l'utilisation des signatures numériques et autres signatures électroniques il était utile d'avoir une disposition allant dans le sens du paragraphe 3.

59. Une autre crainte a été exprimée concernant l'article proposé sur l'autonomie des parties, à savoir que dans le contexte du projet d'article F, qui visait les obligations à la fois contractuelles et extracontractuelles, il pouvait permettre aux parties de convenir de modifier la responsabilité délictuelle. On a fait valoir, en réponse à cet argument, que dans les relations commerciales les parties devaient être libres de modifier ces obligations et, par exemple, d'accepter un niveau de responsabilité délictuelle supérieur ou inférieur à celui qui était normalement prévu par la loi.

60. Pour tenir compte des diverses opinions et préoccupations exprimées au cours du débat, la proposition initiale a été modifiée comme suit:

"1. Les présentes Règles régissent uniquement les relations commerciales et ne sont pas appliquées de manière à se substituer à toute loi visant à protéger les consommateurs.

2. Les parties commerciales sont libres, par convention expresse ou tacite, entre elles, de modifier tout aspect des présentes Règles ou de s'en écarter.

(Le Commentaire indiquerait qu'"Aucune des dispositions des présentes Règles n'est impérative".)

(Le Commentaire indiquerait que cette disposition sur l'autonomie se rapporte uniquement aux présentes Règles et n'a pas d'incidences sur les dispositions d'ordre public ou sur les dispositions impératives applicables aux contrats [, telles que les dispositions relatives aux contrats léonins].)

(Le Commentaire pourrait traiter de la signification des termes "entre elles".)

3. Aucune des dispositions des présentes Règles n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou pénaliser toute autre méthode [de signature] satisfaisant aux exigences de l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique."

61. La proposition révisée a bénéficié d'un large appui quant au fond. Toutefois, on a estimé que le principe de l'autonomie des parties pourrait être exprimé de façon plus succincte. Quelques doutes ont également été émis sur la question de savoir si les règles devraient être limitées aux relations commerciales, comme indiqué au paragraphe 1 de la proposition, ou si les projets d'articles F à H pourraient également être utiles en ce qui concernait les consommateurs. Il a été suggéré d'appliquer les règles de la même manière aux consommateurs et aux parties commerciales, à condition qu'elles n'aient pas d'incidences sur les dispositions impératives concernant la protection des consommateurs. Selon un avis, la référence aux dispositions impératives ou aux dispositions d'ordre public devrait être transférée du commentaire pour être explicitement énoncée dans le texte de la règle proposée.

62. Pour tenir compte de certaines des préoccupations exprimées à propos des paragraphes 1 et 2, le libellé suivant a été proposé:

"Les présentes Règles s'appliquent uniquement dans la mesure où les parties n'en ont pas convenu autrement et ne se substituent à aucune disposition impérative ou disposition d'ordre public."

Cette proposition a bénéficié d'un certain appui.

63. On a fait observer que, pour bien comprendre qu'elle était la portée d'un article sur l'autonomie des parties, il pourrait être important d'examiner la nature des projets

d'articles F à H. Selon un avis, ces projets d'articles devaient combler des lacunes ou servir de règles par défaut s'appliquant lorsque les parties n'avaient conclu aucune convention sur les questions visées. Selon un autre avis, ils s'appliqueraient sauf si les parties en convenaient autrement. L'opinion selon laquelle les projets d'articles F à H devraient servir à combler des lacunes a bénéficié d'un large appui.

64. Après un débat, le Groupe de travail a conclu que tant les propositions détaillées que la proposition concise concernant un nouvel article sur l'autonomie des parties visaient le même principe. Il a été convenu que, pour continuer le débat à une prochaine session, il faudrait que l'article révisé sur l'autonomie des parties traite de la législation relative à la protection des consommateurs, soit centré sur les relations commerciales, telles que définies dans la note **** relative à l'article premier de la Loi type, garantisse la liberté contractuelle des parties et préserve les lois impératives. Il a donc été décidé que ces principes sur l'autonomie des parties formeraient une base satisfaisante pour l'examen des projets d'articles F à H et que le débat sur la question pourrait être repris à un stade ultérieur, à la lumière de l'examen de ces projets d'articles. S'agissant de la nécessité d'une disposition sur la non-discrimination, question soulevée lorsqu'il avait été proposé d'inclure un article plus détaillé sur l'autonomie des parties, aucune décision n'a été prise. Il a été convenu d'en reporter l'examen après celui des projets d'articles F à H.

Article F. *Obligations du détenteur de la signature*

65. Le texte de l'article F examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. Le détenteur d'une signature a l'obligation:

a) de faire preuve de la diligence voulue pour éviter l'utilisation non autorisée de sa signature;

b) d'avertir [les personnes voulues] [aussitôt que possible] si sa signature est compromise et pourrait être utilisée pour créer des signatures électroniques renforcées non autorisées;

c) de veiller, de bonne foi, à ce que toutes les déclarations faites par lui aux certificateurs d'informations et aux parties se fiant à la signature soient exactes et complètes.

2. Le détenteur d'une signature est responsable des conséquences de l'inexécution des obligations énoncées au paragraphe 1."

Remarques générales

66. Avant de conclure, provisoirement, ses délibérations sur la définition des termes "détenteur de la signature" au projet d'article A (voir par. 40 à 47 ci-dessus), le Groupe de travail s'était demandé si ledit détenteur devrait satisfaire aux obligations énoncées au projet d'article F. Il a été rappelé que, puisque le terme "signature" renvoyait à un dispositif technique et non à la notion juridique de signature, le terme "détenteur de la signature" pourrait donner lieu à des interprétations erronées. Selon un avis, les termes "détenteur du dispositif" seraient préférables. On a aussi rappelé que, compte tenu de la décision du Groupe de travail d'examiner tout d'abord les questions relatives à l'infrastructure à clef publique avant d'étendre éventuellement le champ d'application des Règles uniformes à d'autres techniques de signature électronique, il serait peut-être plus approprié d'employer la terminologie établie dans ce domaine. En conséquence, des termes tels que "abonné" ou "détenteur de la clef" seraient peut-être préférables. Si tous les membres du Groupe de travail sont convenus qu'il fallait remplacer le terme "détenteur de la signature" par une formulation plus appropriée, aucune décision définitive n'a été prise à cet égard. Il a été décidé qu'il faudrait peut-être réexaminer et définir à un stade ultérieur les termes "détenteur du dispositif", "détenteur du dispositif de signature", "détenteur de la clef" et "abonné", qui avaient tous été employés comme synonymes pendant le débat.

67. On a fait observer, au cours de ce débat, que les notions de "détenteur de clef" et d'"abonné" pourraient correspondre à des stades différents du cycle de vie d'une paire de clefs. En effet, si la paire de clefs était normalement créée avant la demande de certificat, les Règles uniformes, par contre, devraient s'appliquer uniquement aux clefs et aux détenteurs de clefs, à compter de l'émission (ou de la demande) d'un certificat d'identification pour permettre l'utilisation pratique des clefs. Cet argument a bénéficié d'un certain appui mais, selon l'avis qui a prévalu, si le détenteur de la clef ne devrait avoir d'obligations que pour les paires de clefs effectivement protégées par un certificat (c'est-à-dire au moment où le certificat était émis), en revanche son devoir de protéger ces clefs certifiées contre toute utilisation abusive devrait être rétroactif jusqu'au moment de la création de la paire de clefs.

68. S'agissant de la référence générale à l'infrastructure à clef publique et à la terminologie qui s'y rapporte, on a estimé que le jeu des relations entre trois types distincts de parties (c'est-à-dire les détenteurs des clefs, les autorités de certification et les parties se fiant à la signature) correspondait à un modèle possible d'infrastructure à clef publique mais que d'autres modèles étaient concevables, où il n'y avait pas, par exemple, d'autorité de certification indépendante. Les membres du Groupe de travail ont généralement accepté cet avis. Ils ont cependant estimé dans l'ensemble que le fait de se concentrer sur les questions relatives à l'infrastructure à clef publique avait notamment pour grand avantage de permettre de structurer plus facilement les Règles uniformes autour de trois fonctions (ou rôles) relatives aux paires de clefs, à savoir la fonction d'émetteur de la clef (ou d'abonné), la fonction de certification et la fonction de confiance. De l'avis général, ces trois fonctions étaient communes à tous les types d'infrastructure à clef publique et devaient être traitées, qu'elles soient remplies par trois entités séparées ou que deux d'entre elles soient remplies par la même entité (par exemple, lorsque l'autorité de certification était également la partie se fiant à la signature). En outre, on a largement estimé qu'il serait plus facile d'établir, à un stade ultérieur, une règle entièrement neutre quant aux techniques utilisées si l'on se concentrait sur les fonctions caractéristiques de l'infrastructure à clef publique et non sur tel ou tel modèle particulier (pour la poursuite du débat, voir par. 109 ci-dessous).

69. Le Groupe de travail s'est ensuite penché sur la question de savoir qui pourrait être tenu de satisfaire aux obligations énoncées au projet d'article F. Il a été largement estimé qu'il faudrait prendre uniquement en considération le détenteur "légitime" de la clef. En outre, il a été convenu que seul un détenteur sachant qu'il était en possession d'une paire de clefs et ayant exprimé l'intention d'utiliser la clef devrait être tenu de satisfaire à ces obligations. On a établi, à cet égard, un parallèle entre la détention d'une paire de clefs et la détention d'une carte de crédit. On s'est rendu compte, toutefois, qu'il faudrait aussi tenir compte d'autres types de situations. Par exemple, un acheteur potentiel pourrait recevoir d'un vendeur une paire de clefs devant servir à sécuriser les opérations possibles avec ce vendeur. Une telle paire de clefs pourrait être envoyée par une messagerie électronique, sans que le destinataire du message soit au courant de l'émission et de l'attribution de cette paire de clefs. Les membres du Groupe de travail se sont accordés à penser que, dans un tel cas, le bénéficiaire de la paire de clefs ne devrait pas correspondre à la définition du "détenteur de la clef" et qu'il ne devrait avoir aucune obligation au titre des Règles uniformes. On a fait observer que la notion de "soin raisonnable" pourrait être suffisante dans une telle situation puisqu'on ne pouvait attendre aucun "soin raisonnable" concernant la paire de clefs d'un détenteur n'étant pas au courant.

70. Lors du débat sur la question de savoir qui serait tenu de satisfaire aux obligations énoncées dans le projet d'article F, le Groupe de travail a examiné les conséquences de sa décision précédente de traiter les questions concernant la législation relative à la protection des consommateurs par une disposition analogue à la note ** relative à l'article premier de la Loi type. On a estimé que (tout au moins dans la législation d'un petit nombre de pays), même lorsque le détenteur d'une clef avait exprimé l'intention d'utiliser une paire de clefs, les obligations énoncées au projet d'article F pourraient être jugées trop dures si ledit détenteur était considéré comme un consommateur. S'il a été généralement estimé que, dans un grand nombre de pays, l'obligation générale de diligence figurant dans le projet d'article F s'appliquerait également aux consommateurs, le Groupe de travail a toutefois réaffirmé sa décision de ne pas se lancer dans l'établissement de règles particulières visant les consommateurs pour le commerce électronique. Il a été rappelé qu'en vertu de cette décision, cependant, les consommateurs ne devaient pas être exclus du champ d'application des Règles uniformes et qu'il incomberait à chacun des États adoptant ces dernières de décider de la nécessité d'exclure certaines catégories d'utilisateurs de clefs de ce champ d'application (voir par. 20 et 56 ci-dessus).

71. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir envers quelle(s) personne(s) le détenteur de la clef avait les diverses obligations énoncées au projet d'article F. Selon un avis, il avait des obligations soit envers l'autorité de certification, soit envers toute autre partie pouvant se fier à une signature numérique dans le cadre de relations contractuelles avec lui. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, le détenteur de la clef avait des obligations envers toute partie qui pourrait raisonnablement se fier à une signature numérique, que cette partie soit ou non liée au détenteur par une relation contractuelle. Les relations entre le détenteur de la clef et une autorité de certification ou un émetteur de clefs indépendant seraient normalement de nature contractuelle, mais la relation entre le détenteur de la clef et les parties se fiant à la signature pourrait soit être de nature contractuelle dans le cadre d'une opération commerciale, soit fondée sur la responsabilité délictuelle. Étant donné la nature générale des obligations, on a estimé qu'il serait plus exact de parler au projet d'article F des "devoirs" du détenteur de la clef plutôt que de ses "obligations". Le Groupe de travail a pris note de cette proposition. De l'avis général, le texte des Règles uniformes devrait clairement établir que le détenteur de la clef avait des obligations envers toute partie qui se fiait raisonnablement à l'utilisation d'une clef et subissait un préjudice du fait de l'inexécution par le détenteur de cette clef de ses obligations. Il a aussi été convenu qu'aux fins du projet d'article F les "parties se fiant raisonnablement" à l'utilisation d'une clef devraient inclure les autorités de certification.

72. Dans le cadre du débat général sur le projet d'article F, on a déclaré qu'il était trop ambitieux de s'employer, comme on le faisait actuellement, à établir dans les Règles uniformes une série de dispositions normatives de caractère législatif (voir par. 19 et 51 ci-dessus) et qu'il pourrait donc être plus facile de régler les questions traitées dans ces Règles si l'on reconsidérait l'objet et la nature de l'ensemble du projet. Deux autres possibilités ont été proposées. La première consistait à limiter la teneur des Règles à une disposition législative type de caractère général, qui aurait pour effet d'offrir la reconnaissance la plus large possible à l'autonomie des parties. Le reste des questions actuellement traitées dans les Règles uniformes pourraient l'être dans un guide juridique visant à aider les parties à structurer leurs contrats concernant les questions relatives aux signatures électroniques. La seconde possibilité consistait à traiter l'ensemble des questions faisant l'objet des Règles uniformes dans un guide législatif, éventuellement accompagné de dispositions données à titre d'exemples. On a fait remarquer que l'hypothèse de travail actuelle qui était d'élaborer des dispositions législatives types accompagnées d'un guide législatif pourrait, dans la pratique, ne pas être très différente de la dernière possibilité proposée, mais, selon l'avis de la très grande majorité, le Groupe de travail devrait poursuivre sa tâche (dont l'importance a été réaffirmée, bien que certaines délégations aient mis en doute sa faisabilité) sur la base de l'hypothèse de travail actuelle (voir par. 51 ci-dessus). On a fait observer que, le cas échéant, il pourrait envisager de laisser le choix, dans le texte des Règles uniformes, entre plusieurs formulations.

Paragraphe 1

Alinéa a

73. Il a été largement admis que des éléments supplémentaires devraient être insérés parallèlement à la notion exprimée par le membre de phrase "éviter l'utilisation non autorisée de la clef". On a estimé que le détenteur de la clef devrait être dans l'obligation d'éviter de faire un emploi abusif de la clef et de faire preuve de la diligence voulue en assurant le contrôle de la clef et le contrôle des informations contenues dans le dispositif de signature ou utilisées en liaison avec le dispositif de signature pour créer une signature numérique. Il a été généralement convenu que la notion de "contrôle" de la clef et des in-

formations qu'elle contenait était essentielle, en particulier pour déterminer le moment à compter duquel le détenteur de la clef devait se conformer aux obligations énoncées dans le projet d'article F. En particulier, dans les cas où le contrôle de la clef était transféré à plusieurs détenteurs successifs, le projet d'article F devrait préciser que seule la personne qui exerçait le contrôle de la clef était dans l'obligation de la protéger.

74. S'agissant du débat sur le point de savoir qui contrôlait la clef, il a été demandé si, à un moment donné, il pouvait y avoir plus d'un détenteur d'une même clef. Il a été proposé d'ajouter au paragraphe 1 un libellé tel que: "dans le cas [de codétenteurs] [où plus d'une personne a le contrôle de la clef], les obligations prévues au paragraphe 1 sont conjointes". Le Groupe de travail a pris note de cette proposition et décidé qu'elle devrait apparaître dans le projet révisé des Règles uniformes à élaborer pour poursuivre le débat lors d'une session ultérieure.

75. S'agissant des mots "faire preuve de la diligence voulue", on a fait observer que le projet d'article F se fondait sur l'hypothèse que la responsabilité du détenteur de la clef reposait sur la notion de diligence (ou, en d'autres termes, "de responsabilité pour négligence") plutôt que sur la notion de stricte responsabilité.

Alinéa b

76. Une règle allant dans le sens de l'alinéa *b* a suscité l'adhésion générale. On a fait observer que les mots placés entre crochets renvoyaient à deux questions importantes qu'il fallait préciser: les personnes à avertir et le moment auquel il fallait les avertir.

77. S'agissant de la première question, selon un avis, il ne fallait pas faire référence aux parties à notifier ou du moins ces parties ne devraient pas être précisées dans la mesure où différents organismes pouvaient être compétents lorsqu'il y avait répartition des fonctions des autorités de certification. Il a été proposé que cette question soit étudiée plus à fond ultérieurement, lorsque la portée des obligations visées dans ces règles aurait été précisée et que la question des personnes auxquelles elles s'appliquaient aurait été réglée. À ce moment, on pourrait expressément mentionner dans cet article les personnes concernées. Pour les mêmes raisons, il a été proposé de conserver les mots "les personnes voulues".

78. S'agissant du moment auquel il faudrait donner notification, il a été proposé de retenir les mots "sans retard excessif" car cette formule était bien comprise et largement utilisée dans un certain nombre de juridictions et offrait un degré de souplesse approprié.

79. À ce sujet, il a été demandé également à quel moment l'obligation d'avertir s'imposait. Selon une possibilité qui a été exposée, cette obligation devrait s'imposer au moins dès qu'il y a eu connaissance du fait que la clef était compromise, mais on a estimé que l'obligation pourrait intervenir avant ce moment s'il pouvait être établi que le détenteur de la clef aurait dû savoir que la clef était compromise. Selon un autre avis, l'obligation d'avertir s'imposait lorsque le détenteur de la clef avait "des raisons suffisantes de soupçonner" ou "avait des raisons plausibles de soupçonner" que la clef était compromise ou qu'elle était ou aurait pu être compromise. On s'est demandé s'il y avait une différence entre le critère de connaissance dans la première proposition et le fait que la clef soit compromise dans la deuxième. Différents avis ont été exprimés quant à la question de savoir si ces normes étaient les mêmes ou si elles parvenaient au même résultat, ou si le résultat dans chaque cas était souhaitable. S'agissant du dernier point, selon un avis, le fait d'attribuer la responsabilité au motif que la clef "aurait pu être compromise" imposait une trop lourde charge au détenteur de la clef et risquait de décourager l'utilisation de cette technologie. Après un échange de vues, le Groupe de travail est convenu d'une manière générale que ces deux normes devraient être incluses dans un projet révisé de l'alinéa *b* qui serait examiné ultérieurement.

80. Il a été proposé que la règle énoncée à l'alinéa *b*, si elle traitait essentiellement de la question de la négligence, soit complétée par une règle portant sur la répartition des risques. Si la question des risques devait être envisagée, il serait alors nécessaire de décider à quel moment le risque était transféré du détenteur de la clef: lorsque la notification était donnée, lorsque la notification était reçue ou lorsqu'il était donné suite à la notification. En réponse à cette observation, il a été indiqué que les questions relatives au transfert du risque étaient différentes des règles concernant une conduite appropriée et raisonnable, qui reposaient sur la notion de faute. La notion de risque était importante lorsqu'il n'était pas question de faute. Ces deux types de règles devraient être considérés séparément, car la responsabilité ne pouvait pas être mise sur le même plan que le risque. On a fait observer que l'alinéa *a* établissait l'obligation de prendre soin de la clef, ce qui, en vertu du paragraphe 2, pouvait entraîner la responsabilité du détenteur au cas où il n'aurait pas fait preuve de la diligence voulue. L'alinéa *b* était important à cet égard, car il offrait un moyen permettant au détenteur de la clef d'atténuer les effets d'un manque de diligence en notifiant que la clef était compromise. S'agissant de la responsabilité, on a également fait observer qu'il pourrait être important d'examiner le fondement de toute relation entre les parties, de nature contractuelle ou non, et le contenu du contrat. De l'avis général, il fallait formuler une règle fondée sur la faute.

81. On s'est demandé si le Groupe de travail voudrait peut-être envisager d'aborder les effets juridiques du manque de diligence. Selon un avis, dans la mesure où il s'était révélé très difficile dans le passé de parvenir à un consensus sur cette question, celle-ci ne devrait pas être examinée dans le présent contexte. Selon un autre avis, le document WP.79 traitait des effets de façon plus détaillée et pourrait fournir un point de départ utile pour examiner ces questions plus à fond. Selon un autre avis encore, la responsabilité ne devrait pas être traitée de façon approfondie en dehors du cadre du paragraphe 2 qui n'avait pas encore été examiné.

82. S'agissant de la forme, on a estimé que les mots "et pourrait être utilisée pour créer des signatures électroniques renforcées non autorisées" n'étaient pas nécessaires, car il apparaissait clairement à quelles fins le dispositif de signature pouvait être utilisé, et il n'était pas besoin de le préciser.

83. Le Groupe de travail est convenu qu'un nouveau projet d'alinéa *b* devrait tenir compte des modifications examinées: il faudrait avertir "sans retard excessif"; les deux notions "savait ou aurait dû savoir" et "est ou pourrait avoir été compromise" devraient figurer entre crochets comme variantes; et les mots "et pourrait être utilisée pour créer des signatures électroniques renforcées non autorisées" devraient être supprimés.

Alinéa c

84. Il a été proposé de supprimer les mots "aux certificateurs d'informations et aux parties se fiant à la signature", car si les déclarations faites à ces parties étaient probablement celles qui devaient être visées il était concevable que des déclarations puissent être faites à d'autres parties compétentes. Cet article devrait être centré sur l'obligation de donner des informations exactes et complètes, indépendamment de leur destinataire. En réponse à cette observation, on a indiqué que le fait de supprimer les mots renvoyant aux certificateurs d'informations et aux parties se fiant à la signature pourrait donner à entendre que l'obligation était illimitée, alors qu'il faudrait en fait mettre l'accent sur les déclarations se rapportant au processus d'identification. Il a été proposé d'ajouter après le mot "déclarations" les mots "qui sont pertinentes pour la délivrance du certificat".

85. S'agissant du critère d'objectivité, il fallait, selon une autre proposition, ajouter après le mot "déclarations" les mots "qui sont pertinentes dans le processus de délivrance d'un certificat ou qui figurent dans le certificat". On a fait observer qu'un tel critère limitait l'alinéa *c* aux déclarations faites par le détenteur de la clef ou par la personne qui demandait un certificat et qu'il ne serait pas pertinent dans les cas où le détenteur d'une clef ne ferait pas une demande de certificat. Toutefois, l'objectif n'était pas que ces mots soient interprétés dans un sens qui ferait que la personne qui demande un certificat serait tenue responsable de déclarations qui pourraient avoir été formulées de façon incorrecte dans le certificat ou qui, d'une autre manière, ne reposeraient pas sur les informations fournies par ladite personne. Dans ce cas, le certificateur d'informations aurait une obligation correspondante en vertu du projet d'article H en ce qui concerne la teneur du certificat. Si l'on retenait une interprétation étroite de cette obligation, le détenteur d'une clef serait toutefois responsable envers une partie se fiant à la signature lorsque celle-ci aurait subi des pertes ou un préjudice du fait d'informations fallacieuses ou fausses fournies par le détenteur de la clef et figurant dans le certificat. À l'encontre de la proposition tendant à limiter cet alinéa au processus de certification, on a fait valoir que l'obligation énoncée à l'alinéa *c* devrait avoir un caractère général et inclure la fourniture d'informations en vertu de l'alinéa *b*.

86. Selon une autre proposition concernant la portée de l'alinéa *c*, il fallait diviser cet alinéa en deux parties. Les déclarations faites à une partie se fiant à la signature pourraient relever de l'obligation générale de faire des déclarations exactes et complètes, tandis que les déclarations faites à un certificateur d'informations pour obtenir un certificat pourraient faire l'objet d'un alinéa distinct. Dans le cas des informations fournies au certificateur d'informations, on a mis en lumière la relation existant entre l'obligation énoncée dans ce projet d'article et celle énoncée dans le projet d'article H 1 *b* (qui imposait une obligation concernant les informations à certifier).

87. Quelques craintes ont été exprimées au sujet des personnes auxquelles les obligations énoncées au paragraphe 1 devraient s'appliquer. On a fait observer qu'il ne serait peut-être pas judicieux de considérer que l'ensemble de l'article F établissait des obligations pour la même personne, alors que les alinéas du présent projet renvoyaient à différents concepts. Par exemple, l'alinéa *a* renvoyait à la fois aux informations et au dispositif sur lequel ces informations étaient stockées et à la manière dont il en était fait usage. Il se pourrait que l'obligation s'applique à une catégorie plus large de personnes que le seul détenteur de la clef. En revanche, l'alinéa *c* renvoyait aux informations sous forme de déclarations faites à certaines personnes en vue d'obtenir un certificat. Il serait peut-être nécessaire de traiter ces différences séparément dans une version révisée des obligations énoncées au paragraphe l du projet d'article F.

88. S'agissant de la bonne foi du détenteur de la clef au moment où il fait les déclarations, on a indiqué qu'un tel critère était inutilement subjectif et faible et pourrait entraîner, par exemple, un moindre niveau de responsabilité lorsque le détenteur était imprudent ou stupide. Ce qu'il fallait, c'était un libellé objectif précisant bien qu'il ne s'agissait pas d'une conséquence voulue de cet alinéa. D'après une proposition, il fallait remplacer les mots "de bonne foi" par une référence à la diligence; ainsi, l'alinéa pourrait commencer comme suit: "De faire preuve de la diligence voulue en veillant à ce que...". En ce qui concernait les mots "exactes et complètes", il était superflu, selon un avis, de parler de déclarations "complètes", car, dans certaines juridictions, la notion de "complétude" était déjà incluse dans la notion d'"exactitude". Le Groupe de travail a pris note de cette observation.

89. S'agissant de la terminologie, le Groupe de travail a de nouveau examiné le sens d'un certain nombre d'expressions, notamment: détenteur de la signature, détenteur du dispositif, détenteur de la clef et dispositif de signature, dispositif de création de signature, dispositif de vérification de signature (voir par. 40 à 47 ci-dessus). Il a été proposé que l'expression "détenteur de la clef" désigne la personne par qui, ou au nom de qui, la signature était apposée au message de données, en adoptant le libellé de l'alinéa *c* de l'article A du document WP.80, définition qui reconnaissait le concept de représentation. S'agissant du dispositif ou de la signature utilisé, le Groupe de travail est généralement convenu que ce n'était pas le dispositif qui était utilisé pour créer la clef qui était examiné, mais plutôt le dispositif qui était utilisé pour créer la signature.

90. Le Groupe de travail a envisagé s'il était souhaitable de prendre en compte la représentation dans le concept du détenteur de la clef (voir par. 43 ci-dessus). De l'avis général, la représentation ne devrait pas être abordée dans les Règles uniformes, car il serait difficile de parvenir à un accord sur les principes de la représentation et la prise en compte de ce concept rendrait trop large le champ d'application du projet d'article F. Au cas où la question de la représentation interviendrait, par exemple, lorsqu'un employé utiliserait un dispositif de signature pour une société,

cet article aurait pour effet, sans préjudice du droit des sociétés, que la signature de l'employé serait considérée comme celle de la société, qui était effectivement le "détenteur de la clef". Le Groupe de travail a réaffirmé la décision qu'il avait prise précédemment et selon laquelle les questions de représentation devraient être réglées en vertu de la loi applicable.

91. Sur le plan de la forme, on a estimé que le mot "*material*" (dans la version anglaise) n'était pas approprié dans certaines juridictions et qu'il ne faudrait donc pas l'utiliser. Toujours sur le plan rédactionnel, on a estimé que, dans la mesure où l'obligation énoncée à l'alinéa *c* précédait l'obligation énoncée à l'alinéa *a* dans le temps, l'ordre de ces deux alinéas devrait être inversé.

92. Après un échange de vues, le Groupe de travail est convenu que le champ d'application de l'alinéa *c* devrait être limité aux obligations du détenteur de la clef dans le cadre du processus de certification; que le détenteur de la clef devrait veiller à ce que les déclarations soient exactes et complètes; que la mention "de bonne foi" devrait être remplacée au début de l'alinéa par les mots "de faire preuve de la diligence voulue en veillant"; que les mots "qui sont pertinentes dans le processus de délivrance d'un certificat ou qui figurent dans le certificat" devraient être ajoutés pour qualifier les "déclarations", étant entendu qu'il devrait être bien clair que le détenteur de la clef serait uniquement responsable de ces déclarations lorsqu'elles ont été convenablement consignées dans le certificat et non des fautes ou inexactitudes introduites par le certificateur d'informations; que la référence "aux certificateurs d'informations et aux parties se fiant à la signature" devrait être supprimée; que l'ordre des alinéas *a* et *c* devrait être inversé; que la notion de représentation ne devrait pas être abordée dans cet article.

Paragraphe 2

93. La proposition visant à conserver le projet de paragraphe 2 dans sa version actuelle, sans amendement, a reçu un certain appui. L'avis a été exprimé, cependant, que les Règles uniformes devraient se référer aux conséquences juridiques de l'inexécution des obligations énoncées dans le projet de paragraphe 1. L'un des moyens d'aborder ces conséquences consistait à inclure une référence spécifique à la loi nationale ou applicable, une seconde solution étant de promouvoir une harmonisation en examinant les conséquences possibles et en rédigeant une règle uniforme qui aborderait la question des dommages-intérêts mais ne lierait pas le détenteur de la clef aux conséquences de l'utilisation du dispositif de signature, des questions d'autorisation et d'intention, en particulier, pouvant alors se poser. Selon un autre avis, toutefois, le message de données devrait être attribué au détenteur de la clef (voir par. 97 et 104 ci-dessous). Afin d'axer le paragraphe 2 sur les dommages-intérêts plutôt que sur les conséquences, il a été proposé d'adopter les mots "Le détenteur de la clef est responsable du préjudice et des blessures résultant de l'inexécution des obligations énoncées au paragraphe 1". Comme autre moyen d'aborder les conséquences juridiques de l'inexécution des obligations énoncées dans le projet de paragraphe 1, il a été proposé d'envisager le projet d'article 7 du document WP.79 ou, peut-être, un article s'inspirant de l'article 74 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Afin d'examiner cette proposition plus avant, le libellé suivant, qui s'inspire de l'article 74, a été proposé:

> "La responsabilité du détenteur de la clef ne peut être supérieure à la perte que le détenteur de la clef prévoyait ou aurait dû prévoir au moment de son inexécution à la lumière des faits ou problèmes dont le détenteur de la clef avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance, comme étant des conséquences possibles de l'inexécution par le détenteur de la clef des obligations énoncées au paragraphe 1".

94. En réponse à cette proposition inspirée de l'article 74 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente, il a été exprimé la crainte que la responsabilité qui pourrait naître dans le contexte d'un contrat de vente de marchandises ne soit pas la même que la responsabilité qui pourrait découler de l'utilisation d'une signature et ne pourrait pas être quantifiée de la même façon. Alors qu'il pourrait être possible de prévoir le préjudice découlant de la contravention à un contrat de vente de marchandises, le même critère ne pourrait pas s'appliquer en cas d'utilisation d'une technique particulière de signature. Dans ce contexte, on a indiqué que, conformément aux Règles uniformes, l'utilisation d'une certaine technique de signature ne devrait pas conduire à une limitation de responsabilité particulière (ou à tout autre avantage compétitif par rapport aux utilisateurs de signatures manuscrites traditionnelles), établie au profit des utilisateurs des techniques électroniques. Selon un autre avis, le critère de prévisibilité du préjudice était une norme internationalement reconnue qui pourrait se révéler utile dans le contexte des signatures et faciliter la rédaction d'une règle uniforme. Selon un autre avis, dans l'éventualité où l'on envisagerait un article sur les dommages-intérêts, il pourrait être nécessaire d'opérer une distinction entre un préjudice découlant d'une action du détenteur de la clef qui n'aurait pas respecté la norme énoncée au projet de paragraphe 1 et un préjudice découlant du fait que le détenteur de la clef n'aurait pas agi, c'est-à-dire entre un préjudice direct et un préjudice indirect.

95. Il a été proposé d'analyser les obligations du détenteur de la clef énoncées à l'article F se référant aux parties ou classes de parties envers lesquelles l'obligation était contractée, au certificateur d'informations, d'une part, et à un groupe de parties potentielles se fiant à la signature, d'autre part. Il était évident que la relation entre le détenteur de la clef et le certificateur d'informations serait une relation contractuelle qui serait régie par la loi applicable. Des doutes ont été exprimés quant au fait de savoir si l'on pouvait appliquer une règle sur le caractère prévisible ou indirect du préjudice à une telle relation contractuelle. S'agissant du groupe de parties se fiant à la signature, il a été estimé qu'il pourrait être approprié d'établir une règle qui déterminerait quelles parties se fiant à la signature pourraient, de façon prévisible, subir un préjudice et le type de préjudice pour lequel le détenteur de la clef serait responsable. Des doutes ont été exprimés quant à savoir si l'article 74 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente englobait ces deux concepts et si, de toute façon, il serait souhaitable d'avoir une règle unique

concernant la prévisibilité couvrant les obligations énoncées aux alinéas *a* à *c* du projet de paragraphe 1. Il a également été souligné que le projet d'article G traitait de questions liées à la partie se fiant à la signature et qu'il devrait être pris en compte dans tout article traitant des conséquences de l'inexécution, par le détenteur de la clef, des obligations énoncées dans le projet d'article F.

96. Pour préciser le champ d'application du projet de paragraphe 2, il a été proposé de supprimer la référence aux "conséquences de l'inexécution des obligations énoncées au paragraphe 1", afin de contourner toute incertitude quant à ce que l'inclusion de ces mots pourrait signifier et pour éviter d'avoir à examiner si l'obligation non respectée était contractuelle. Il a également été souligné que l'expression "les conséquences" pourrait suggérer que *toutes* les conséquences possibles étaient envisagées et ne tenait aucun compte du caractère indirect de ces conséquences possibles. La proposition visant à supprimer cette expression a bénéficié d'un large appui.

97. On a également craint que si l'on lisait ensemble les projets d'articles F et G, il pourrait s'ensuivre un effet juridique autre que la responsabilité, à savoir l'attribution. Il a été estimé que pour lever toute incertitude il était nécessaire de disposer au moins d'une règle ou d'une présomption réfutable concernant l'attribution de la signature. Si, selon certains avis, un tel article pourrait être utile et renforcerait la confiance placée dans le commerce électronique, il a été souligné que des difficultés ne manqueraient pas de survenir dans le contexte de l'article 13 de la Loi type, qui traitait de l'attribution d'un message de données. De l'avis général, l'attribution ne devrait pas être examinée dans le contexte du projet d'article F (voir par. 104 ci-dessous).

98. Après un débat, le Groupe de travail est convenu, étant donné l'appui reçu par la proposition tendant à conserver le paragraphe 2 sous sa forme actuelle avec les amendements proposés et à envisager une règle sur les conséquences s'inspirant éventuellement de l'article 74 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, d'inclure un projet révisé du paragraphe 2 traitant des deux possibilités dans les futurs documents de travail en vue de leur examen par le Groupe de travail. Cette disposition devrait se limiter, dans son application, aux obligations à inclure dans une version révisée du paragraphe 1 du projet d'article F.

Article G. *Foi accordée à une signature électronique renforcée*

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

> "Une personne est fondée à se fier à une signature électronique renforcée à condition de prendre des mesures raisonnables pour déterminer si ladite signature est valable et n'a pas été compromise ou annulée".

100. On a exprimé la crainte que la forme de l'article ne soit inappropriée. En effet, il ne s'agissait pas de savoir si la partie se fiant à la signature était fondée à le faire mais de savoir ce que toute personne cherchant à se fier à la signature devrait faire pour que la foi qu'elle y accordait soit jugée raisonnable. À cet égard, il serait important d'indiquer les cas dans lesquels il ne serait pas raisonnable de se fier à la signature. Pour tenir compte de ce déplacement d'accent, le libellé suivant a été proposé:

> "1. Une personne n'est pas fondée à se fier à un certificat ou à une signature étayée par un certificat s'il n'est pas raisonnable de le faire.
>
> 2. Pour déterminer s'il est raisonnable de se fier à un certificat ou à une signature, il est tenu compte des facteurs suivants:
>
> *a)* toutes restrictions dont le certificat peut faire l'objet;
>
> *b)* nature de l'opération sous-jacente que le certificat ou la signature est censé étayer;
>
> *c)* adoption ou non par la partie se fiant au certificat ou à la signature de mesures appropriées pour déterminer la fiabilité de la signature ou du certificat;
>
> *d)* toute convention ou tout usage commercial, ou toute pratique existant entre la partie se fiant au certificat ou à la signature et le certificateur d'informations ou l'abonné".

101. Cette proposition a bénéficié d'un appui. Pour préciser ce que l'on entendait par "opération sous-jacente" à l'alinéa *b*, on a indiqué qu'il pourrait ne pas être suffisant de se fier uniquement à l'utilisation d'une technique d'identification et qu'une quelconque autre forme d'identification ou de vérification pourrait être nécessaire. Ainsi, une banque pourrait souhaiter obtenir confirmation du fait qu'une opération d'un de ses clients, pouvant être jugée inhabituelle, était bien attribuable audit client, même après utilisation d'une technique d'identification appropriée. On a exprimé la crainte que les facteurs énoncés aux alinéas *a* à *d* ne soient trop généraux, et, compte tenu du fait que le Groupe de travail partait du principe que les Règles uniformes traitaient des questions relatives à l'infrastructure à clef publique, il pourrait être utile de préciser qu'il était nécessaire de vérifier la validité ou la fiabilité du certificat. À cette fin, il a été proposé d'ajouter à l'alinéa *c* les mots "y compris la consultation d'une liste d'annulations de certificats, le cas échéant".

102. Il a été proposé d'ajouter aux facteurs énoncés aux alinéas *a* à *d* de la proposition un point sur la question de savoir si la partie se fiant à la signature savait ou aurait dû savoir que la clef avait été compromise ou annulée ou, selon une autre formulation, qu'il n'était pas raisonnable de se fier à la signature ou au certificat. Pour donner plus de souplesse au texte proposé, il a été suggéré par ailleurs d'ajouter au paragraphe 2 les mots "s'il y a lieu" après les mots "il est tenu compte". Ces deux propositions ont bénéficié d'un certain appui.

103. La proposition tendant à conserver le projet d'article G sous sa forme actuelle ou à le supprimer complètement a aussi été appuyée. On a fait observer que si l'on suivait dans un article la structure du texte proposé on donnerait l'impression de soumettre la foi accordée aux signatures renforcées à certaines exigences ou conditions. Replacées dans le contexte de l'article 13 de la Loi type, ces exigences pourraient engendrer une situation dans laquelle il serait plus facile de se fier à une signature électronique relativement peu sûre qu'à une signature renfor-

cée plus sûre. La forme de signature la plus sûre risquerait alors d'être aussi plus difficile à utiliser. Selon un autre avis, il faudrait établir un lien quelconque entre la foi accordée à la signature et l'article 13 de la Loi type, en particulier ses paragraphes 3 et 4. Selon un autre avis encore, la formulation actuelle du projet d'article G reflétait une attitude plus positive pour ce qui était de savoir si les parties se fiant à ce type de signature étaient fondées à le faire. Néanmoins, on a estimé qu'une partie se fiant à la signature devrait peut-être prendre certaines précautions et une autre proposition a été formulée, à savoir:

"Une personne est fondée à se fier à une signature électronique renforcée à condition de prendre des mesures raisonnables pour vérifier la validité de la signature conformément aux normes convenues avec le détenteur de la clef ou pour vérifier l'information fournie par le certificateur d'informations."

Cette proposition n'a pas été appuyée.

104. On a exprimé la crainte que le Groupe de travail ne soit en train d'essayer d'intégrer dans le projet d'article G des effets juridiques inclus dans les projets d'articles B et C, mais qui, avait-il été décidé, ne devaient pas être examinés au stade actuel. En indiquant dans le projet d'article G qu'une personne était fondée à se fier à une signature on risquait de présumer de certains effets juridiques, alors qu'en définissant ce qu'il fallait faire pour pouvoir se fier à une signature on évitait de traiter des effets juridiques que pourrait avoir la signature. Puisque les projets d'articles F, G et H étaient axés sur les règles de conduite à suivre par les parties dans une infrastructure à clef publique, il ne convenait pas d'y inclure des effets juridiques. Quant à la question de l'attribution soulevée par l'article 13 de la Loi type (voir par. 97 ci-dessus), on a fait observer que si le champ d'application de cet article était limité de manière générale aux cas où existait une relation contractuelle entre l'expéditeur et le destinataire du message de données, les Règles uniformes, par contre, étaient censées avoir un champ d'application plus large. On a aussi fait observer que le fait d'énoncer dans le projet d'article G une série de mesures à prendre en considération pour déterminer s'il était raisonnable de se fier à un certificat ou à une signature n'était pas incompatible avec l'exigence de "dispositions raisonnables" énoncée à l'article 13 et n'établissait pas d'effet juridique quant à la validité de la signature. Sur ce dernier point, il a été noté que le projet d'article F, tel que révisé par le Groupe de travail, ne traitait pas non plus des effets juridiques ou de la validité de la signature, et la forme de ces deux projets d'articles était donc cohérente.

105. Selon un avis contraire, le fait d'indiquer dans le projet d'article G qu'une personne était fondée à se fier à une signature ajoutait un avantage qui n'existait pas en vertu de la Loi type, que l'effet juridique spécifique soit énoncé ou non dans d'autres articles. Il a été proposé de combiner l'approche susmentionnée avec l'énonciation des mesures à envisager pour déterminer s'il était raisonnable de se fier à une signature, de la façon suivante: "1. Une personne est fondée à se fier à un certificat ou à une signature étayée par un certificat dans la mesure où il est raisonnable de le faire". Un deuxième paragraphe énoncerait ensuite les points à prendre en considération, comme proposé précédemment, en ajoutant une catégorie supplémentaire comprenant "tous les autres facteurs pertinents".

106. S'agissant de la forme, il a été noté que les mots "foi" et "renforcée" n'étaient pas courants dans certaines langues ou dans certains systèmes juridiques et qu'il serait peut-être nécessaire de chercher des termes plus appropriés.

107. Après un débat, le Groupe de travail est convenu de ce qui suit: les deux formulations du projet d'article G (voir par. 100 et 105 ci-dessus) devraient être regroupées dans un article G révisé, en vue d'un examen ultérieur; il faudrait également inclure la référence à "tous les autres facteurs pertinents" et la proposition concernant le fait que la partie se fiant à la signature savait ou aurait dû savoir que la clef avait été compromise ou annulée ou, selon une autre formulation, qu'il n'était pas raisonnable de se fier à la signature ou au certificat; enfin, les mots "s'il y a lieu" devraient être ajoutés au paragraphe 2.

Article H. *Obligations d'un certificateur d'informations*

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

"1. Un certificateur d'informations a l'obligation:

a) d'agir conformément aux déclarations qu'il fait concernant ses pratiques;

b) de prendre des mesures raisonnables pour déterminer avec exactitude l'identité du détenteur de la signature et tous autres faits ou informations qu'il certifie;

c) de fournir des moyens raisonnablement accessibles qui permettent à une partie se fiant à la signature de s'assurer:

i) de l'identité du certificateur d'informations;

ii) de la méthode employée pour identifier le détenteur de la signature;

iii) de toutes restrictions quant aux fins pour lesquelles la signature peut être utilisée; et

iv) du fait que la signature est valable et n'a pas été compromise;

d) de fournir un moyen permettant au détenteur de la signature d'avertir qu'une signature électronique renforcée a été compromise;

e) de veiller, de bonne foi, à ce que toutes les déclarations qu'il fait sont exactes et complètes;

f) d'utiliser des systèmes et des procédures fiables pour la fourniture de ses services.

2. Un certificateur d'informations est responsable des conséquences de l'inexécution des obligations énoncées au paragraphe 1."

Remarques générales

109. Selon un avis, l'expression d'opinions concernant les obligations et la responsabilité d'une autorité de certification était largement conditionnée par la définition d'une autorité de certification. Une décision devrait être prise, en particulier, quant au fait de savoir si les fonctions d'une autorité de certification pouvaient être assurées par une

personne ou par une entité qui était déjà partie à la transaction sous-jacente aux fins de laquelle un certificat pourrait être utilisé (hypothèse de travail adoptée actuellement par le Groupe de travail), ou si l'autorité de certification devrait, dans tous les cas, être indépendante des parties (situation apparentée à celle d'un notaire public dans plusieurs pays de droit civil). Après un débat, le Groupe de travail a décidé de poursuivre son examen de la question sur la base de l'hypothèse de travail adoptée lors de la présente session (voir par. 68 ci-dessus). Si le Groupe de travail n'a pas examiné la définition de "l'autorité de certification" à proprement parler, il a été généralement convenu que les mots "dans le cours de ses affaires" figurant dans la définition du terme "certificateur d'information" au projet d'article A ne devraient pas être interprétés comme signifiant que les activités liées à la certification devraient être les activités professionnelles exclusives d'une autorité de certification. Selon un avis, il pourrait être nécessaire d'établir une différence entre une entité qui ne délivrait des certificats qu'accessoirement dans le cadre de ses activités et une entité qui faisait profession de délivrer des certificats (soit exclusivement, soit en association avec d'autres activités qu'elle pouvait exercer). Selon un autre avis, étant donné le rôle important dévolu aux autorités de certification et les responsabilités qui pourraient en découler pour elles-mêmes et pour les parties se fiant à la signature, les Règles uniformes devraient préciser le statut des autorités de certification. Après un échange de vues, il a été convenu que les questions de la définition, du rôle et du statut des autorités de certification devraient être examinées de façon plus approfondie lors d'une future session.

Paragraphe 1

110. La discussion a porté sur le fait de savoir si la liste des obligations énoncées au paragraphe 1, indépendamment de ce que pouvaient être ces obligations, devrait être exhaustive ou non. L'avis selon lequel le paragraphe 1 devrait être libellé sous la forme d'une liste ouverte et illustrative d'obligations a reçu un appui marqué. Il a été proposé d'utiliser, en guise d'introduction au paragraphe 1, une formule du type: "Sans que cela limite le caractère général du devoir de diligence qui incombe à l'autorité de certification, une autorité de certification a, notamment, l'obligation...". Il a été déclaré que, bien que cette formulation puisse sembler contraignante pour l'autorité de certification, elle serait en fait cohérente avec la règle générale qui s'appliquerait actuellement aux autorités de certification dans de nombreux systèmes juridiques. Il a également été déclaré qu'une déclaration générale concernant les obligations de l'autorité de certification, au paragraphe 1, pourrait être compensée par des exonérations de responsabilité qui seraient précisées au paragraphe 2 ou dans le projet d'article E. À cet égard, il a été proposé que le Groupe de travail concentre son attention sur la façon dont des clauses contractuelles exonérant la responsabilité de l'autorité de certification pourraient être étendues au-delà de la sphère contractuelle. En réponse, il a été déclaré que, même dans le cadre de la sphère contractuelle, des restrictions devraient être apportées à l'aptitude des autorités de certification à limiter leur responsabilité, par exemple, dans le cas où une telle limitation serait manifestement injuste. Le Groupe de travail est convenu que la question des limites contractuelles et autres fixées pour la responsabilité de l'autorité de certification devrait être examinée de façon plus approfondie lors d'une future session.

111. Selon un autre avis, le paragraphe 1 devrait être libellé sous la forme d'une liste exhaustive d'obligations. Il a été déclaré qu'en vertu de la législation de certains pays l'autorité de certification n'était pas nécessairement tenue d'agir avec diligence. Les diverses obligations de l'autorité de certification devraient donc être énoncées de façon détaillée afin de déterminer la portée exacte de sa responsabilité. Une autre justification à l'appui de cette opinion était que les Règles uniformes devraient traiter uniquement de l'exécution des fonctions des autorités de certification et ne devraient pas exposer de nouveau les principes généraux de la législation sur les délits civils qui pourrait être applicable à toute personne s'engageant dans n'importe quel type d'activité. Selon cet avis, dans la mesure où la "fonction de l'autorité de certification" était un concept vérifiable, les Règles uniformes devraient seulement porter sur les activités relevant de cette fonction et ne devraient pas avoir un caractère général. Il a été convenu que les deux avis devraient être pris en compte dans le texte révisé, qui serait établi en vue de la poursuite du débat à une future session.

112. S'agissant de la substance des obligations précises énoncées aux alinéas *a* à *f*, elle a bénéficié d'un appui général. Diverses propositions ont été faites quant à la façon dont l'expression de ces obligations pourrait être améliorée. Selon un avis, l'obligation faite à l'alinéa *b* de déterminer l'identité du détenteur de la signature était peut-être superflue, car elle ne faisait qu'illustrer l'obligation plus générale de veiller, aux termes de l'alinéa *e*, à ce que les déclarations soient exactes. De l'avis général, cependant, il a été estimé que l'alinéa *b* était utile, car il clarifiait la situation. Il a par ailleurs été proposé que l'alinéa *b* contienne une obligation supplémentaire tendant à préciser, dans le certificat, l'identité du détenteur de la clef.

113. Il a par ailleurs été proposé que, dans le cadre de ses obligations de base, l'autorité de certification soit dans l'obligation de tenir une liste d'annulation de certificats. Il a été proposé d'ajouter à l'alinéa *d* les mots suivants: "et d'assurer un service prompt et immédiat d'annulation". Cette proposition a bénéficié d'un certain appui. Il a cependant été souligné que l'obligation de tenir une liste d'annulation de certificats pourrait se justifier pour des transactions et des certificats de valeur élevée (c'est-à-dire pour les "signatures électroniques renforcées" destinées à produire un effet juridique), mais serait très contraignante (et contraire à la pratique existante) si elle devait être imposée à tous les certificats (y compris les "certificats bon marché" utilisés dans le contexte d'un grand nombre de signatures numériques). À cet égard, il a été rappelé que l'une des principales difficultés rencontrées par le projet actuel consistait à établir un critère viable permettant d'opérer une distinction entre les transactions de niveau supérieur (pour lesquelles on recherchait un haut niveau de sécurité en appliquant des critères rigoureux aux certificats et aux autorités de certification, éventuellement en vue de produire certains effets juridiques prédéterminés) et le grand nombre d'utilisations ordinaires de signatures numériques et de certificats (pour lesquels la production d'effets juridiques quant à la "signature" se justifiait rarement, et pour lesquels la politique généralement appliquée consistait à ne pas in-

terférer avec l'autonomie des parties). Il a été exprimé l'avis que, s'il était possible que l'on ne trouve pas de critère viable de ce type, une limitation de la portée des Règles uniformes à la sphère commerciale (c'est-à-dire excluant les transactions des consommateurs) pourrait offrir une solution acceptable.

114. D'autres propositions ont été faites pour tenir compte d'éléments supplémentaires dans la liste des obligations figurant au paragraphe 1: l'obligation de fournir des informations sur l'annulation et la suspension des certificats; à l'alinéa *e*, un texte reflétant une disposition analogue figurant dans le projet d'article F; et, à l'alinéa *f*, un texte exprimant l'obligation, pour l'autorité de certification, d'utiliser, pour assurer ses services, des ressources humaines fiables. Il a été proposé d'insérer, à l'alinéa *c* du paragraphe 1, le texte suivant: "du fait que la personne qui est nommée dans le certificat détient [détenait au moment pertinent] la clef privée correspondant à la clef publique"; et "que les clefs soient une paire de clefs qui fonctionne".

Paragraphe 2

115. S'agissant de la disposition générale concernant la responsabilité de l'autorité de certification en cas d'inexécution des obligations énoncées au paragraphe 1, il a été largement admis qu'il conviendrait de créer une règle uniforme et ne pas se contenter de renvoyer à la loi applicable. En ce qui concerne la teneur d'une telle règle, on a estimé qu'elle devrait établir une responsabilité générale pour négligence, sous réserve d'exonération contractuelle, le cas échéant, et sous réserve également que l'autorité de certification s'exonère elle-même de la responsabilité en démontrant qu'elle s'est acquittée des obligations prévues en vertu du paragraphe 1. Le texte ci-après a été proposé pour remplacer le paragraphe 2:

"2. Sous réserve du paragraphe 3, une autorité de certification est tenue responsable d'un préjudice subi:

a) soit par une partie qui a passé un contrat avec l'autorité de certification pour la délivrance d'un certificat;

b) soit par une personne qui se fie à un certificat délivré par l'autorité de certification, si le préjudice a été causé parce que le certificat était incorrect ou défectueux.

3. Une autorité de certification n'est pas tenue responsable en vertu du paragraphe 2:

a) si et dans la mesure où elle a inclus dans les informations consignées dans le certificat une déclaration limitant la portée ou l'étendue de sa responsabilité envers toute personne; ou

b) si elle prouve qu'elle [n'a pas été négligente] [a pris toutes les mesures raisonnables pour prévenir ce préjudice]".

116. Si un certain soutien a été exprimé en faveur de cette proposition, de vives objections ont été formulées au motif que le fait d'adopter le libellé proposé correspondrait à établir une norme stricte de responsabilité pour "tout préjudice" et qu'en imposant une stricte norme de responsabilité aux autorités de certification on risquerait d'entraver sérieusement le développement de l'utilisation du commerce électronique. S'agissant du texte proposé pour l'alinéa *a* du paragraphe 3, des doutes ont été émis quant au point de savoir si les informations figurant dans le certificat en vue de limiter la responsabilité de l'autorité de certification à l'égard de ce certificat pourraient s'appliquer également à la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Dans ce contexte, le Groupe de travail a été instamment prié de ne pas chercher à établir de distinction pertinente dans les Règles uniformes en se fondant sur les notions de responsabilité contractuelle et extracontractuelle, ces notions pouvant être très différentes selon les pays. En outre, selon un avis, la clause limitant la responsabilité de l'autorité de certification ne devrait pas être invoquée au cas et dans la mesure où l'exclusion ou la limitation de responsabilité serait manifestement injuste. Cet avis a été appuyé par certaines délégations.

117. Un appui a également été exprimé en faveur du maintien de la présente structure du paragraphe 2, compte tenu d'une liste exhaustive d'obligations au paragraphe 1.

118. S'agissant du débat auquel ont donné lieu les obligations de l'autorité de certification, il a été demandé qui assumerait le risque d'une perte découlant de la confiance accordée à un certificat sujet à caution (par exemple, compromis ou annulé) lorsque toutes les parties ont fait preuve de diligence conformément aux articles F, G et H des Règles uniformes. Selon un avis, compte tenu de la formulation négative proposée pour le projet d'article G, la partie se fiant au certificat supporterait ce risque subsidiaire. On a fait observer que, dans la pratique, la confiance accordée aux moyens de communication tels que le téléphone ou la télécopie imposait déjà ce risque subsidiaire à la partie se fiant à ces moyens de communication. Selon une autre proposition, des dispositions devraient être adoptées dans le projet d'article H pour faire en sorte que le risque subsidiaire soit supporté par l'autorité de certification. Selon une autre proposition encore, les Règles uniformes ne devraient pas se prononcer sur ce point mais laisser aux tribunaux le soin de déterminer quelle partie devrait supporter le risque, au vu de toutes les circonstances pertinentes.

119. Après un échange de vues, le Groupe de travail n'a pas pris de décision finale sur la teneur du projet d'article H. Le secrétariat a été prié de préparer des variantes tenant compte des diverses opinions exprimées, afin que le débat puisse se poursuivre lors d'une session ultérieure.

C. Autres questions à examiner

120. Le Groupe de travail a dressé la liste des questions qui, en raison du manque de temps, n'avaient pu être examinées à cette session mais qui devraient l'être ultérieurement à l'occasion d'ajouts éventuels aux Règles uniformes. On a fait valoir que, dans le cadre de ses futurs débats sur les Règles uniformes, le Groupe de travail voudrait peut-être envisager de prévoir un article pour faire en sorte que les certificats ne fassent pas l'objet d'un préjudice en fonction du lieu où ils étaient émis. Le texte ci-après a été proposé: "En déterminant si, ou dans quelle mesure, un certificat produit légalement ses effets, il n'est pas tenu compte du lieu où le certificat a été émis, ni de l'État dans lequel l'émetteur a son adresse professionnelle". Le Groupe de travail a pris note de cette proposition.

121. Les autres questions devant faire l'objet d'un examen ultérieur étaient notamment les suivantes: reconnaissance internationale des certificats; effet juridique des signatures électroniques; attribution des signatures électroniques; relation entre les Règles uniformes et la Loi type; définition et qualités minimales des autorités de certification; incompatibilité éventuelle entre les fonctions des autorités de certification et l'exécution de toute autre fonction dans le cadre de la même transaction; et annulation et suspension des certificats.

122. Il a été noté que la prochaine session du Groupe de travail devrait se tenir à Vienne du 6 au 17 septembre 1999, ces dates devant être confirmées par la Commission à sa trente-deuxième session, prévue à Vienne du 17 mai au 4 juin 1999. Il a été proposé, au nom d'un certain nombre de délégations, que la durée des futures sessions du Groupe de travail soit limitée à une semaine et que cette question soit dûment examinée par la Commission à sa trente-deuxième session. Le Groupe de travail a pris note de cette proposition en faisant observer qu'une telle question ne pourrait être tranchée que par la Commission.

E. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-quatrième session: projet de règles uniformes sur les signatures électroniques: note du secrétariat

(A/CN.9/WG.IV/WP.79) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-11
I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES	12-14
II. PROJET DE DISPOSITIONS SUR LES SIGNATURES NUMÉRIQUES, LES AUTRES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES, LES AUTORITÉS DE CERTIFICATION ET LES QUESTIONS JURIDIQUES CONNEXES	15-53
CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES	15-20
CHAPITRE II. SIGNATURES ÉLECTRONIQUES	21-48
Section I. Signatures électroniques en général	21-23
Article premier. Définitions	21
Article 2. Respect des exigences légales	22-23
Section II. Signatures électroniques [renforcées]	24-44
Article 3. [ ]	24-30
Article 4. Présomption d'attribution d'une signature électronique [renforcée]	31-33
Article 5. Présomption d'intégrité	34-37
Article 6. Prédétermination de la signature électronique [renforcée]	38-41
Article 7. Responsabilité du fait de l'utilisation non autorisée d'une signature électronique [renforcée]	42-44
Section III. Signatures numériques accompagnées de certificats	45-48
Article 8. Teneur d'un certificat [renforcé]	45-46
Article 9. Effet des signatures numériques accompagnées de certificats	47-48
CHAPITRE III. AUTORITÉS DE CERTIFICATION ET QUESTIONS CONNEXES	49-53
Article 10. Garanties données au moment de l'émission d'un certificat [renforcé]	49-50
Article 11. Responsabilité contractuelle	51
Article 12. Responsabilité de l'autorité de certification envers les parties se fiant au certificat	52
Remarques générales concernant les projets d'articles 13 à 15	53
Article 13. Annulation d'un certificat	53
Article 14. Suspension d'un certificat	53
Article 15. Registre des certificats	53

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 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 était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente et unième session (A/CN.9/437). 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).

3. La Commission a approuvé les conclusions du Groupe de travail 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 (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 généralement 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[2].

5. Le Groupe de travail a commencé à élaborer le projet de Règles uniformes en se fondant sur une note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.73).

6. À sa trente et unième session (1998), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/446). Elle a pris note avec satisfaction des efforts déployés par le Groupe de travail lors de l'élaboration du projet de Règles uniformes. On a noté qu'à ses trente et unième et trente-deuxième sessions le Groupe de travail avait eu manifestement beaucoup de mal à se mettre d'accord sur les nouveaux problèmes juridiques qui découlaient du recours accru aux signatures numériques et autres signatures électroniques. On a également fait observer qu'un consensus restait encore à réaliser sur la manière dont ces problèmes pouvaient être abordés dans un cadre juridique acceptable à l'échelon international. 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.

7. La Commission a réaffirmé la décision qu'elle avait prise à sa trente et unième session en ce qui concerne la faisabilité de l'élaboration de Règles uniformes. La Commission était généralement d'avis que les progrès réalisés jusqu'ici montraient que le projet de Règles uniformes sur les signatures électroniques prenait progressivement la forme d'une structure utilisable et que le Groupe de travail pourrait accomplir de nouveaux progrès à sa trente-troisième session sur la base du projet révisé établi par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76). La Commission a également fait observer que désormais l'on reconnaissait généralement que le Groupe de travail était une instance internationale particulièrement importante pour échanger des vues sur les problèmes juridiques que posaient le commerce électronique et la recherche de solutions à ces problèmes.

8. Le Groupe de travail a poursuivi la révision des Règles uniformes à sa trente-troisième session, sur la base d'une note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76). Le rapport sur les travaux de cette session est publié sous la cote A/CN.9/454.

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

[2] Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 249 à 251.

9. La présente note contient un projet révisé de dispositions élaboré à la suite des délibérations et des décisions du Groupe de travail et à la suite des délibérations et des décisions de la Commission à sa trente et unième session, dont il est rendu compte ci-dessus. Il tient compte des décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-troisième session.

10. 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.

11. En application des instructions concernant un contrôle et une limitation plus rigoureux des documents de l'Organisation des Nations Unies, les remarques qui suivent chacun des projets de disposition sont aussi brèves que possible. Des explications plus détaillées seront données oralement lors de la session.

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

12. 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 électroniques 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 autorités de certification, pour lesquels un certain nombre de règles de base sont aussi prévues.

13. 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.

14. 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 AUTORITÉS DE CERTIFICATION ET LES QUESTIONS JURIDIQUES CONNEXES

Chapitre premier. Champ d'application et dispositions générales

15. 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.

16. Si les Règles uniformes sont conçues comme un instrument séparé, il est proposé qu'elles comprennent des dispositions s'inspirant des articles 1er (Champ d'application), 2 (Définitions pertinentes), 3 (Interprétation) et 4 (Dérogation conventionnelle) 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, si l'on inclut un article inspiré de l'article premier de la Loi type, les transactions dans lesquelles interviennent des consommateurs ne seraient pas exclues du champ d'application des Règles uniformes, sauf si la loi applicable à ce type de transactions dans l'État adoptant était incompatible avec elles.

17. 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, lorsqu'on détermine si un certificat, une signature électronique ou un message de données vé-

rifié 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.

18. 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 électroniques par la mise en place d'une structure de sécurité et l'affirmation de l'égalité entre les messages manuscrits et les messages électroniques s'agissant de leur effet juridique.

19. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail s'est demandé s'il était bien approprié d'employer les qualificatifs "renforcée" ou "sécurisée" pour décrire des techniques de signature capables d'offrir une plus grande fiabilité que les "signatures électroniques" en général (A/CN.9/454, par. 29). Il a conclu qu'en l'absence d'un terme plus approprié le terme "renforcée" serait conservé. C'est pourquoi le terme est mis entre crochets dans le présent projet révisé de Règles uniformes.

20. Lorsqu'il examinera la relation entre les Règles uniformes et l'article 7 de la Loi type, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si l'application de ces Règles devrait être limitée aux cas dans lesquels existent des conditions de forme juridique ou dans lesquels la loi prévoit les conséquences de l'absence de certaines conditions, telles que l'écrit ou une signature. Il convient de rappeler que la signification des termes "conditions de forme" a été examinée lors de l'élaboration de la Loi type. Le paragraphe 68 du Guide sur l'incorporation indique que, dans le cadre de la Loi type, le terme "loi" doit être interprété comme renvoyant non seulement aux dispositions législatives et réglementaires, mais aussi aux règles découlant de la jurisprudence et autres règles processuelles. Par conséquence, ce terme couvre aussi les règles de la preuve. Lorsque la loi n'exige pas de condition particulière, mais prévoit les conséquences de l'absence de conditions, par exemple, l'écrit ou une signature, il faut en tenir également compte dans la notion de "loi" telle qu'employée dans la Loi type.

Chapitre II. Signatures électroniques

Section I. Signatures électroniques en général

Article premier. *Définitions*

Aux fins des présentes Règles:

a) Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données, ou jointes ou logiquement associées audit message et [pouvant être] utilisées pour [identifier le signataire du message et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue] [satisfaire aux conditions énoncées au paragraphe 1 *a* de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique];

b) Le terme "signature électronique [renforcée]" désigne une signature électronique qui [est créée et] [, dès lors qu'elle a été apposée,] peut être vérifiée par l'application d'une procédure de sécurité ou d'une combinaison de procédures de sécurité qui garantit que cette signature électronique:

i) est particulière au signataire [aux fins pour lesquelles] [dans le contexte où] elle est utilisée;

ii) peut être utilisée pour identifier objectivement le signataire du message de données;

iii) a été créée et apposée au message de données par le signataire ou à l'aide d'un moyen dont seul le signataire a le contrôle; [et]

[iv) a été créée et est liée au message de données auquel elle se rapporte d'une manière telle que tout changement apporté audit message apparaîtrait];

c) Variante A

Le terme "signature numérique" désigne une signature électronique créée par transformation d'un message de données à l'aide d'une fonction d'abrégement du message et par cryptage de cette transformation à l'aide d'un système de cryptographie asymétrique utilisant la clef privée du signataire, de manière que toute personne en possession du message de données initial non transformé, de la transformation cryptée et de la clef publique correspondante du signataire puisse déterminer [avec exactitude]:

i) si la transformation a été opérée à l'aide de la clef privée du signataire correspondant à sa clef publique; et

ii) si le message de données initial a été altéré après la transformation;

Variante B

Le terme "signature numérique" désigne 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:

i) que la transformation a été opérée à l'aide de la clef privée correspondant à la clef publique appropriée; et

ii) que le message de données n'a pas été altéré après la transformation cryptographique;

d) Le terme "autorité de certification" désigne toute personne ou entité qui, dans le cours de ses affaires, émet des certificats [d'identification] concernant des clefs cryptographiques utilisées pour créer des signatures numériques. [Cette définition 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;]

e) Le terme "certificat" [d'identification] désigne un message de données ou un autre enregistrement 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;

f) Le terme “certificat [renforcé]” désigne un certificat [d’identification] émis pour étayer des signatures électroniques [renforcées];

g) Le terme “déclaration relative aux pratiques d’authentification” désigne une déclaration publiée par une autorité de certification, qui indique les pratiques suivies par cette autorité pour émettre et traiter de toute autre manière les certificats;

h) Le terme “signataire” désigne la personne par laquelle, ou au nom de laquelle, [une signature électronique est utilisée] [des données sont utilisées comme signature électronique].

Références

A/CN.9/454, par. 20;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, par. 16 à 20;
A/CN.9/446, par. 27 à 46 (projet d’article premier), 62 à 70 (projet d’article 4), 113 à 131 (projet d’article 8), 132 et 133 (projet d’article 9);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 16 à 27, 37 et 38, 50 à 57 et 58 à 60;
A/CN.9/437, par. 29 à 50 et 90 à 113 (projets d’articles A, B et C); et
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 52 à 60.

Remarques

21. À sa précédente session, le Groupe de travail a, faute de temps, reporté l’examen du projet d’article premier à une session ultérieure (voir A/CN.9/454, par. 19). Le texte du projet d’article premier figurant dans la présente note est donc identique à celui qui figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/76, sauf pour ce qui est du terme “sécurisée”, relatif aux signatures électroniques, qui a été supprimé.

Article 2. *Respect des exigences légales*

1. Pour ce qui est d’un message de données authentifié à l’aide d’une signature électronique [autre qu’une signature électronique [renforcée]], cette signature satisfait à toute exigence légale concernant une signature si la fiabilité de la méthode utilisée pour l’apposer est suffisante au regard de l’objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.

2. Le paragraphe 1 s’applique, que l’exigence légale qui y est visée ait la forme d’une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences s’il n’y a pas de signature.

3. Sauf disposition contraire énoncée expressément dans [les présentes Règles], les signatures électroniques qui ne sont pas des signatures électroniques [renforcées] ne sont pas soumises à la réglementation, aux normes ou aux procédures d’octroi de licences établies par ... *[les organes ou autorités indiqués par l’État dans le projet d’article 6]* ou aux présomptions créées par les articles 3, 4 et 5.

4. Les dispositions du présent article ne s’appliquent pas dans les situations suivantes: [...]

Références

A/CN.9/454, par. 21 à 27;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, par. 21; et
A/CN.9/446, par. 27 à 46 (projet d’article 1er).

Remarques

22. Le projet d’article 2 a pour objet de confirmer le lien entre l’article 7 de la Loi type et les Règles uniformes. Son paragraphe 1 prévoit une reconnaissance appropriée de l’autonomie des parties. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si les mots figurant entre crochets dans ce paragraphe [“autre qu’une signature électronique renforcée”] doivent être conservés, dans la mesure où ils laissent entendre qu’une signature électronique renforcée ne satisfait pas à l’exigence de l’article 7 de la Loi type, ce qui semble contredire l’effet de la variante B du projet d’article 3.

23. Le paragraphe 2 du projet d’article 2 a été inclus pour assurer une cohérence avec l’article 7 de la Loi type et pour les raisons exposées ci-dessus concernant la signification du terme “loi”. Le paragraphe 3 précise bien que les règles qui s’appliquent aux signatures électroniques ayant un niveau de “renforcement” ou de “sécurisation” élevé, par exemple, dans le cas des procédures d’octroi de licences aux autorités de certification ou d’autres règles éventuelles pour les signatures numériques, ne s’appliquent pas de manière générale à tous les types de “signatures électroniques”.

Section II. Signatures électroniques [renforcées]

Article 3

Variante A

Article 3. *Conformité de la signature électronique [renforcée] aux exigences légales*

1. Lorsque la loi exige une signature, cette exigence est satisfaite par une signature électronique [renforcée], [à moins qu’il ne soit prouvé que cette signature ne satisfait pas aux exigences de l’article 7 de la Loi type].

2. Le paragraphe 1 s’applique, que l’exigence légale qui y est visée ait la forme d’une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences s’il n’y a pas de signature.

3. Les dispositions du présent article ne s’appliquent pas dans les situations suivantes: [...].

Variante B

Article 3. *Présomption de signature*

1. Un message de données est présumé avoir été signé si une signature électronique [renforcée] y est apposée ou y est logiquement associée.

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

Variante C

Article 3. *Conséquences de l'utilisation d'une signature électronique [renforcée]*

1. Lorsque des conséquences juridiques découlent [de l'utilisation] d'une signature, elles découlent aussi d'une signature électronique [renforcée].

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

Références

A/CN.9/454, par. 28 à 39;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, par. 22 et 23;
A/CN.9/446, par. 47 et 48 (projet d'article 2) et 49 à 61 (projet d'article 3);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 28 à 36; et
A/CN.9/437, par. 43, 48 et 92.

Remarques

Variante A

24. La variante A offre une règle pour les signatures électroniques renforcées qui est un raccourci pour satisfaire aux exigences énoncées à l'article 7 de la Loi type. Cette variante du projet d'article 3 et le projet d'article 2 établissent les bases des Règles uniformes. Tout d'abord, le projet d'article 2 reprend le principe énoncé à l'article 7 de la Loi type selon lequel une signature électronique peut satisfaire à une exigence légale concernant une signature si elle remplit certaines conditions. La variante A du projet d'article 3 dispose ensuite qu'une signature électronique [renforcée] remplit ***effectivement*** ces conditions et l'on a ainsi un raccourci pour satisfaire aux exigences énoncées à l'article 7.

25. La disposition qui confirme que l'expression "la loi" s'applique, que l'exigence légale ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences de l'absence d'une condition particulière, a été répétée au paragraphe 2 de la variante A pour veiller à ce que cette expression ait le même sens dans le projet de règles uniformes et la Loi type.

26. Si l'on conserve les termes entre crochets figurant dans le projet de variante A, on a alors un raccourci pour satisfaire aux exigences de l'article 7 de la Loi type, avec une restriction possible lorsqu'il peut être prouvé que les exigences de cet article ne sont pas satisfaites. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir s'il convient de conserver ces termes au projet d'article 3.

Variante B

27. La variante B vise à créer la présomption qu'un message de données peut être considéré comme "signé" s'il est authentifié par une signature électronique renforcée. Cette présomption établit une distinction entre la "signature" d'un message et la question de l'identification du signataire. Elle peut être importante lorsqu'une signature n'est pas exigée par la loi, comme il est énoncé à l'article 7 de la Loi type, mais que son apposition sur un message de données peut être importante à d'autres fins, ou lorsque la loi exige qu'un message soit signé sans préciser l'identité du signataire ou encore lorsque la question de l'identité du signataire ne se pose pas.

28. Dans son libellé actuel, la variante B peut s'appliquer à des situations autres que celles envisagées à l'article 7. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si ces deux branches de l'article 7 (c'est-à-dire lorsque la loi exige une signature ou lorsque les conséquences de l'absence d'une signature sont précisées) couvrent toutes les situations dans lesquelles une signature pourrait être utilisée ou produire un effet juridique. Une disposition inspirée de la variante B pourrait sinon être utile. On pourrait alors conserver la variante B en plus de la variante A, dans la mesure où elle couvrirait les autres situations.

29. La mention, dans l'ancien projet d'article 3, du moment où la signature est apposée a été supprimée, mais le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il conviendrait d'inclure cette notion dans une autre partie du projet de Règles uniformes.

Variante C

30. Cette variante vise à établir, dans les Règles uniformes, un principe clair de non-discrimination, tel qu'il apparaît dans l'article 5 de la Loi type. L'objectif est de garantir que lorsque l'utilisation d'une signature entraîne des conséquences juridiques, que cette signature soit ou non exigée par la loi, ces conséquences sont les mêmes pour les signatures manuscrites et les signatures électroniques. L'effet de cette variante est très proche de celui de la variante B, dans la mesure où les deux se fondent sur le droit interne pour prévoir les conséquences de la signature d'un message (variante B) ou de l'emploi d'une signature (variante C).

Article 4. *Présomption d'attribution d'une signature électronique [renforcée]*

1. Une signature électronique [renforcée] est présumée être celle de la personne par laquelle, ou au nom de laquelle, elle est supposée avoir été créée, sauf s'il est établi que cette signature n'a été apposée ni par le signataire supposé, ni par une personne habilitée à agir en son nom.

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

Références

A/CN.9/454, par. 40 à 53;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, par. 24;
A/CN.9/446, par. 49 à 61 (projet d'article 3);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 33 à 36;
A/CN.9/437, par. 118 à 124 (projet d'article E); et
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 64 et 65.

Remarques

31. Le projet d'article 4 établit une présomption d'attribution pour les signatures électroniques [renforcées] et prévoit aussi deux cas où celle-ci ne s'applique pas. Il porte donc sur des questions traitées à l'article 13 de la Loi type, quoique avec quelques différences rédactionnelles. Le projet d'article 4, par exemple, a la forme d'une présomption d'attribution réfragable. Le paragraphe 2 de l'article 13 de la Loi type, en revanche, a la forme d'une présomption irréfragable, et le paragraphe 3 du même article établit une règle autorisant le destinataire à agir en se fondant sur l'attribution du message de données. Le projet d'article 4 traite de l'attribution d'une signature, alors que l'article 13 de la Loi type traite de l'attribution des messages de données. Les critères d'attribution de la signature dans le projet d'article 4 sont légèrement différents de ceux qui sont fixés dans l'article 13 de la Loi type pour l'attribution du message de données.

32. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la relation entre le projet d'article 4 et l'article 13 de la Loi type et, en particulier, se demander s'il est juridiquement nécessaire d'établir une distinction entre l'attribution du message et l'attribution de la signature qui y est apposée. Il faut tenir compte du fait que, pour des raisons techniques, il pourrait être impossible d'établir une telle distinction. Il se peut que l'attribution d'une signature doive suivre l'attribution d'un message de données, ou vice versa, auquel cas une seule règle d'attribution serait nécessaire.

33. Le projet d'article 4 a pour autre caractéristique de traiter de l'utilisation non autorisée de la signature électronique. À cet égard, il reprend des questions traitées par l'article 13 de la Loi type. Il dispose, par exemple, que la présomption d'attribution ne s'applique pas dans deux cas — lorsque la signature n'a été apposée ni par le signataire supposé, ni par une personne autorisée par le signataire supposé. L'article 13, en revanche, dispose que, même si le message n'a pas été autorisé, le destinataire peut le considérer comme étant celui de l'expéditeur supposé. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la nécessité d'inclure dans les Règles uniformes une nouvelle règle sur l'utilisation non autorisée d'une signature, ainsi que la relation entre cette règle et le projet d'article 7 sur la responsabilité.

Article 5. *Présomption d'intégrité*

1. *Variante A*

Si une [procédure de sécurité fiable] [signature électronique renforcée] est correctement [appliquée à] [apposée sur] une certaine partie d'un message de données et indique que cette partie du message n'a pas été modifiée depuis un moment précis, il est présumé que la partie du message de données en question n'a pas été modifiée depuis lors.

Variante B

Si une procédure de sécurité est capable d'établir [de manière fiable] [avec un degré de certitude élevé] qu'une certaine partie d'un message de données n'a pas été modifiée depuis un moment précis et que cette procédure, appliquée correctement, indique que le message de données n'a pas été modifié, il est présumé que [l'intégrité du message de données a été préservée] [le message de données n'a pas été modifié] depuis lors.

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

Références

A/CN.9/454, par. 54 à 63;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, par. 25 et 26;
A/CN.9/446, par. 47 et 48 (projet d'article 2);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 28 à 32; et
A/CN.9/437, par. 43, 48 et 92.

Remarques

34. Le projet d'article 5 a été révisé conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa trente-troisième session (A/CN.9/454, par. 54 à 63). Ce texte révisé vise à établir une présomption d'intégrité du message de données. À cette fin, les deux variantes du projet d'article exigent que la procédure de sécurité ait été effectivement appliquée ou la signature apposée et donne un résultat qui montre que le message n'a pas été modifié. Une fois cette preuve apportée, la présomption n'aurait que peu de valeur. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si le projet d'article devrait prendre la forme d'une présomption ou d'une règle de droit.

35. Selon une des possibilités prévues dans la variante A, l'apposition de la signature atteste l'intégrité. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il convient d'inclure à la fois l'apposition ***et*** la vérification de cette signature (et l'utilisation de la fonction de condensation ou d'abrégement) ou si l'application d'une procédure de sécurité est une formulation préférable.

36. Le paragraphe 1 du projet d'article 5, tant dans la variante A que dans la variante B, crée un lien direct entre le fait de signer un message et l'intégrité de ce message, lien qui n'est peut être pas toujours utile ou nécessaire. Dans certains cas, la fonction d'intégrité fait partie intégrante de la technique de signature électronique utilisée (comme cela peut être le cas avec certains types de signatures électroniques [renforcées]), et une présomption quant à l'intégrité énonce simplement ce qui est un résultat direct de l'utilisation de cette technique. Dans d'autres cas, la technique de signature utilisée peut ne pas permettre de satisfaire à une exigence d'intégrité, même si elle peut être considérée, sous tous ses autres aspects, comme une signature électronique [renforcée]. Il y aura en outre des cas où il pourra être nécessaire de prouver l'intégrité d'un message qui n'est pas signé. Une règle établissant un lien direct entre l'intégrité et la signature peut alors être inutile.

37. Lorsque l'intégrité est requise pour montrer qu'un message est un original, l'article 8 de la Loi type s'applique. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les questions de savoir si une présomption d'intégrité devrait être incluse dans les présentes Règles en tant que règle de droit et si la fonction d'intégrité devrait être incluse dans la définition d'une signature électronique [renforcée] et examiner par ailleurs la relation entre le présent projet d'article et l'article 8 de la Loi type.

Article 6. *Prédétermination de la signature électronique [renforcée]*

1. *[L'organe ou l'autorité indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière]* peut déterminer:

a) qu'une signature électronique est [une signature électronique [renforcée]] [satisfait aux exigences de l'article 7 de la Loi type];

[*b)* qu'une procédure de sécurité satisfait aux exigences de l'article 5].

2. Toute détermination en vertu du paragraphe 1 doit être conforme aux normes techniques internationales reconnues.

3. [Sous réserve [des présentes Règles et] de la loi applicable], les parties peuvent convenir qu'une signature électronique doit être traitée entre elles:

[*a)* comme une signature électronique [renforcée]];

[*b)* comme satisfaisant aux exigences de l'article 7 de la Loi type].

Références

A/CN.9/454, par. 64 à 75;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, par. 27;
A/CN.9/446, par. 37 à 45 (projet d'article 1er); et
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 27.

Remarques

38. La précédente version du paragraphe 1 du projet d'article 6 indiquait que la signature satisfaisait aux exigences du paragraphe *b* du projet d'article premier (définition d'une signature électronique [renforcée]). Le texte révisé du projet d'article 6 permet de déterminer qu'une signature électronique *est* une signature électronique [renforcée] ou, autre possibilité, que la signature électronique satisfait aux exigences de l'article 7, ce qui créé un raccourci clair. Si une signature électronique est une signature électronique [renforcée] au titre de la variante A du projet d'article 3, il n'est pas nécessaire de préciser qu'elle satisfait aux exigences de l'article 7, ce qui découle clairement de sa qualité de signature [renforcée].

39. La version révisée du paragraphe 1 *b* du projet d'article 6, sur laquelle le Groupe de travail s'était mis d'accord à sa trente-troisième session (A/CN.9/454, par. 73), renvoie aux "exigences de l'article 5". Tel que révisé à la même session (A/CN.9/454, par. 61), le projet d'article 5 ne fixe plus de conditions pour l'intégrité. Le Groupe de travail souhaitera peut-être revenir sur l'insertion d'une référence au projet d'article 5 au paragraphe 1 *b* du projet d'article 6.

40. Les mots "dans la mesure où celles-ci existent" ont été supprimés du paragraphe 2 du projet d'article 6, car ils ont été jugés inutiles dans le cadre d'une loi type. Dans la mesure où de telles normes existent, les États qui adoptent les règles uniformes devraient être incités à les observer et une note à cet effet pourrait être incluse dans un guide pour l'incorporation, par exemple.

41. Le libellé du paragraphe 3 du projet d'article 6 a été modifié, afin de tenir compte de la préoccupation exprimée à la trente-troisième session du Groupe de travail (A/CN.9/454, par. 71), à savoir que si l'autonomie des parties doit être respectée toute convention entre elles concernant l'utilisation d'une signature électronique ne devrait pas affecter les tiers. Le nouveau texte tient compte également d'autres remarques (A/CN.9/454, par. 75) concernant l'emploi des termes "déterminer l'***effet*** d'une signature" (soulignement ajouté) et leur interprétation possible dans des systèmes juridiques différents. Le paragraphe 3 reprend le libellé du paragraphe 1 en proposant la détermination du statut [renforcé] comme solution de rechange à la détermination que la signature satisfait aux exigences de l'article 7 de la Loi type.

Article 7. *Responsabilité du fait de l'utilisation non autorisée d'une signature électronique [renforcée]*

Variante A

Lorsque l'utilisation d'une signature électronique [renforcée] n'a pas été autorisée et lorsque le signataire supposé n'a pas exercé un soin raisonnable pour éviter l'utilisation non autorisée de sa signature et pour empêcher que le destinataire ne s'y fie,

Variante X la signature est néanmoins considérée comme autorisée, sauf si la partie qui s'y est fiée savait ou aurait dû savoir qu'elle ne l'était pas.

Variante Y le signataire supposé ne peut être tenu responsable que du coût du rétablissement des parties dans la situation qui était la leur avant l'utilisation non autorisée de la signature, sauf si la partie qui s'y est fiée savait ou aurait dû savoir que cette signature n'était pas celle du signataire supposé.

Variante Z le signataire supposé est tenu responsable du préjudice causé [et doit verser des dommages-intérêts à la partie s'étant fiée à la signature], sauf si la partie s'étant fiée à la signature savait ou aurait dû savoir qu'elle n'était pas celle du signataire supposé.

Variante B

1. Lorsque:

a) l'utilisation d'une signature électronique [renforcée] n'a pas été autorisée;

b) le signataire supposé n'a pas exercé un soin raisonnable pour éviter l'utilisation non autorisée de sa signature et pour empêcher que le destinataire ne s'y fie; et

c) le destinataire s'est, à son détriment, fié de bonne foi à la signature,

la signature est [attribuée] [attribuable] au signataire supposé aux fins de la détermination de la responsabilité pour le coût du rétablissement des parties dans la situation qui était la leur avant l'utilisation non autorisée de la signature.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si le destinataire savait ou aurait dû savoir que l'utilisation de la signature n'était pas autorisée.

Variante C

1. Lorsqu'une signature électronique [renforcée] est apposée à un message de données et lorsque:

a) son utilisation n'a pas été autorisée;

b) le signataire supposé n'a pas exercé un soin raisonnable pour éviter l'utilisation non autorisée de sa signature; et

c) le destinataire s'est, à son détriment, fié de bonne foi à la signature,

le message de données est attribué au signataire supposé sauf s'il [n'est ni juste ni équitable] [serait manifestement inéquitable] de le faire, compte tenu des raisons pour lesquelles le message de données a été utilisé et d'autres circonstances pertinentes.

2. [Lorsque les alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 1 s'appliquent, et lorsque le message de données n'est pas attribué au signataire supposé en vertu du paragraphe 1] [Lorsque le message de données n'est pas attribué au signataire supposé en vertu du paragraphe 1 pour des raisons d'iniquité manifeste], le signataire supposé est néanmoins responsable du coût du rétablissement du destinataire dans la position qui était la sienne avant l'utilisation de la signature non autorisée.

3. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

a) dans la mesure où le destinataire savait ou aurait dû savoir, s'il avait exercé un soin raisonnable, que la signature n'était pas celle du signataire supposé;

b) lorsque le destinataire a été avisé par le signataire supposé que la signature n'était pas la sienne et qu'il disposait d'un délai raisonnable pour agir en conséquence.

4. Il serait manifestement inéquitable d'attribuer une signature non autorisée à un signataire supposé au titre du paragraphe 1 lorsque:

a) cela causerait au signataire supposé un préjudice sans aucune mesure avec la perte subie par le destinataire;

b) [...]

Références

A/CN.9/454, par. 76 à 88;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, par. 28 à 30;
A/CN.9/446, par. 49 à 61 (projet d'article 3);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 33 à 36
A/CN.9/437, par. 118 à 124 (projet d'article E); et
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 64 et 65.

Remarques

42. Le projet d'article 7 a été modifié, afin d'y inclure un certain nombre de variantes dont le Groupe de travail a discuté à sa trente-troisième session (A/CN.9/454, par. 76 à 88). Telles qu'actuellement libellées, les variantes A et B soulèvent des questions qui sont traitées à l'article 13 de la Loi type, en particulier au paragraphe 3. Il convient de noter, cependant, que l'article 13 de la Loi type porte sur l'attribution d'un message de données, alors que le projet d'article 7 porte sur l'utilisation non autorisée d'une signature.

43. La question de l'attribution est traitée de façon légèrement différente dans le projet d'article 7 et dans l'article 13. Ainsi, au titre du paragraphe 4 *a* et *b* de l'article 13, dans le cas d'un message non autorisé au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 13, le destinataire peut se fier au message, à condition de ne pas avoir été avisé de l'absence d'autorisation, ou de n'avoir pu savoir que le message n'était pas autorisé. L'article 13 ne précise pas que le signataire supposé peut arguer du fait qu'il a agi raisonnablement pour protéger sa signature (c'est-à-dire en empêchant l'accès à une méthode utilisée par lui pour identifier le message de données comme étant le sien), ce qu'il peut faire en vertu de la variante B 1 *b* du projet d'article 7. En outre, l'article 13 n'aborde pas la question d'une action de bonne foi du destinataire, à son détriment; par contre, il est clair que la variante B 1 *c* du projet d'article 7 des Règles uniformes est fondée sur le préjudice subi par le destinataire et sur l'idée de restitution.

44. L'article 13 de la Loi type et le projet d'article 7 des Règles uniformes ne sont pas axés sur la même question. L'article 13 est centré sur l'attribution du message, alors que le projet d'article 7 établit une règle de responsabilité pour l'attribution de la signature. Le Groupe de travail se souviendra que le projet d'article 4 appelle une décision quant à la nécessité juridique d'établir une distinction entre l'attribution du message et l'attribution de la signature (voir par. 32 ci-dessus). Il faudra peut-être examiner la relation entre les deux projets d'articles pour veiller à ce qu'il n'y ait pas d'incertitude, lorsque le message de données est signé, sur la disposition à appliquer pour attribuer ledit message. Une des manières de procéder serait de prévoir une règle particulière applicable aux cas dans lesquels le message de données est signé à l'aide d'une signature électronique [renforcée]. La variante C du projet d'article 7 a été ajoutée à cette fin. Outre l'iniquité manifeste, le projet de paragraphe 3 de la variante C reprend les deux cas énoncés à l'article 13 où le message ne peut être attribué au signataire supposé, alors que le projet de paragraphe 4 donne quelques indications sur ce qui peut constituer une iniquité manifeste. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner d'autres situations pouvant constituer une iniquité manifeste dans le contexte de l'attribution.

Section III. Signatures numériques accompagnées de certificats

Article 8. *Teneur d'un certificat [renforcé]*

Variante A

1. Aux fins des présentes Règles, un certificat [renforcé] remplit au minimum les fonctions suivantes:

a) il identifie l'autorité de certification qui l'émet;

b) il nomme ou identifie le [signataire] [sujet du certificat] ou un dispositif ou un agent électronique sous le contrôle [du signataire] [du sujet du certificat] [de cette personne];

c) il contient une clef publique correspondant à une clef privée dont le [signataire] [sujet du certificat] a le contrôle;

d) il spécifie sa période d'effet;

e) il est signé numériquement ou sécurisé d'une autre manière par l'autorité de certification qui l'émet;

[*f)* il spécifie, le cas échéant, les restrictions à l'utilisation de la clef publique;]

[*g)* il identifie l'algorithme à appliquer].

Variante B

1. En divulguant à une quelconque partie les informations contenues dans un certificat, une autorité de certification [ou le sujet d'un certificat] s'assure que lesdites informations comprennent au moins les éléments énumérés au paragraphe 2, sauf dans la mesure où l'autorité de certification [ou le sujet, selon le cas] et ladite partie en conviennent expressément autrement.

Variante X

2. Les informations visées au paragraphe 1 sont les suivantes:

a) pour tous les certificats,

i) l'identité de l'autorité de certification qui les utilise;

ii) la clef publique correspondant à une clef privée dont le [signataire] [sujet du certificat] a le contrôle;

iii) la signature, numérique ou autre, de l'autorité de certification qui [émet le certificat] [communique les informations];

b) pour les certificats [...],

i) la période d'effet du certificat;

[ii) les restrictions, le cas échéant, à l'utilisation de la clef publique;]

[iii) l'identité de l'algorithme à appliquer.]

Variante Y

2. Les informations visées au paragraphe 1 sont les suivantes:

a) l'identité de l'autorité de certification qui utilise [le certificat] [les informations];

b) le nom ou l'identité du [signataire] [sujet du certificat] ou d'un dispositif ou d'un agent électronique sous le contrôle [du signataire] [du sujet du certificat] [de cette personne];

c) la clef publique correspondant à une clef privée dont le [signataire] [sujet du certificat] a le contrôle;

d) la signature, numérique ou autre, de l'autorité de certification [qui émet le certificat] [qui communique les informations];

3. Les certificats peuvent aussi contenir d'autres informations, notamment:

a) la période d'effet du certificat;

[*b)* les restrictions, le cas échéant, à l'utilisation de la clef publique;]

[*c)* l'identité de l'algorithme à appliquer].

Références

A/CN.9/454, par. 89 à 116;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, par. 31;
A/CN.9/446, par. 113 à 131 (projet d'article 8);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 50 à 57;
A/CN.9/437, par. 98 à 113 (projet d'article C); et
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 18 à 45, 59 et 60.

Remarques

45. Étant donné la rapidité de l'évolution des techniques et le développement de formes de certification qui ne sont pas basées sur le modèle tripartite (signataire, parties se fiant à la signature et autorité de certification), on s'est demandé, à la trente-troisième session du Groupe de travail, s'il était bien approprié d'inclure dans les Règles une seule disposition traitant de la teneur des certificats (A/CN.9/454, par. 90 à 97). La version révisée du projet d'article 8 inclut les deux variantes qui, de l'avis du Groupe de travail (A/CN.9/454, par. 116), fourniraient la base d'un débat futur.

46. La variante B tient compte de la crainte suivante: l'émission d'un certificat pourrait consister uniquement dans la délivrance dudit certificat à son titulaire impliquant alors une relation contractuelle, par opposition à la divulgation des informations contenues dans le certificat à toute tierce partie qui s'y fie. La variante B crée l'obligation de divulguer certaines informations contenues dans le certificat, sans la rattacher pour autant à l'obligation d'inclure lesdites informations dans un certificat comme condition préalable à leur divulgation. Lorsqu'un certificat ne contient pas une information, des problèmes pourraient se poser s'il y a néanmoins obligation de révéler cette information. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir s'il serait préférable de prévoir une disposition énonçant les éléments d'information minimaux à inclure dans le certificat et une autre disposition séparée traitant de l'obligation de divulgation.

Article 9. *Effet des signatures numériques accompagnées de certificats*

1. Pour ce qui est de la totalité ou de toute partie d'un message de données où l'expéditeur est identifié par une

signature numérique, ladite signature est une signature électronique [renforcée] si:

Variante A

a) elle a été créée pendant la période d'effet d'un certificat valide et est [dûment] vérifiée [pendant ladite période] par référence à la clef publique indiquée dans le certificat;

b) le certificat est censé rattacher une clef publique à l'identité [du destinataire] [d'une personne] [de l'expéditeur];

c) le certificat a été émis afin d'étayer des signatures numériques qui sont des signatures électroniques [renforcées]; et

d) le certificat a été émis:

i) par une autorité de certification agréée par ... *[l'État adoptant indique l'organe ou l'autorité ayant pouvoir d'agréer les autorités de certification et de promulguer des règles concernant leurs fonctions]*; ou

ii) 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 indique l'organe ou l'autorité ayant pouvoir d'émettre des normes reconnues concernant leurs fonctions]*; ou

[iii) conformément à des normes commercialement appropriées et internationalement reconnues].

Variante B

a) la signature numérique a été créée [de manière sûre] pendant la période d'effet d'un certificat valide et est [dûment] vérifiée [pendant ladite période] par référence à la clef publique indiquée dans le certificat; et

b) le certificat rattache une clef publique à l'identité [de la personne] [de l'expéditeur] [...] conformément aux procédures établies par:

i) [*l'État adoptant indique l'organe ou l'autorité ayant pouvoir d'agréer les autorités de certification et de promulguer des règles concernant leurs fonctions*]; ou

ii) 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; ou

iii) [des normes internationales et des pratiques ou usages commerciaux bien connus et habituellement observés dans le secteur concerné].

2. Une signature numérique qui ne satisfait pas aux conditions énoncées au paragraphe 1 est considérée comme une signature électronique [renforcée] si:

a) il existe des preuves suffisantes montrant que:

i) le certificat rattache avec précision la clef publique à l'identité du [sujet du certificat] [...]; et

ii) la signature numérique a été dûment créée et vérifiée [pendant la période d'effet d'un certificat valide] par une procédure de sécurité fiable; ou

b) elle satisfait aux critères définissant les signatures électroniques [renforcées] énoncées dans d'autres dispositions des présentes Règles.

Références

A/CN.9/454, par. 117 à 138;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, par. 32 à 38;
A/CN.9/446, par. 71 à 84 (projet d'article 5);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 39 à 44; et
A/CN.9/437, par. 43, 48 et 92.

Remarques

47. Le projet d'article 9 a été revu de manière à tenir compte de la décision prise par le Groupe de travail à sa trente-troisième session (A/CN.9/454, par. 136) d'inclure les variantes A et B dans le texte pour examen ultérieur. Cet article énonce les conditions qu'une signature numérique doit remplir pour être considérée comme une signature électronique [renforcée]. Une signature électronique [renforcée] est définie de manière générale au paragraphe *b* du projet d'article premier comme une signature qui remplit certaines conditions. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si les conditions énoncées au projet d'article 9 s'ajoutent aux conditions générales de la définition ou visent à préciser ou développer ces conditions. La version actuelle du paragraphe 2 *b* du projet d'article 9, toutefois, dispose qu'une signature numérique peut être considérée comme une signature électronique [renforcée], même si elle ne satisfait pas aux exigences du paragraphe 1 du projet d'article 9, à condition qu'elle satisfasse aux critères définissant une signature électronique [renforcée] énoncés dans d'autres dispositions des Règles. Il faudrait alors qu'elle satisfasse à la définition du projet d'article premier. S'il n'est pas clair, d'après son libellé, que le projet d'article 9 développe les conditions énoncées au projet d'article premier, les Règles établiront deux normes différentes pour ce qui doit être considéré comme une signature électronique [renforcée].

48. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le projet d'article 9 dans le contexte du projet d'article premier, en se concentrant en particulier sur la technologie des signatures numériques. Le projet d'article pourrait traiter plus particulièrement, par exemple, de la façon dont une signature numérique pourrait satisfaire aux exigences du paragraphe *b* i à iii de l'article premier.

Chapitre III. Autorités de certification et questions connexes

Article 10. *Garanties données au moment de l'émission d'un certificat [renforcé]*

1. Lorsqu'elle émet un certificat [renforcé], l'autorité de certification garantit [à toute personne qui se fie raisonnablement à ce certificat [renforcé]]:

a) qu'elle s'est conformée à toutes les conditions applicables [prévues dans les présentes Règles];

b) que toutes les informations données dans le certificat [renforcé] sont exactes à la date de son émission, [sauf si elle a déclaré dans le certificat [renforcé] que l'exactitude de certaines informations n'est pas confirmée];

c) qu'à sa connaissance n'a été omis du certificat [renforcé] aucun fait substantiel connu qui compromettrait la fiabilité des informations y étant contenues; et

[*d)* que, si elle a publié une déclaration relative aux pratiques d'authentification, elle s'est conformée à cette déclaration pour l'émission du certificat [renforcé].]

2. Lorsqu'elle émet un certificat [renforcé], l'autorité de certification garantit également, en ce qui concerne le [signataire] [sujet] indiqué dans le certificat [renforcé], [à toute personne qui se fie raisonnablement au certificat [renforcé]]:

a) que la clef publique et la clef privée du [signataire] [sujet] indiquées dans le certificat [renforcé] constituent une paire de clefs opérationnelle; et

b) qu'à la date de l'émission du certificat [renforcé] la clef privée:

i) est celle du [signataire] [sujet] indiqué dans le certificat [renforcé];

ii) correspond à la clef publique donnée dans le certificat [renforcé].

Références

A/CN.9/454, par. 139 à 144;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, par. 39;
A/CN.9/446, par. 134 à 145 (projet d'article 10);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 61 à 63;
A/CN.9/437, par. 51 à 73 (projet d'article H); et
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 70 à 72.

Remarques

49. Le projet d'article 10 tient compte de la décision prise par le Groupe de travail à sa trente-troisième session (A/CN.9/454, par. 140 à 144), bien qu'il ait été convenu que cet article devrait être examiné ultérieurement en association avec les projets d'articles 11 et 12.

50. Le texte révisé du projet d'article 10 est limité dans son application aux signatures électroniques [renforcées] dans la mesure où il n'est peut-être pas approprié d'appliquer une norme obligatoire à tous les types de certificats, dont la diversité et les différents usages risquent d'augmenter à l'avenir.

Article 11. *Responsabilité contractuelle*

1. Entre une autorité de certification émettant un certificat et le détenteur de ce certificat [ou toute autre partie se fiant au certificat qui a une relation contractuelle avec l'autorité de certification], les droits et obligations des parties [et toute restriction à cet égard] sont déterminés par convention [sous réserve de la loi applicable].

2. [Sous réserve de l'article 10], une autorité de certification peut, par convention, s'exonérer de sa responsabilité en cas de préjudice dû au fait qu'une personne s'est fiée au certificat. 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] [serait par elle-même inéquitable et aboutirait à un déséquilibre évident entre les parties] [donnerait de façon injustifiée un avantage excessif à une partie], eu égard à l'objet du contrat et à d'autres circonstances pertinentes.

Références

A/CN.9/454, par. 145 à 157;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, par. 40;
A/CN.9/446, par. 146 à 154 (projet d'article 11);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 64 et 65;
A/CN.9/437, par. 51 à 73 (projet d'article H); et
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 70 à 72.

Remarques

51. Le projet d'article 11 tient compte de la décision du Groupe de travail à sa trente-troisième session (A/CN.9/454, par. 149) de conserver dans les Règles uniformes un article conçu sur le modèle de l'article 11. La crainte a été exprimée, à cette session, que les termes "manifestement inéquitable" ne soient pas compris dans tous les systèmes juridiques (A/CN.9/454, par. 152). Il a été rappelé au Groupe de travail que le paragraphe 2 était inspiré des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (art. 7.1.6) et qu'il tentait d'établir une norme uniforme pour l'évaluation de l'acceptabilité générale des clauses d'exonération. Le fait d'indiquer que la limitation ou l'exclusion de la responsabilité pouvait être "manifestement inéquitable" dénotait une approche souple en la matière, qui avait pour but de promouvoir 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 d'elles (A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 64). D'autres mots ont été ajoutés entre crochets afin de mieux expliquer l'expression "manifestement inéquitable". Ces mots sont repris des notes explicatives de l'article 7.1.6 des Principes d'UNIDROIT.

Article 12. *Responsabilité de l'autorité de certification envers les parties se fiant au certificat*

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, lorsqu'une autorité de certification émet un certificat elle est

responsable envers toute personne se fiant raisonnablement à ce certificat:

a) des erreurs ou omissions y apparaissant, sauf si elle prouve qu'elle-même ou ses agents ont pris toutes les mesures raisonnables pour éviter des erreurs ou des omissions dans le certificat;

b) du non-enregistrement de l'annulation du certificat, sauf si elle prouve qu'elle ou ses agents ont pris toutes les mesures raisonnables pour enregistrer l'annulation promptement après réception de l'avis d'annulation; et

c) des conséquences imputables au non-respect de toute procédure énoncée dans la déclaration relative aux pratiques d'authentification qu'elle a publiée.

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 ledit 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 [dans la mesure où]:

a) l'objet de cette démarche est contraire à l'objet pour lequel le certificat a été émis;

b) il s'agit d'une transaction dont la valeur dépasse la valeur pour laquelle le certificat est valide; ou

c) [...].]"

Références

A/CN.9/454, par. 158 à 163;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, par. 41;
A/CN.9/446, par. 155 à 173 (projet d'article 12);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, par. 66 et 67;
A/CN.9/437, par. 51 à 73 (projet d'article H); et
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 70 à 72.

Remarques

52. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail est convenu que les projets d'articles 10, 11 et 12 devraient être examinés conjointement à une session ultérieure pour veiller à ce que les obligations imposées aux autorités de certification correspondent aux règles de responsabilité énoncées dans les Règles uniformes (A/CN.9/454, par. 159), mais que le projet d'article 12 devrait être conservé et révisé pour tenir compte d'un certain nombre de changements de forme. Ces changements ont été apportés dans le présent texte révisé.

Remarques générales concernant les projets d'articles 13 à 15

53. Faute de temps, le Groupe de travail n'a procédé qu'à un examen préliminaire des projets d'articles 13, 14 et 15 (A/CN.9/454, par. 164 à 169). Quelques craintes ont été exprimées concernant leur niveau de précision et les hypothèses techniques sur lesquelles ils étaient fondés. Il a été proposé de ne pas les appliquer aux signatures numériques et, puisqu'ils traitaient des obligations principales d'une autorité de certification, de déterminer tout d'abord ce que devraient être ces obligations avant d'examiner les questions de responsabilité. Il a été convenu de conserver les projets d'articles entre crochets en vue d'un examen ultérieur.

[Article 13. *Annulation d'un certificat*

"1. Pendant la période d'effet d'un certificat, l'autorité de certification qui l'a émis doit l'annuler conformément aux politiques et procédures régissant l'annulation énoncées dans la déclaration applicable relative aux pratiques d'authentification ou, en l'absence de telles politiques et procédures, promptement après:

a) réception d'une demande d'annulation par le [signataire] [sujet] indiqué dans le certificat, et confirmation que la personne demandant l'annulation en est le [signataire] [sujet] [légitime], ou est un agent du [signataire] [sujet] habilité à demander l'annulation;

b) réception d'une preuve fiable du décès du [signataire] [sujet] si ce dernier est une personne physique; ou

c) réception d'une preuve fiable que le [signataire] [sujet] a été dissous ou a cessé d'exister, lorsqu'il s'agit d'une personne morale.

2. Le [signataire] [sujet] titulaire d'une paire de clefs certifiée est tenu d'annuler le certificat correspondant ou d'en demander l'annulation lorsqu'il sait que la clef privée a été perdue, compromise ou risque d'être utilisée à mauvais escient à d'autres égards. Si le [signataire] [sujet] n'annule pas le certificat dans un tel cas, il est responsable de tout préjudice encouru par une personne s'étant fiée à un message du fait qu'il a failli à son obligation d'annuler le certificat.

3. Que le [signataire] [sujet] indiqué dans le certificat consente ou non à l'annulation, l'autorité de certification 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 de l'autorité de certification a été compromis d'une manière qui compromet la fiabilité du certificat; ou

c) que la clef privée ou le système informatique du [signataire] [sujet] a été compromis.

4. Lors de l'annulation d'un certificat en vertu du paragraphe 3, l'autorité de certification doit aviser le [signataire] [sujet] 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, elle doit aviser rapidement le [signataire] [sujet] 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 [signataire] [sujet] et l'autorité de certification,] l'annulation prend effet à partir du moment où elle est [reçue] [enregistrée] par l'autorité de certification.

[6. Entre l'autorité de certification et toute autre partie se fiant au certificat, l'annulation prend effet à partir du moment où elle est [enregistrée] [publiée] par l'autorité de certification.]"]

[Article 14. *Suspension d'un certificat*

"Pendant la période d'effet d'un certificat, l'autorité de certification 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 l'autorité de certification peut raisonnablement penser qu'elle est le [signataire] [sujet] désigné dans le certificat ou une personne autorisée à agir en son nom."]

[Article 15. *Registre des certificats*

"1. L'autorité de certification 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 l'autorité de certification

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 l'autorité de certification.

Variante C conformément aux politiques et procédures spécifiées par l'autorité de certification dans la déclaration applicable relative aux pratiques d'authentification."]

F. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-quatrième session: signatures électroniques: note du secrétariat

(A/CN.9/WG.IV/WP.80) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-6
PROJETS D'ARTICLES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES		7-24
Article A.	Définitions	7-10
Article B.	Respect des exigences concernant la signature	11-12
Article C.	Respect des exigences concernant l'original	13-14
Article D.	Détermination de la signature électronique renforcée	15
Article E.	Liberté contractuelle	16-17
Article F.	Obligations du détenteur de la signature	18-19
Article G.	Foi accordée à une signature électronique renforcée	20-21
Article H.	Obligations d'un certificateur d'informations	22-24

INTRODUCTION

1. À sa trentième session, en mai 1997, la Commission a confié au Groupe de travail sur le commerce électronique l'élaboration de règles uniformes sur les questions juridiques relatives aux signatures numériques et aux autorités de certification. S'agissant du champ d'application et de la forme exacts de ces règles uniformes, il a été généralement convenu à cette session qu'aucune décision ne pouvait être prise à un stade aussi précoce. On a estimé par ailleurs 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 à élaborer devraient être compatibles avec l'approche techniquement neutre adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (dénommée ci-après la "Loi type"). Ainsi, les règles uniformes ne devraient pas décourager l'utilisation d'autres techniques d'authentification. En outre, lorsqu'il s'agirait 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 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[1].

2. À sa trente et unième session, en juin 1998, 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 efforts déployés par le Groupe pour la préparation d'un projet de règles uniformes sur les signatures électroniques. Il a été noté qu'à ses trente et unième et trente-deuxième sessions il avait eu manifestement du mal à trouver une position commune sur les nouvelles questions juridiques découlant de l'utilisation accrue des signatures numériques et autres signatures électroniques. Il a également été 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 faits jusqu'ici étaient le signe que le projet de règles uniformes sur les signatures électroniques prenait progressivement la forme d'une structure utilisable. Elle a réaffirmé la décision qu'elle avait prise à sa trente et unième session sur la faisabilité de l'élaboration de telles règles uniformes[2] et s'est déclarée convaincue que le Groupe de travail pourrait accomplir de nouveaux progrès 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). Dans le cadre du débat, la Commission a noté avec satisfaction que le Groupe de travail était désormais généralement considéré comme une instance internationale particulièrement importante pour l'échange de vues sur les problèmes juridiques que posait le commerce électronique et la recherche de solutions à ces problèmes[3].

3. Le Groupe de travail a continué de réviser les règles uniformes à sa trente-troisième session (juillet 1998) sur la base de la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76). Le rapport sur les travaux de cette session a été publié sous la cote A/CN.9/454. Le secrétariat a établi une note contenant un projet révisé de dispositions fondé sur les délibérations et les décisions du Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/WP.79).

4. La présente note contient des projets d'articles — dont un certain nombre sont basés sur ceux qui figurent dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.79 — que le Groupe de travail pourrait examiner soit en les associant aux projets d'articles 1 à 15 du projet révisé de règles uniformes, soit en les substituant à certains de ces derniers.

5. La présente note a pour but de faciliter les échanges de vues au sein du Groupe de travail en présentant des projets d'articles fondés sur les éléments clefs des chapitres II et III du projet révisé de règles uniformes publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.79, ainsi que trois projets d'articles qui tentent de résoudre les problèmes rencontrés par le Groupe de travail lors de l'examen des questions relatives à la responsabilité. Ces trois articles s'appuient sur un certain nombre d'obligations des parties à des transactions avec signature déjà énoncées aux chapitres II et III du projet révisé de règles uniformes. La terminologie et les définitions du projet de règles uniformes figurant dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.79 ont été modifiées quand il y avait lieu.

6. Pour la rédaction de 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 organisations internationales intéressés.

PROJETS D'ARTICLES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

Article A. *Définitions*

Aux fins des présentes Règles:

a) Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données, ou jointes ou logiquement associées audit message et [pouvant être] utilisées pour [identifier le détenteur de la signature dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue].

b) Le terme "signature électronique renforcée" désigne une signature électronique qui [est créée et] peut être vérifiée par l'application d'une procédure de sécurité ou d'une combinaison de procédures de sécurité qui garantit que cette signature électronique:

i) est particulière au détenteur de la signature [aux fins pour lesquelles][dans le contexte où] elle est utilisée;

ii) peut être utilisée pour identifier objectivement le détenteur de la signature dans le cadre du message de données;

iii) a été créée et apposée au message de données par le détenteur de la signature ou à l'aide d'un moyen dont seul ce détenteur a le contrôle.

c) Le terme "détenteur de la signature" désigne une personne par qui, ou au nom de qui, une signature électronique renforcée peut être créée ou apposée à un message de données.

d) Le terme "certificateur d'informations" désigne une personne ou une entité qui, dans le cours de ses affaires, [fournit des services d'identification] [certifie des informations] qui servent à faciliter l'utilisation de signatures électroniques renforcées.

Remarques

7. Le présent document tient compte de la décision prise par le Groupe de travail à sa trentième session selon laquelle, conformément à l'approche techniquement neutre adoptée dans la Loi type, les Règles uniformes ne de-

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/52/17 et Corr. 1), par. 250.

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

[3] Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 207 et 208.

vraient décourager l'utilisation d'aucune méthode, "si la fiabilité de cette méthode est suffisante", susceptible de remplacer les signatures manuscrites et autres signatures sur support papier, conformément à l'article 7 de la Loi type. Toutefois, il se fonde sur une définition large de la signature électronique, afin de se concentrer plus particulièrement sur les signatures qui offrent un degré de fiabilité élevé par référence à un ensemble de critères qui, une fois appliqués, produiraient des effets juridiques.

8. Les définitions des termes "signatures électroniques" et "signatures électroniques renforcées" visent à englober toutes les techniques applicables pour obtenir l'équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite, au sens de l'article 7 de la Loi type.

9. Le terme "détenteur de la signature" a été adopté dans le présent projet pour surmonter les problèmes qu'engendrait l'emploi du terme "signataire", à savoir que, dans son acception normale, ce mot implique qu'une signature a déjà été créée, alors que dans les présents projets d'articles, par exemple, le détenteur de la signature a certaines obligations de protéger sa signature électronique renforcée, qu'il l'appose ou non effectivement à un message de données. Cette situation est comparable à celle du détenteur d'une carte de crédit ou d'une carte de paiement dont le code secret doit être protégé, que la carte ait ou non été utilisée.

10. Le terme "certificateur d'informations" remplace le terme plus spécifique "autorité de certification" qui s'entend généralement dans le contexte des signatures numériques uniquement, afin qu'il soit bien clair que le projet de règles uniformes doit également s'appliquer aux techniques de signature qui peuvent ne pas être des signatures numériques, mais qui peuvent néanmoins utiliser des fonctions analogues à celles qui caractérisent les signatures numériques.

Article B. *Respect des exigences concernant la signature*

1. Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données s'il est fait usage d'une signature électronique dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris tout accord en la matière.

2. Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données s'il est fait usage d'une signature électronique renforcée.

3. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent, que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences s'il n'y a pas de signature.

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

Remarques

11. Le projet d'article B a pour objet de confirmer le lien avec l'article 7 de la Loi type. Le paragraphe 1 reprend le principe énoncé dans cet article, selon lequel une signature électronique peut satisfaire à une exigence légale concernant une signature si elle remplit certaines conditions. Le paragraphe 2 dispose qu'une signature électronique renforcée remplit ***effectivement*** ces conditions et crée un raccourci pour satisfaire à l'exigence de l'article 7.

12. Les paragraphes 3 et 4 permettent d'assurer la cohérence avec l'article 7 de la Loi type.

Article C. *Respect des exigences concernant l'original*

1. Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données s'il est fait usage d'une signature électronique qui offre une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive, en tant que message de données ou autre.

2. Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données s'il est fait usage d'une signature électronique renforcée.

3. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent, que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences lorsqu'il n'y a pas de signature.

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

Remarques

13. Le projet d'article C a pour objet de confirmer le lien avec l'article 8 de la Loi type. Le paragraphe 1 reprend le principe énoncé dans cet article, selon lequel une signature électronique peut satisfaire à une exigence légale concernant un original si elle remplit certaines conditions. Le paragraphe 2 dispose qu'une signature électronique renforcée remplit ***effectivement*** ces conditions et crée un raccourci pour satisfaire à l'exigence de l'article 8.

14. Les paragraphes 3 et 4 permettent d'assurer une cohérence avec l'article 7 de la Loi type.

Article D. *Détermination de la signature électronique renforcée*

1. *[L'organe ou l'autorité indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière]* peut déterminer qu'une signature électronique est une signature électronique renforcée.

2. Toute détermination en vertu du paragraphe 1 doit être conforme aux normes internationales reconnues.

Remarques

15. Le projet d'article D vise à indiquer clairement qu'un État adoptant peut désigner un organe ou une autorité habilité à déterminer les techniques particulières remplissant les conditions requises pour être considérées comme une signature électronique renforcée. Le paragraphe 2 a pour but d'encourager les États à veiller à ce que les déterminations en vertu du paragraphe 1 soient conformes aux normes internationales, s'il y a lieu, et faciliter ainsi l'harmonisation des pratiques concernant les signatures électroniques renforcées ainsi que l'utilisation et la reconnaissance internationales des signatures.

Article E. *Liberté contractuelle*

Le détenteur d'une signature ou toute personne qui peut se fier à la signature électronique dudit détenteur peut déterminer qu'entre eux la signature électronique doit être traitée comme une signature électronique renforcée.

Remarques

16. Le projet d'article E reconnaît l'importance de l'autonomie des parties dans l'utilisation des signatures électroniques renforcées, mais garantit par ailleurs que toute convention concernant ce qui peut être considéré comme une signature électronique renforcée n'a pas d'effet sur une personne qui n'y est pas partie (par exemple, un tiers).

17. Ce projet d'article vise à assurer la cohérence avec l'approche adoptée dans la Loi type concernant l'autonomie des parties, en particulier à l'article 4. La Loi type prévoit en effet que certains articles (ceux du chapitre II) doivent être considérés comme impératifs, mais qu'ils peuvent néanmoins être modifiés par convention, dans la mesure où la législation nationale le permet. De même, le projet d'article E ne vise pas à permettre aux parties de modifier les exigences de forme lorsque la législation nationale ne les y autorise pas.

Article F. *Obligations du détenteur de la signature*

1. Le détenteur d'une signature a l'obligation:

a) de faire preuve de la diligence voulue pour éviter l'utilisation non autorisée de sa signature;

b) d'avertir [les personnes voulues] [aussitôt que possible] si sa signature est compromise et pourrait être utilisée pour créer des signatures électroniques renforcées non autorisées;

c) de veiller, de bonne foi, à ce que toutes les déclarations faites par lui aux certificateurs d'informations et aux parties se fiant à la signature soient exactes et complètes.

2. Le détenteur d'une signature est responsable des conséquences de l'inexécution des obligations énoncées au paragraphe 1.

Remarques

18. Le projet d'article F établit les normes minimales que le détenteur d'une signature a l'obligation de respecter pour ce qui est de la détention et de l'utilisation de cette signature, y compris la notification lorsque la signature est compromise, et dans ses rapports avec les certificateurs d'informations et les parties se fiant à la signature. Ce projet d'article énonce les obligations essentielles auxquelles une personne utilisant une signature électronique renforcée est généralement censée satisfaire.

19. Le projet d'article établit que le détenteur de la signature est responsable des conséquences de l'inexécution de ces obligations, mais précise que c'est à la législation nationale de déterminer quelles seraient ces conséquences. Il est évident qu'un tel article n'est pas de nature à encourager l'élaboration de règles harmonisées sur les signatures électroniques. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner une règle s'inspirant du projet d'article 7 des Règles uniformes (voir A/CN.9/WG.IV/WP.79) prévoyant de manière plus précise ces conséquences.

Article G. *Foi accordée à une signature électronique renforcée*

Une personne est fondée à se fier à une signature électronique renforcée à condition de prendre des mesures raisonnables pour déterminer si ladite signature est valable et n'a pas été compromise ou annulée.

Remarques

20. Le projet d'article G reprend le principe énoncé au paragraphe 3 de l'article 13 de la Loi type selon lequel une partie qui se fie à un message de données ou, dans le cas présent, à une signature électronique renforcée n'est fondée à le faire que dans certaines circonstances. Elle n'est pas fondée à se fier à une signature lorsqu'elle aurait pu découvrir, en prenant des mesures raisonnables, que la signature avait été compromise et n'était plus valable, ou lorsqu'elle savait ou aurait dû savoir que les déclarations concernant, par exemple, l'autorisation de la signature n'étaient pas valables. Aux fins de ce projet d'article, on part du principe que la validité englobe la notion d'autorisation de la signature.

21. Les mesures raisonnables peuvent, par exemple, consister en la vérification des informations fournies par un certificateur d'informations quant à la validité des signatures qu'il a certifiées, ou la vérification d'une signature grâce à une procédure convenue avec le détenteur de la signature ou raisonnable compte tenu des circonstances.

Article H. *Obligations d'un certificateur d'informations*

1. Un certificateur d'informations a l'obligation:

a) d'agir conformément aux déclarations qu'il fait concernant ses pratiques;

b) de prendre des mesures raisonnables pour déterminer avec exactitude l'identité du détenteur de la signature et tous autres faits ou informations qu'il certifie;

c) de fournir des moyens raisonnablement accessibles qui permettent à une partie se fiant à la signature de s'assurer:

i) de l'identité du certificateur d'informations;

ii) de la méthode employée pour identifier le détenteur de la signature;

iii) de toutes restrictions quant aux fins pour lesquelles la signature peut être utilisée; et

iv) du fait que la signature est valable et n'a pas été compromise;

d) de fournir un moyen permettant au détenteur de la signature d'avertir qu'une signature électronique renforcée a été compromise;

e) de veiller, de bonne foi, à ce que toutes les déclarations qu'il fait sont exactes et complètes;

f) d'utiliser des systèmes et des procédures fiables pour la fourniture de ses services.

2. Un certificateur d'informations est responsable des conséquences de l'inexécution des obligations énoncées au paragraphe 1.

Remarques

22. Le projet d'article H, tout comme le projet d'article F, établit des normes minimales qu'un certificateur d'informations a l'obligation de respecter dans la conduite de ses affaires, notamment certifier les informations concernant l'identification du détenteur de la signature, faire savoir si les signatures sont toujours valables et adresser une notification lorsqu'elles sont compromises, ainsi que dans ses relations avec les détenteurs de signatures et les parties se fiant à ces signatures. Le projet d'article expose les obligations essentielles auxquelles toute personne exerçant la profession de certificateur d'informations est généralement censée satisfaire en ce qui concerne les signatures électroniques renforcées.

23. Le projet d'article établit que le certificateur d'informations est responsable des conséquences de l'inexécution de ces obligations, mais laisse à la législation nationale le soin de déterminer ce que seraient ces conséquences.

24. Le présent projet d'article, tout comme le projet d'article F, qui laisse à la législation nationale le soin de déterminer les conséquences de l'inexécution de ces obligations, n'est pas de nature à encourager l'élaboration de règles harmonisées sur les signatures électroniques. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner une règle s'inspirant du projet d'article 7 des Règles uniformes (voir A/CN.9/WG.IV/WP.79), précisant ce que pourraient être ces conséquences.

III. PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

Projets de chapitres du guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé: rapport du Secrétaire général

(A/CN.9/458 et Add.1 à 9) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Pages

[A/CN.9/458]

INTRODUCTION 249

I. PROJET DE STRUCTURE ET DE CONTENU DU GUIDE LÉGISLATIF 250

II. CONCLUSIONS 251

[A/CN.9/458/Add.1]

INTRODUCTION ET INFORMATIONS GÉNÉRALES SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ 252

A. Objectif et portée du *Guide* 252

B. Terminologie employée dans le *Guide* 252

1. "Infrastructure publique" et "services publics" 252
2. "Concession", "accord de projet" et expressions apparentées 253
3. Références aux autorités nationales 253
4. "Construction-exploitation-transfert" et expressions apparentées 254

C. Formes de participation du secteur privé aux projets d'infrastructure 254

1. Propriété et exploitation publiques 254
2. Propriété publique et exploitation privée 255
3. Propriété et exploitation privées 255

D. Structures de financement et sources de financement des projets d'infrastructure 255

1. Notion de financement de projet 255
2. Sources de financement des projets d'infrastructure 255

E. Principales parties associées à la mise en œuvre de projets d'infrastructure 257

1. L'autorité contractante et autres organismes publics 257
2. La société de projet et les promoteurs du projet 258
3. Prêteurs 258
4. Institutions financières internationales et organismes de crédit à l'exportation 258
5. Assureurs 258
6. Experts et conseillers indépendants 259

F. Politique en matière d'infrastructures, structure du secteur et concurrence 259

1. Investissement privé et politique en matière d'infrastructures 259
2. Restructuration des secteurs infrastructurels 261

[A/CN.9/458/Add.2]

CHAPITRE PREMIER. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LA LÉGISLATION 263

Recommandations concernant la législation 263

Notes sur les recommandations concernant la législation 264

Pages

A. Observations générales 264
1. Le droit constitutionnel et les projets d'infrastructure à financement privé 264
2. Choix des modalités législatives 264
3. Le régime juridique des projets d'infrastructure à financement privé 265

B. Étendue du pouvoir d'octroyer des concessions 266
1. Organismes autorisés et domaines d'activité pertinents 266
2. Objectif et nature des concessions 266
3. Propriété et utilisation de l'infrastructure 267

C. Coordination administrative 267
1. Coordination des mesures préparatoires 268
2. Modalités visant à faciliter la délivrance de licences et de permis 268

D. Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure 269
1. Organismes réglementaires 269
2. Réglementation: mécanisme et procédures 271

[A/CN.9/458/Add.3]

CHAPITRE II. RISQUES DE PROJET ET APPUI DES POUVOIRS PUBLICS 272

Recommandations concernant la législation 272

Notes sur les recommandations concernant la législation 272

A. Généralités 272

B. Risques de projet et répartition des risques 272
1. Aperçu des principales catégories de risque de projet 273
2. Arrangements contractuels pour la répartition et l'atténuation des risques . 274

C. Appui des pouvoirs publics 276
1. Considérations pratiques concernant l'appui des pouvoirs publics 276
2. Formes d'appui des pouvoirs publics 277

D. Garanties offertes par des institutions financières internationales 281
1. Garanties émises par des institutions financières internationales 281
2. Garanties accordées par l'Agence multilatérale de garantie des investissements 282

E. Garanties fournies par des institutions bilatérales 283

[A/CN.9/458/Add.4]

CHAPITRE III. SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE 284

Recommandations concernant la législation 284

Notes sur les recommandations concernant la législation 287

A. Considérations générales 287
1. Procédures de sélection visées par le *Guide* 287
2. Objectifs généraux des procédures de sélection 288
3. Caractéristiques particulières des procédures de sélection dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé 289
4. Préparatifs pour la procédure de sélection 291

B. Présélection des soumissionnaires 292
1. Invitation à participer à la procédure de présélection 292
2. Critères de présélection 293
3. Questions relatives à la participation de consortiums de soumissionnaires . 293
4. Présélection et préférences nationales 294
5. Contribution aux frais de participation à la procédure de sélection 294
6. Procédure de présélection 294

C. Procédures de sollicitation de propositions 295
1. Phases de la procédure 295
2. Teneur de la sollicitation définitive de propositions 296

Pages

3. Éclaircissements et modifications 297
4. Teneur des propositions définitives 298
5. Critères d'évaluation 299
6. Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions 300
7. Négociations finales 301
8. Avis d'attribution du projet 301

D. Négociations directes 301
1. Circonstances autorisant le recours à des négociations directes 302
2. Mesures visant à améliorer la transparence dans les négociations directes . 303

E. Propositions spontanées 304
1. Considérations de politique générale 304
2. Traitement des propositions spontanées 305

F. Procédures de recours 307

G. Procès-verbal de la procédure de sélection 308

[A/CN.9/458/Add.5]

CHAPITRE IV. L'ACCORD DE PROJET 309

Recommandations concernant la législation 309

Notes sur les recommandations concernant la législation 310

A. Considérations générales 310
1. L'accord de projet dans la législation 310
2. Conclusion de l'accord de projet 310

B. Conditions fondamentales de l'accord de projet 311
1. Arrangements financiers 311
2. Site du projet 313
3. Servitudes 315
4. Sûretés 315
5. Statut juridique du concessionnaire 316
6. Cession de la concession 318
7. Cessibilité des actions de la société de projet 319
8. Durée de l'accord de projet 320

[A/CN.9/458/Add.6]

CHAPITRE V. CONSTRUCTION ET EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE 321

Recommandations concernant la législation 321

Notes sur les recommandations concernant la législation 322

A. Observations générales 322

B. Sous-traitance 322

C. Projets de construction 323
1. Examen et approbation des plans de construction 323
2. Modification des modalités du projet 323
3. Pouvoirs de surveillance de l'autorité contractante 324

D. Exploitation de l'infrastructure 325
1. Obligations générales des prestataires de services publics 325
2. Contrôle des prix 327
3. Obligation de divulgation 328
4. Normes de résultat 328
5. Pouvoirs conférés au concessionnaire pour faire respecter les obligations . 329

E. Garanties de bonne fin et assurance 329
1. Types, fonctions et nature des garanties de bonne fin 329
2. Avantages et inconvénients des différents types de garanties de bonne fin 330
3. Mécanismes d'assurance 331

Pages

F. Changements de circonstances 331
1. Changements législatifs et réglementaires 332
2. Changements de la conjoncture économique 332

G. Clauses exonératoires 333
1. Définition des empêchements exonératoires 333
2. Conséquences pour les parties 334

H. Défaillances et recours 335
1. Considérations générales sur les défaillances et sur les recours 335
2. Droits d'intervention de l'autorité contractante 335
3. Droits d'intervention des prêteurs et transfert obligatoire de la concession 336

[A/CN.9/458/Add.7]

CHAPITRE VI. ACHÈVEMENT DU PROJET, PROROGATION ET RÉSILIATION 337

Recommandations concernant la législation 337

Notes sur les recommandations concernant la législation 338

A. Observations générales 338

B. Prorogation de l'accord de projet 338

C. Résiliation 339
1. Résiliation par l'autorité contractante 339
2. Résiliation par le concessionnaire 342
3. Résiliation par l'une ou l'autre partie 342

D. Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet 342
1. Transfert d'actifs associés au projet 343
2. Arrangements financiers au moment de la résiliation 344
3. Mesures de liquidation et mesures transitoires 346

[A/CN.9/458/Add.8]

CHAPITRE VII. DROIT APPLICABLE 349

Recommandations concernant la législation 349

Notes sur les recommandations concernant la législation 349

A. Considérations générales 349

B. Droit applicable à l'accord de projet et aux contrats connexes 349
1. Droit applicable à l'accord de projet 349
2. Droit applicable aux contrats conclus par le concessionnaire 350

C. Autres domaines pouvant appeler des mesures législatives 350
1. Promotion et protection des investissements 350
2. Droit de la propriété 350
3. Règles et procédures d'expropriation 351
4. Droit de la propriété intellectuelle 351
5. Sûretés 352
6. Droit des sociétés 353
7. Pratiques comptables 354
8. Droit des contrats 354
9. Règles applicables aux marchés publics et droit administratif 354
10. Droit de l'insolvabilité 355
11. Droit fiscal 355
12. Protection de l'environnement 356
13. Droit relatif à la protection des consommateurs 357
14. Mesures anticorruption 357

D. Accords internationaux 358
1. Appartenance aux institutions financières multilatérales 358
2. Accords généraux sur la facilitation et la promotion des échanges 358
3. Accords internationaux sur des secteurs particuliers 358

Pages

[A/CN.9/458/Add.9]

CHAPITRE VIII. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS 359
Recommandations concernant la législation 359
Notes sur les recommandations concernant la législation 359
A. Généralités 359
B. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire 360
1. Généralités 360
2. Négociation 361
3. Conciliation 361
4. Recours à un expert-arbitre ou à un conseil d'examen des différends 362
5. Arbitrage 364
6. Procédure judiciaire 368
C. Règlement des différends commerciaux 369
1. Remarques générales 369
2. Types particuliers de contrats et de différends 369
D. Différends entre d'autres parties 370
1. Différends entre le concessionnaire et ses clients 370
2. Procédures de règlement des désaccords entre l'organe réglementaire et le concessionnaire 371

[A/CN.9/458]

INTRODUCTION

1. À sa vingt-neuvième session, en 1996, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, après avoir examiné la note du secrétariat sur les projets de construction-exploitation-transfert (CET) [A/CN.9/424], a décidé d'établir un guide législatif visant à aider les États à élaborer ou moderniser leur législation relative à ces projets[1]. 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 pour examen.

2. À sa trentième session, en 1997, la Commission a examiné une table des matières annotée énumérant les sujets qui pourraient être traités dans le guide législatif (A/CN.9/438, annexe). Elle a également examiné des avant-projets pour les chapitres suivants: chapitre Ier, "Champ d'application, but et terminologie du *Guide*" [A/CN.9/438/Add.1]; chapitre II, "Parties aux projets et phases d'exécution" (A/CN.9/438/Add.2); et chapitre V, "Mesures préparatoires" (A/CN.9/438/Add.3). Après un échange de vues sur la nature des questions à examiner et sur les méthodes pouvant être utilisées pour les traiter dans le guide, la Commission a dans l'ensemble approuvé les orientations proposées par le secrétariat telles qu'elles ressortaient de ces documents[2]. Elle a prié le secrétariat de recourir à des experts extérieurs, le cas échéant, lors de l'élaboration des futurs chapitres, et a invité les gouvernements à recenser les experts qui pourraient aider le secrétariat dans sa tâche.

3. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission a été saisie des versions révisées des chapitres mentionnés, ainsi que d'avant-projets de nouveaux chapitres, qui avaient été élaborés par le secrétariat avec l'aide d'experts extérieurs et en consultation avec d'autres organisations internationales. Les documents comprenaient une table des matières révisée (A/CN.9/444) et un projet d'introduction au guide législatif (A/CN.9/444/Add. 1), qui regroupaient, avec des amendements, le contenu des documents A/CN.9/438/Add.1 et 2. D'autres documents contenaient également des avant-projets de chapitres: chapitre Ier, "Considérations générales sur la législation" (A/CN.9/444/Add.2); chapitre II, "Structure et réglementation des secteurs" (A/CN.9/444/Add.3); chapitre III, "Sélection du concessionnaire" (A/CN.9/444/Add.4); et chapitre IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet" (A/CN.9/444/Add.5), qui incorporait certaines parties du document A/CN.9/438/Add.3. La Commission a examiné diverses suggestions concernant les projets de chapitres, ainsi que des propositions tendant à modifier la structure du guide et à réduire le nombre de ses chapitres[3]. Elle a prié le secrétariat de poursuivre l'élaboration des futurs chapitres avec l'aide d'experts extérieurs, afin de les lui soumettre à sa trente-deuxième session.

4. Conformément à la demande de la Commission, le secrétariat a modifié la structure générale du guide, combiné certains de ses chapitres, révisé les documents examinés par la Commission à sa trente et unième session et élaboré des avant-projets pour les chapitres restants, avec l'aide d'experts extérieurs et en consultation avec d'autres organisations internationales. Le projet du guide complet fait l'objet des additifs 1 à 9 du présent document (A/CN.9/458/Add.1 à 9).

---

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

[2] Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 231 à 247.

[3] Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 12 à 206.

I. PROJET DE STRUCTURE ET DE CONTENU DU GUIDE LÉGISLATIF

Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé

5. Un précédent projet d'introduction avait été publié sous la cote A/CN.9/444/Add.1. Un projet révisé, tenant compte des suggestions formulées à la trente et unième session de la Commission[4], fait l'objet d'un additif du présent document (A/CN.9/458/Add.1).

6. Lorsqu'il a élaboré le texte révisé de l'introduction, le secrétariat a accordé une attention particulière à l'observation faite par la Commission à sa trente et unième session, selon laquelle certaines parties de cette introduction étaient trop longues et gagneraient à être abrégées, en particulier celles qui anticipaient quelque peu sur des sujets devant être traités plus en détail dans les chapitres consacrés aux questions de fond[5].

7. Le texte révisé de l'introduction incorpore certains éléments de l'ancien chapitre II, "Structure et réglementation des secteurs" (A/CN.9/444/Add.3), suite à la décision prise par la Commission à sa trente et unième session de transférer dans l'introduction du guide les passages relatifs à la concurrence et à la structure des secteurs qui figuraient dans la section A, "Structure du marché et concurrence", et la section B, "La législation et la réforme sectorielle", de ce chapitre[6].

Chapitre premier. Considérations générales sur la législation

8. Un précédent projet de chapitre premier avait été publié sous la cote A/CN.9/444/Add.2. Un projet révisé, tenant compte des suggestions formulées par la Commission à sa trente et unième session[7], fait l'objet d'un additif du présent document (A/CN.9/458/Add.2).

9. La section D de ce projet de chapitre incorpore certains passages de l'ancien chapitre II, "Structure et réglementation des secteurs" (A/CN.9/444/Add.3), qui portaient sur des aspects administratifs et organisationnels du fonctionnement des organismes réglementaires.

10. Le document A/CN.9/444/Add.2 présentait, dans ses sections B et C, un examen des incidences que pouvaient avoir d'autres domaines de la législation sur le succès des projets d'infrastructure à financement privé et de la pertinence éventuelle pour la législation interne régissant ces projets d'accords internationaux conclus par le pays hôte. Cet examen a été transféré au projet de chapitre VII, "Droit applicable" (A/CN.9/458/Add.8).

Chapitre II. Risques de projet et appui des pouvoirs publics

11. Un avant-projet de chapitre II (précédemment chapitre V) fait l'objet d'un additif du présent document (A/CN.9/458/Add.3).

12. La section B de ce projet de chapitre donne une vue d'ensemble des principaux risques associés aux projets d'infrastructure à financement privé et examine brièvement les solutions contractuelles courantes pour la répartition de ces risques. La section C présente les considérations de politique générale dont les pouvoirs publics peuvent souhaiter tenir compte lorsqu'ils décident de l'importance de l'appui direct à fournir aux projets d'infrastructure et passe en revue certaines autres mesures d'appui adoptées dans des programmes publics visant à promouvoir l'investissement privé dans la construction d'infrastructures, sans toutefois en privilégier aucune. Enfin, les sections D et E donnent un aperçu général des garanties et des mesures d'appui que peuvent offrir les institutions financières internationales et bilatérales.

Chapitre III. Sélection du concessionnaire

13. Une précédente version de ce chapitre a été publiée sous la cote A/CN.9/444/Add.4. Un projet révisé, tenant compte des suggestions formulées par la Commission à sa trente et unième session[8], fait l'objet d'un additif du présent document (A/CN.9/458/Add.4).

14. Lorsqu'il a élaboré la version révisée du projet de chapitre III, le secrétariat a accordé une attention particulière à l'observation faite par la Commission à sa trente et unième session, selon laquelle ce chapitre devrait expliciter davantage le fait que les procédures faisant appel à la concurrence généralement utilisée pour la passation de marchés de biens, de travaux ou de services n'étaient pas totalement adaptées aux projets d'infrastructure à financement privé[9]. Le secrétariat s'est efforcé d'éviter d'employer une terminologie qui, dans certains systèmes juridiques, s'applique normalement aux méthodes de passation de marchés de biens, de travaux et de services. Des modifications importantes ont été apportées, en particulier aux sections portant sur les critères de présélection, la teneur des sollicitations définitives de propositions, les critères d'évaluation, les procédures d'ouverture et d'évaluation des propositions, les négociations directes, les propositions spontanées et les procédures de recours. Une nouvelle sous-section a en outre été ajoutée portant sur les mesures propres à améliorer la transparence dans les négociations directes.

Chapitre IV. L'accord de projet

15. Une version précédente de ce chapitre a été publiée sous la cote A/CN.9/444/Add.5. Un projet révisé, tenant compte des suggestions formulées par la Commission à sa trente et unième session[10], fait l'objet d'un additif du présent document (A/CN.9/458/Add.5).

[4]Ibid., par. 23 à 49.

[5]Ibid., par. 32 et 47.

[6]Ibid., par. 101 et 102.

[7]Ibid., par. 50 à 95.

[8]Ibid., par. 123 à 175.

[9]Ibid., par. 129.

[10]Ibid, par. 176 à 201.

Chapitre V. Construction et exploitation de l'infrastructure

16. Un avant-projet de chapitre V fait l'objet d'un additif du présent document (A/CN.9/458/Add.6). Ce projet regroupe des questions qu'il avait été précédemment proposé de traiter dans des chapitres séparés[11].

17. Les questions examinées dans ce projet de chapitre comprennent les questions juridiques relatives à la sous-traitance et à la phase de construction (qu'il avait été précédemment proposé d'incorporer dans un chapitre séparé intitulé "Phase de construction"); les conditions d'exploitation de l'infrastructure, le niveau et la qualité des services, la structure des tarifs et les dispositions d'ajustement des prix (qu'il avait été précédemment proposé d'incorporer dans un chapitre séparé intitulé "Phase d'exploitation"); les prévisions et recours en cas de défaillance ou de rupture de l'accord de projet, les dispositions traitant des changements de circonstances et des événements imprévus, les garanties de bonne fin et les obligations du concessionnaire en matière d'assurance (qu'il avait été précédemment proposé de traiter dans un chapitre séparé intitulé "Retards, défectuosités et autres défauts d'exécution").

18. Conformément à la décision prise par la Commission à sa trente et unième session de transférer la partie consacrée aux questions de réglementation, qui se trouvait alors à la section C de l'ancien chapitre II, "Structure et réglementation des secteurs" (A/CN.9/444/Add.3), dans un futur chapitre portant sur la phase d'exploitation[12], le projet de chapitre V comporte une section consacrée à certaines questions de réglementation telles que les obligations générales des prestataires de services publics et les mesures de contrôle des prix.

Chapitre VI. Achèvement du projet, prorogation et résiliation

19. Un avant-projet de chapitre VI (précédemment chapitre IX) fait l'objet d'un additif du présent document (A/CN.9/458/Add.7).

20. La section B porte sur la question de savoir si et dans quelles circonstances l'accord de projet peut être prorogé. La section C examine les circonstances dans lesquelles il est possible d'autoriser la résiliation de l'accord de projet avant son expiration. Enfin, la section D est consacrée aux dispositions relatives à l'achèvement du projet, y compris le transfert des actifs et le dédommagement auquel peut avoir droit chacune des parties en cas de résiliation anticipée de l'accord de projet.

[11]Voir A/CN.9/444, par. 21 à 24.

[12]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 101 et 102.

Chapitre VII. Droit applicable

21. Un avant-projet de chapitre VII (précédemment chapitre X) fait l'objet d'un additif du présent document (A/CN.9/458/Add.8).

22. La section B de ce projet de chapitre traite du choix de la loi ou des lois applicables à l'accord de projet et à d'autres contrats conclus par le concessionnaire pendant la durée du projet. La section C est axée sur quelques aspects particuliers des lois du pays hôte qui, sans nécessairement viser directement des projets d'infrastructure à financement privé, peuvent avoir un impact sur leur exécution. La section D indique la pertinence éventuelle de certains accords internationaux pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé dans le pays hôte. La teneur des sections C et D figurait dans une version antérieure du chapitre premier, "Considérations générales sur la législation" (A/CN.9/444/Add.2).

Chapitre VIII. Règlement des différends

23. Un avant-projet de chapitre VIII (précédemment chapitre XI) fait l'objet d'un additif du présent document (A/CN.9/458/Add.9).

24. La section B de ce projet de chapitre traite des mécanismes de règlement des différends entre le concessionnaire et l'autorité contractante. La section C porte sur les différends entre le concessionnaire et d'autres parties, telles que ses entrepreneurs, fournisseurs, prêteurs et clients. Enfin, la section D est consacrée aux méthodes de conciliation et autres méthodes analogues de règlement des différends.

II. CONCLUSIONS

25. La Commission souhaitera peut-être noter que le calendrier proposé pour sa trente-deuxième session, tel qu'il figure dans l'ordre du jour provisoire (A/CN.9/453), prévoit de consacrer les huit 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 examiner de façon approfondie les projets de chapitres et en particulier la nouvelle structure du guide, pour voir si ces chapitres abordent les questions pertinentes, si les énoncés répondent bien aux besoins pratiques des projets d'infrastructure à financement privé et si les conseils donnés sont appropriés. Par ailleurs, la Commission voudra peut-être déterminer si les recommandations concernant la législation, telles qu'actuellement formulées, reflètent bien la notion de principes législatifs concis qu'elle envisageait[13]. Enfin, elle souhaitera peut-être déterminer tous sujets pour lesquels l'élaboration de dispositions législatives types ajouterait à l'intérêt du guide[14].

[13]Ibid., par. 204.

[14]Ibid., par. 21.

[A/CN.9/458/Add.1]

INTRODUCTION ET INFORMATIONS GÉNÉRALES SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ*

A. *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 publiques grâce à l'investissement privé. Il se propose de servir d'ouvrage de référence à consulter lors de l'élaboration de nouvelles lois ou de l'examen de l'efficacité des lois et réglementations existantes. À cette fin, il aide à identifier les domaines du droit qui sont en général les mieux adaptés à l'investissement de capitaux privés dans des projets d'infrastructure publique et examine le contenu des lois qui contribueraient à attirer des capitaux privés, nationaux et étrangers.

2. Le *Guide* ne fournit 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. Les avis qu'il donne visent à concilier le souhait de faciliter et d'encourager la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure, d'une part, et diverses préoccupations d'intérêt public du pays hôte, d'autre part.

3. Le *Guide* ne vise pas à offrir des conseils sur la rédaction des accords pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé ou sur les solutions contractuelles des problèmes qui se posent dans le cadre de ces accords. Lorsqu'il aborde des questions contractuelles (par exemple, aux chapitres IV, "L'accord de projet", V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", et VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation"), l'accent est mis sur les points qui pourraient être utilement traités dans la législation, et non seulement dans les accords pertinents.

4. Le *Guide* accorde une attention spéciale aux projets d'infrastructure qui comportent une obligation, de la part des investisseurs sélectionnés, d'entreprendre des travaux de construction physique, de réparation ou d'extension en échange du droit de faire payer un prix soit à la population, soit à un organisme public, pour l'utilisation de l'infrastructure ou pour les services qu'elle génère. Bien que de tels projets soient parfois associés à d'autres opérations ayant pour but de "privatiser" des fonctions ou des biens de l'État, le *Guide* ne vise pas les opérations de "privatisation" qui ne se rapportent pas à la construction et à l'exploitation d'une infrastructure publique. Le *Guide* ne vise pas non plus les projets d'exploitation de ressources naturelles, tels que les projets d'extraction minière ou d'exploitation de pétrole ou de gaz dans le cadre d'une "concession", d'une "licence" ou d'un "permis" délivré par le pays hôte. Bien que de tels projets comportent souvent des arrangements contractuels à long terme entre les investisseurs et les autorités publiques du pays hôte, les mécanismes de concession sont, dans la plupart des cas, différents de ceux qui sont couramment utilisés pour choisir une société chargée d'exécuter un projet d'infrastructure publique. 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'un concessionnaire dans un projet d'infrastructure à financement privé.

B. *Terminologie employée dans le* Guide

5. On trouvera dans les paragraphes ci-après des explications sur le sens et l'emploi de certaines expressions qui reviennent fréquemment dans le *Guide*. Pour les termes non mentionnés ci-dessous, tels que les termes techniques 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)[1].

1. *"Infrastructure publique" et "services publics"*

6. On entend par "infrastructure publique" des installations matérielles qui fournissent des services publics à la population ou à l'État. On trouve des exemples d'infrastructures publiques correspondant à cette définition dans divers secteurs et elles comprennent divers types d'ouvrages, 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 (secteur des télécommunications); installations de dessalement, stations d'épuration des eaux usées, équipement de distribution d'eau (secteur de l'eau); installations et équipement de ramassage et d'élimination des déchets (secteur de l'assainissement); et installations et systèmes utilisés dans les transports publics, tels que réseaux ferrés urbains et interurbains, lignes de métro, lignes d'autobus, routes, ponts, tunnels, ports, lignes aériennes et aéroports (secteur des transports).

*Les sections C, D, E et F examinent 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. Elles décrivent également les principales parties intervenant dans les projets et leurs intérêts respectifs et examinent les grandes options concernant la structure du secteur et la concurrence. Ces sections sont conçues comme des informations générales sur les questions qui sont examinées d'un point de vue législatif dans les chapitres suivants du *Guide*. Pour de plus amples informations, le lecteur est particulièrement invité à consulter les publications d'autres organisations internationales telles que 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) [publication de l'ONUDI, numéro de vente: ONUDI.95.6.F], le *Rapport sur le développement dans le monde de 1994 — Une infrastructure pour le développement* (Washington, 1994), et le *Rapport sur le développement dans le monde 1996 — De l'économie planifiée à l'économie de marché* (Washington, 1996), tous deux publiés par la Banque mondiale, ou encore le *Financement de l'infrastructure privée* (Washington, 1996), publié par la Société financière internationale (SFI).

[1]Publication de l'ONUDI, numéro de vente: ONUDI.95.6.F.

7. C'est à chaque pays qu'il appartient, dans le cadre de sa politique générale, de faire la différence entre infrastructure "publique" et infrastructure "privée". Ce qui distingue l'infrastructure publique d'autres types d'ouvrages et d'équipements d'exploitation est la politique déclarée de l'État concerné, à savoir que l'ouvrage en question est d'utilité publique car il fournit des services essentiels à la population. Dans certains pays, les aéroports appartiennent à l'État; dans d'autres, ils appartiennent au secteur privé mais sont soumis à une réglementation ou aux conditions d'un accord avec un organisme public. Un hôpital et des installations médicales, une prison et des installations correctionnelles peuvent être considérés comme des infrastructures "publiques" ou "privées", selon la tradition du pays. Souvent, mais pas toujours, les centrales électriques et les installations de télécommunications sont considérées comme des infrastructures "publiques". Aucune opinion n'est émise dans le *Guide* sur le point de savoir où la distinction doit être faite dans un pays donné.

8. Les projets d'infrastructure publique 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, de telles activités sont souvent désignées par des termes tels que "services publics" et, en fonction de la tradition juridique du pays concerné, leurs fournisseurs peuvent être dénommés "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 qu'ils sont définis ci-dessus 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*.

9. Les notions "d'infrastructure publique" 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 certains 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", ___). 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 autant considérés comme intrinsèquement différents d'autres types d'activités. 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 service public" 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.

2. *"Concession", "accord de projet" et expressions apparentées*

10. Dans de nombreux pays, les services publics constituent un monopole d'État ou sont soumis par l'État à une réglementation spéciale. En pareil cas, la fourniture d'un service public par une entité autre que l'État exige, de manière générale, l'obtention d'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 certains systèmes juridiques, en particulier dans ceux qui appartiennent à la tradition de droit romain, certaines formes de projets d'infrastructure correspondent à des notions juridiques bien définies telles que "concession de droit public" ou "concession de service public". Le *Guide* emploie le terme "concession" pour désigner de manière générale le droit de construire et d'exploiter ou uniquement d'exploiter une infrastructure publique et 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.

11. Au sens du présent *Guide*, le terme "accord de projet" désigne un accord conclu entre un organisme public et l'entité ou les entités privées sélectionnées par cet organisme pour exécuter 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*.

12. Le *Guide* emploie parfois le terme "concessionnaire" pour désigner d'une façon générale les entités qui exécutent des projets d'infrastructure publique dans le cadre d'une concession octroyée par les autorités publiques du pays hôte. Toutefois, lorsqu'il vise spécifiquement l'entité juridique indépendante spécialement créée par le consortium de soumissionnaires sélectionné pour exécuter un projet particulier, il emploie le terme "société de projet".

13. L'expression "consortium de soumissionnaires" désigne un groupe de sociétés qui soumettent une proposition commune pour la réalisation d'un projet d'infrastructure et conviennent de l'exécuter ensemble si le projet leur est accordé par l'entité publique. Ces sociétés sont également parfois désignées par l'expression "promoteurs du projet".

3. *Références aux autorités nationales*

14. L'expression "autorité contractante" est généralement employée dans le présent *Guide* pour désigner l'autorité publique du pays hôte qui assume la responsabilité générale du projet et au nom de laquelle ce dernier est adjugé. Cette autorité peut être aussi bien nationale que provinciale ou locale.

15. Au sens du présent *Guide*, le terme "pouvoirs publics" englobe les diverses autorités publiques du pays hôte auxquelles sont confiées des fonctions exécutives ou des fonctions d'élaboration de la politique au niveau national, provincial ou local. Les termes "autorités publiques" ou "organismes publics" désignent en particulier des entités de la branche exécutive de l'État ou rattachées à cette branche. L'expression "organes législatifs" désigne spécifiquement les organes qui exercent des fonctions législatives dans le pays hôte.

16. L'expression "organisme réglementaire" désigne dans le présent *Guide* l'organe ou l'entité public habilité à émettre des règles ou une réglementation régissant l'exploitation de l'infrastructure. L'organisme réglementaire peut être créé par une loi avec pour but particulier de réglementer le secteur dans lequel s'insère l'infrastructure.

4. *"Construction-exploitation-transfert" et expressions apparentées*

17. Les divers types de projets désignés dans le présent *Guide* comme projets d'infrastructure à financement privé sont parfois répartis en plusieurs catégories, suivant le type de participation du secteur privé ou du régime de propriété de l'infrastructure en question, comme il est indiqué ci-dessous:

a) "*Construction-exploitation-transfert*" (CET). On parle de projet CET lorsque l'autorité contractante sélectionne un concessionnaire pour financer et construire une infrastructure ou un système et accorde à cette entité le droit de l'exploiter commercialement pour une période donnée, à la fin de laquelle l'infrastructure est transférée à l'autorité contractante;

b) "*Construction-transfert-exploitation*". Cette expression est parfois utilisée pour insister sur le fait que l'infrastructure devient la propriété de l'autorité contractante immédiatement après son achèvement, le concessionnaire se voyant octroyer le droit de l'exploiter pendant une certaine période;

c) "*Construction-location-exploitation-transfert*" ou "*construction-bail-exploitation-transfert*". Il s'agit de variantes des projets "construction-exploitation-transfert" ou "construction-transfert-exploitation" dans lesquelles aux obligations et autres conditions généralement associées aux projets CET vient s'ajouter la location par le concessionnaire, pendant la durée de l'accord, des biens corporels sur lesquels l'ouvrage est situé;

d) "*Construction-propriété-exploitation-transfert*". Il s'agit de projets dans lesquels un concessionnaire est engagé pour financer, construire, exploiter et entretenir une infrastructure donnée en contrepartie de quoi il est autorisé à percevoir des usagers des redevances et autres droits. À la différence de ce qui se passe dans les projets CET, l'entité privée est propriétaire de l'ouvrage et des actifs jusqu'au transfert à l'autorité contractante;

e) "*Construction-propriété-exploitation*". Il s'agit d'une variante des projets "construction-propriété-exploitation-transfert" dans laquelle le concessionnaire est propriétaire de l'ouvrage à titre définitif et n'est pas tenu de le transférer à l'autorité contractante.

18. Outre les appellations 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 du concessionnaire. Dans certains cas, l'infrastructure existante est remise à des entités privées, avec charge pour elles de la moderniser ou de la remettre en état, de l'exploiter et d'en assurer la maintenance, à titre définitif ou pour une période 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 de "modernisation-propriété-exploitation", dans le second. L'expression "conception-construction-financement-exploitation" est parfois employée pour insister sur le fait que le concessionnaire est en outre chargé de concevoir l'ouvrage et d'en financer la construction.

C. *Formes de participation du secteur privé aux projets d'infrastructure*

19. La participation du secteur privé aux projets d'infrastructure peut prendre diverses formes, les infrastructures pouvant être détenues et exploitées entièrement par une entité publique ou totalement privatisées, avec de nombreuses variantes possibles entre ces deux extrêmes. Pour déterminer l'adéquation d'une variante particulière 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 (voir les paragraphes 54 à 82). Il peut exister, dans un secteur donné, plus d'une option.

1. *Propriété et exploitation publiques*

20. Lorsqu'on souhaite que la propriété et le contrôle soient publics, on peut obtenir un financement direct par le secteur privé ainsi que l'exploitation de l'infrastructure selon des principes commerciaux en créant une entité juridique distincte contrôlée par l'État, et qui sera propriétaire du projet et en assurera l'exploitation. Une telle entité peut être gérée comme une entreprise commerciale privée indépendante assujettie aux mêmes règles et aux mêmes principes commerciaux que les entreprises privées. Certains pays font exploiter depuis longtemps déjà leurs infrastructures par des sociétés de ce type. 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, il est possible d'attirer des investisseurs privés dans le secteur des infrastructures.

21. Une autre façon de s'assurer la participation du secteur privé dans les infrastructures détenues et exploitées par une entité publique 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. L'entité publique peut également confier un grand nombre de ces activités à une entité privée qui agit pour le compte de l'autorité contractante. Dans le cadre d'un tel arrangement, parfois appelé "contrat de gestion", la rémunération de l'exploitant privé peut être liée à ses résultats, souvent par le biais d'un mécanisme de partage des bénéfices, encore qu'une redevance fixe puisse être appliquée, en particulier lorsque les parties jugent diffici-

les d'établir des mécanismes mutuellement acceptables pour évaluer les résultats de l'exploitant.

2. *Propriété publique et exploitation privée*

22. La totalité de l'exploitation d'une infrastructure publique peut également être transférée à des entités privées. Une possibilité est d'accorder à l'entité privée, en général pour une certaine période, le droit d'utiliser une infrastructure donnée, de fournir les services et de percevoir les recettes générées par cette activité. Cette infrastructure peut déjà exister ou avoir été construite spécialement par l'entité privée concernée. Cette combinaison de propriété publique et d'exploitation privée présente les caractéristiques essentielles des arrangements qui, dans certains systèmes juridiques, peuvent être appelées "concessions de travaux publics" ou "concessions de service public".

23. Il existe aussi une autre forme de participation des entreprises privées dans le secteur des infrastructures, dans laquelle l'autorité contractante choisit une entité privée pour exploiter un ouvrage qui a été construit par une entité publique ou pour son compte, ou dont la construction a été financée par des fonds publics. En vertu d'un tel 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'autorité contractante une partie des recettes générées par l'infrastructure et que l'autorité contractante utilise pour amortir les coûts de construction. De tels arrangements portent, dans certains systèmes juridiques, le nom de "bail" ou "affermage".

24. Dans un certain nombre de pays, il est des types d'infrastructure appartenant à une entité publique qui sont rarement repris, à la fin de la concession, par l'autorité contractante, qui préfère en général maintenir l'ouvrage sous exploitation privée. Dans ce cas, l'utilisation et la détention par une entité privée de biens publics, qui avaient été concédées au départ pour une période limitée, peuvent dans la pratique prendre un caractère définitif (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___).

3. *Propriété et exploitation privées*

25. Selon la troisième option, l'entité privée ne se contente pas d'exploiter l'ouvrage, mais est également propriétaire des actifs qui lui sont associés. Là encore, il peut y avoir des différences substantielles dans la manière dont ces projets sont traités en droit interne, notamment selon que l'autorité contractante conserve le droit de redevenir propriétaire de l'ouvrage ou d'assumer la responsabilité de son exploitation (voir aussi chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___).

26. Lorsque l'ouvrage est exploité dans le cadre d'une licence accordée par l'État, la propriété privée des actifs matériels (par exemple, un réseau de télécommunications) est souvent séparable de la licence de fourniture des services au public (par exemple, des services téléphoniques interurbains), dans la mesure où l'État peut, dans certaines circonstances, retirer cette licence. Ainsi, la propriété privée de l'ouvrage n'implique pas nécessairement un droit permanent de fournir le service.

D. *Structures de financement et sources de financement des projets d'infrastructure*

1. *Notion de financement de projet*

27. Dans les opérations de financement 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 l'emprunteur 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 des actionnaires du concessionnaire. Un financement d'entreprise sera généralement proposé aux emprunteurs ayant une assise suffisamment solide pour supporter le risque d'échec du projet.

28. Toutefois, pour les grands projets comprenant la construction d'une nouvelle infrastructure, les actionnaires de la société de projet sont rarement disposés à fournir une garantie. 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 recettes que génère le projet. Il n'y a pas d'autres garanties, ou bien, si elles existent, elles 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.

29. Le financement de projet est dit "financement sans recours" en raison de l'absence de recours contre les actionnaires de la société de projet. Dans la pratique, toutefois, les prêteurs sont rarement disposés à engager les importantes sommes nécessaires aux projets d'infrastructure uniquement sur la base du cash flow attendu ou des actifs 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 de protection des crédits fournis par les actionnaires de la société de projet, les pouvoirs publics, les acheteurs ou d'autres tiers intéressés. Cette modalité est généralement appelée financement "à recours limité".

2. *Sources de financement des projets d'infrastructure*

30. D'autres formules que le financement public traditionnel jouent un rôle croissant dans le développement des infrastructures. Ces dernières années, de nouveaux investissements d'infrastructure ont, dans divers pays, été financés exclusivement ou essentiellement par des fonds privés. Les deux principaux types de financement sont la prise de participation et l'emprunt, ce dernier prenant en général la forme de crédits obtenus sur les marchés commerciaux. Il existe toutefois d'autres sources de financement. 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*

31. 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 promoteurs du projet ou d'autres particuliers qui souhaitent acheter des parts de la société du concessionnaire. Normalement, toutefois, il ne représente 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 promoteurs du projet et les autres investisseurs doivent accorder la priorité aux prêteurs et à d'autres bailleurs de fonds, et accepter ainsi que leur propre investissement ne soit versé qu'après celui des autres bailleurs de fonds. En conséquence, les promoteurs du projet, en tant que principale partie prenante, supportent généralement le risque financier le plus élevé. Mais, en contrepartie, ils recevront la plus grosse part des bénéfices, une fois versé l'investissement initial. Une prise de participation importante des promoteurs du projet au capital social est généralement bien accueillie par les prêteurs et par l'État, dans la mesure où cela contribue à réduire la charge du service de la dette sur le cash flow du concessionnaire et garantit l'intéressement de ces sociétés au succès du projet.

b) *Crédits commerciaux*

32. L'emprunt constitue souvent la principale source de financement des projets d'infrastructure. Les capitaux sont obtenus sur le marché financier, principalement sous la forme de prêts accordés à la société de projet par des banques commerciales nationales ou étrangères, qui utilisent habituellement des fonds provenant de dépôts à court ou à moyen terme rémunérés à des taux flottants. Ces prêts sont donc souvent assortis de taux d'intérêt flottants et ont en général une échéance plus courte que la durée du projet. Toutefois, lorsque cela est possible et économique, compte tenu des conditions du marché financier, les banques peuvent préférer réunir et prêter des fonds à moyen ou à long terme à des taux fixes, ce qui leur évite de s'exposer elles-mêmes et d'exposer le concessionnaire sur une longue période aux fluctuations des taux d'intérêt, et rend moins nécessaires des opérations de couverture à terme.

33. 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 le 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 limite habituellement le risque auquel s'exposent les prêteurs et réduit donc le coût du crédit.

c) *Prêts "subordonnés"*

34. Le troisième type de fonds auquel il est généralement fait appel pour ces projets sont les prêts "subordonnés" parfois appelés aussi capitaux "mezzanine". Ces prêts 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 de tels capitaux, ou parfois pour éviter des taux d'intérêt plus élevés, la possibilité peut être offerte aux bailleurs de fonds de participer directement aux plus-values, grâce à l'émission d'actions ou d'obligations privilégiées ou convertibles, quelquefois assorties de l'option de souscrire des parts du concessionnaire à des taux préférentiels.

d) *Investisseurs institutionnels*

35. Il est possible d'obtenir des prêts subordonnés, en plus de ceux qui sont accordés par les promoteurs du projet ou par des institutions financières publiques, de sociétés de financement, de fonds d'investissement, de compagnies d'assurances, de sociétés d'investissement collectif (par exemple, des fonds communs de placement), de caisses de retraite et d'autres "investisseurs institutionnels". Ces institutions disposent normalement de sommes élevées disponibles pour l'investissement à long terme et peuvent représenter une source importante de capitaux supplémentaires pour les projets d'infrastructure. Elles acceptent le risque de fournir des capitaux pour de tels projets, en raison essentiellement des perspectives de rémunération et d'une volonté de diversifier leurs investissements.

e) *Marché financier*

36. À mesure que s'étend l'expérience en matière de projets d'infrastructure à financement privé, on a de plus en plus recours au marché financier. Des fonds peuvent être mobilisés par l'émission d'actions privilégiées, d'obligations et d'autres instruments négociables sur des places boursières reconnues. En général, l'offre au public 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 avoir pour seule garantie la réputation générale de l'émetteur, ou peuvent être garantis par une hypothèque ou un autre nantissement sur un bien particulier.

37. Les sociétés de services publics ayant des antécédents commerciaux connus peuvent généralement accéder plus facilement aux marchés financiers que les sociétés créées spécialement pour construire et exploiter une nouvelle infrastructure et ne possédant pas la cote de crédit requise. De fait, un certain nombre de bourses exigent que la société émettrice ait déjà fait ses preuves pendant une période minimale afin d'être autorisée à émettre des instruments négociables.

f) *Financement par des institutions financières islamiques*

38. Il existe un groupe supplémentaire de bailleurs de fonds potentiels, à savoir les institutions financières islamiques. 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 au bénéfice ou la participation directe aux résultats des opérations de leurs clients. De ce fait, ces institutions peuvent être davantage disposées que d'autres banques commerciales à envisager une participation directe ou indirecte au capital.

g) *Financement par des institutions financières internationales*

39. Les institutions financières internationales peuvent également jouer un rôle important comme fournisseur de prêts, de garanties ou la prise de participation dans des projets d'infrastructure à financement privé. Un certain nombre de projets ont ainsi été financés par la Banque mondiale, la Société financière internationale (SFI) ou des banques régionales de développement.

40. Les institutions financières internationales peuvent également contribuer à la formation de "syndicats financiers" pour l'octroi de prêts au projet. Certaines d'entre elles ont des programmes spéciaux au titre desquels elles deviennent le seul "prêteur officiel" d'un projet, agissant pour leur compte et pour le compte des banques participantes et se chargeant 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 de remboursement, ou bien 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 ou fournir des capitaux mezzanine en investissant dans des fonds spécialisés dans les sûretés émises par les exploitants d'infrastructure. Enfin, ces institutions peuvent aussi fournir des garanties contre un certain nombre de risques politiques, ce qui peut aider la société de projet à mobiliser plus facilement des fonds sur le marché financier international (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ___).

h) *Appui d'organismes de crédit à l'exportation*

41. Les organismes de crédit à l'exportation peuvent fournir un appui au projet sous forme de prêts, de garanties, ou d'une combinaison des deux. Leur participation peut présenter un certain nombre d'avantages tels que des taux d'intérêt inférieurs aux taux pratiqués par les banques commerciales et des prêts à plus long terme, parfois à un taux fixe (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ___).

i) *Association de fonds publics et privés*

42. En plus de prêts et garanties accordés par les banques commerciales et les institutions financières publiques nationales ou multilatérales, il arrive que des fonds publics viennent s'ajouter aux capitaux privés pour financer les nouveaux projets. Ces fonds peuvent provenir des recettes publiques ou d'emprunts souverains. Ils peuvent être combinés à des fonds privés, comme investissement initial ou paiements à long terme, ou prendre la forme de subventions ou de garanties publiques (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ___).

43. Les projets d'infrastructure peuvent être coparrainés par les pouvoirs publics sous forme de prise de participation au capital de la société concessionnaire, ce qui réduit le montant des capitaux propres et des capitaux d'emprunts à se procurer auprès de sources privées. Dans certains cas, les pouvoirs publics entreprennent de verser directement des fonds au concessionnaire afin de stimuler l'investissement dans des projets considérés comme présentant un risque commercial élevé. Par exemple, le secteur privé peut être découragé d'investir dans de nouvelles routes à péage parce que les prévisions de trafic, quel que soit le professionnalisme avec lequel elles ont pu être établies, sont incertaines et dépendent d'un certain nombre de 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 les pouvoirs publics d'une somme forfaitaire fixée, par exemple, sur la base d'une estimation du trafic (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___).

E. *Principales parties associées à la mise en œuvre de projets d'infrastructure*

44. Les parties à un projet d'infrastructure à financement privé peuvent être très diverses selon le secteur, la modalité de participation des entreprises privées et les arrangements arrêtés pour le financement du projet. Les paragraphes qui suivent recensent les principales parties associées à la mise en œuvre d'un projet typique d'infrastructure à financement privé comportant la construction d'un nouvel ouvrage exécuté selon la formule du "financement de projet".

1. *L'autorité contractante et autres organismes publics*

45. L'exécution d'un projet d'infrastructure à financement privé fait souvent intervenir un certain nombre d'autorités publiques du pays hôte aux niveaux national, provincial ou local. L'autorité contractante est le principal organe responsable du projet au sein de l'État. En outre, l'exécution du projet peut nécessiter la participation active (par exemple, pour la délivrance de licence ou de permis) d'autres organismes que l'autorité contractante, au même niveau ou à un niveau différent de l'État. Ces autorités jouent un rôle déterminant dans l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé.

46. L'autorité contractante ou un autre organisme public identifie normalement le projet sur la base de ses propres

politiques de développement des infrastructures dans le secteur concerné et détermine le type de participation du secteur privé qui permettrait l'exploitation la plus efficace de l'ouvrage. Ensuite, l'autorité contractante engage le processus qui conduit à la sélection du concessionnaire. Par ailleurs, pendant toute la durée du projet, les pouvoirs publics peuvent être appelés à fournir diverses 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'ouvrage. Enfin, dans certains projets, l'État peut devenir le propriétaire ultime de l'ouvrage.

2. *La société de projet et les promoteurs du projet*

47. Les projets d'infrastructure à financement privé sont généralement exécutés par un groupement d'entreprises comprenant des sociétés de construction et d'ingénierie et des fournisseurs d'équipement lourd qui souhaitent devenir les principaux entrepreneurs ou fournisseurs du projet. Les sociétés qui participent à ce groupement sont souvent désignées comme étant les "promoteurs du projet". Elles participeront très activement à la phase initiale d'élaboration, et leur aptitude à coopérer entre elles et à engager d'autres partenaires fiables sera essentielle pour que les travaux soient menés à bonne fin en temps voulu. En outre, la participation d'une société qui a l'expérience de l'exploitation du type d'ouvrage en construction est un facteur important de la viabilité à long terme du projet (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). Lorsqu'une entité juridique indépendante est créée par les promoteurs du projet, d'autres investisseurs en fonds propres non engagés d'une autre manière dans le projet (généralement des investisseurs institutionnels, des banques d'investissement, des organismes de crédit bilatéraux ou multilatéraux, parfois aussi une entité publique ou une entreprise publique) peuvent également participer. La participation d'investisseurs du secteur privé du pays hôte est parfois encouragée par l'État.

3. *Prêteurs*

48. 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 classiques. Cela est encore plus vrai lorsque la valeur de garantie des avoirs matériels (par exemple, une route, un pont ou un tunnel) est difficile à réaliser en raison de l'absence de "marchés" où ils pourraient être facilement vendus ou bien d'obstacles à la récupération ou à la rentrée en possession. Ce facteur influe non seulement sur les conditions d'octroi des prêts (par exemple, le coût généralement plus élevé et les nombreuses conditions dont est assorti le financement), mais aussi, dans la pratique, sur la disponibilité des fonds.

49. Étant donné l'ampleur de l'investissement nécessaire pour un projet d'infrastructure à financement privé, les prêts sont souvent "syndiqués", une ou plusieurs banques assumant le rôle de chef de file pour négocier le dossier de financement au nom des autres institutions financières participantes, principalement des banques commerciales. Les banques commerciales qui se spécialisent dans les prêts à certaines industries ne sont généralement pas disposées à assumer des risques qu'elles connaissent mal (pour un examen des risques liés au projet, voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ___). Par exemple, des prêteurs à long terme peuvent ne pas être disposés à octroyer des crédits à court terme pour financer la construction d'une infrastructure. C'est pourquoi, dans les grands projets, différents prêteurs interviennent souvent à différentes phases du projet. Afin d'éviter des litiges pouvant naître de mesures contradictoires prises par différents prêteurs ou des litiges entre les prêteurs 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 intercréanciers". 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; et la coordination de la saisie des sûretés fournies par la société de projet.

4. *Institutions financières internationales et organismes de crédit à l'exportation*

50. 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 en outre particulièrement à ce que l'exécution du projet et son exploitation n'aillent pas à l'encontre de certains de leurs objectifs de politique générale. Les institutions financières internationales accordent de plus en plus d'importance à l'impact des projets d'infrastructure sur l'environnement et à leur viabilité à long terme. Celles 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 qu'ils fournissent, exigences que l'on constate particulièrement dans leurs accords de prêt type (voir aussi chap. III, "Sélection du concessionnaire", ___).

5. *Assureurs*

51. Normalement, un projet d'infrastructure comporte 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'assurances possibles, on peut citer les assurances contre les pertes d'exploitation, la rupture de cash flow et les dépassements de coût (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). Ces types d'assurances sont généralement disponibles sur le marché privé de l'assurance, encore qu'une assurance commerciale puisse être difficile à contracter pour certains événements extraordinaires échappant au contrôle des parties (par exemple, guerre, émeutes, vandalisme, tremblements de terre ou cyclones). Le marché privé de l'assurance 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. Dans certains pays, les assureurs proposent des contrats globaux destinés à éviter que certains risques ne soient pas couverts par suite de lacunes entre les différentes polices d'assurance. Outre les compagnies privées, des institutions financières internationales telles que la Banque mondiale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements, la Société financière internationale (SFI), les banques régionales de développement ou des organismes de crédit à l'exportation peuvent garantir contre les risques politiques (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ___).

6. *Experts et conseillers indépendants*

52. Les experts et conseillers indépendants jouent un rôle important aux différentes étapes 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 conseillers internationaux extérieurs ou des ingénieurs-conseils. Des banques d'affaires et des banques d'investissement conseillent souvent les promoteurs des projets pour l'organisation du financement et l'élaboration du projet à exécuter, activité qui, si elle est indispensable pour le financement de projets, est nettement distincte du financement lui-même. Des experts indépendants peuvent donner des conseils aux prêteurs, par exemple, sur l'évaluation des risques liés aux projets dans tel ou tel pays d'accueil. Ils peuvent également aider l'État à concevoir des stratégies pour un secteur particulier et à mettre en place un cadre juridique et réglementaire approprié. Ils peuvent également aider l'autorité contractante à effectuer des études de faisabilité et autres études préliminaires, à formuler des demandes de proposition ou des clauses et des spécifications contractuelles types, à évaluer et comparer les propositions ou à négocier l'accord de projet.

53. Outre les entités privées, un certain nombre d'organisations intergouvernementales (par exemple, l'ONUDI, les commissions régionales du Conseil économique et social) et des institutions financières internationales (comme la Banque mondiale et les banques de développement régionales) ont des programmes spéciaux en vertu desquels elles peuvent aussi fournir ce type d'assistance technique directement aux pouvoirs publics ou aider ces derniers à trouver des conseillers qualifiés.

F. *Politique en matière d'infrastructures, structure du secteur et concurrence*

54. 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 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.

55. 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", ___).

56. L'inversion de la tendance (participation d'entreprises privées et concurrence dans le secteur des infrastructures) s'est amorcée au début des années 80 et elle 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'infrastructures; l'expansion des marchés des capitaux internationaux et locaux, qui améliore l'accès au financement privé; et l'augmentation du nombre d'expériences internationales réussies en matière de participation du secteur privé et de concurrence dans le secteur des infrastructures. Dans de nombreux pays, 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 elles étaient effectuées.

1. *Investissement privé et politique en matière d'infrastructures*

57. 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 un bon moyen de répondre aux besoins en matière d'infrastructures. Parmi les aspects fondamentaux des politiques nationales 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. 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.

58. Certains pays qui ont mis au point des programmes de promotion de l'investissement privé dans la construction et l'exploitation d'infrastructures publiques ont jugé utile de revoir l'analyse des hypothèses qui avaient présidé à la création des monopoles du secteur public, ainsi que des circonstances historiques et politiques de cette création en vue: *a)* de déterminer les activités qui conservent le caractère d'un monopole naturel; et *b)* de déterminer s'il est faisable et souhaitable d'ouvrir certains secteurs à la concurrence.

59. Les mesures à prendre pour mettre en œuvre une politique d'ouverture des infrastructures à la concurrence sont déterminées essentiellement par la configuration du marché déjà en place. 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.

a) *Politique de la concurrence et monopoles*

60. *Stricto sensu*, un monopole est un marché où l'offre provient d'un fournisseur unique. 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 se situent entre ces deux extrêmes. D'une manière générale, on peut distinguer trois catégories de monopoles: les monopoles naturels, les monopoles de droit et les monopoles de fait. Chacune de ces catégories peut appeler une politique différente:

a) Les *monopoles naturels* sont des 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 plus. 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 d'importants investissements fixes initiaux, d'où la difficulté pour une nouvelle entreprise, qui ne peut profiter des mêmes économies d'échelle, de pénétrer sur le marché et de vendre moins cher que l'entreprise en place;

b) Les *monopoles de droit* sont créés par la loi et peuvent couvrir des secteurs ou des activités qui sont ou non des monopoles naturels. Ces derniers 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 été que les besoins du pays en matière d'infrastructures ne pouvaient être convenablement satisfaits, ni en termes de qualité ni en termes de quantité, si on s'en remettait entièrement au marché;

c) Les *monopoles de fait* ne résultent pas nécessairement de fondamentaux économiques ou de dispositions légales, mais simplement de l'absence de concurrence due au fait, par exemple, 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.

61. Les monopoles (de quelque catégorie qu'ils relèvent) se sont révélés néfastes pour l'économie. Un prestataire de services en situation de monopole est en général en mesure de fixer ses prix et le surprofit qu'il tire de l'absence de concurrence se traduit par un transfert de richesse du consommateur au producteur. Il est également apparu que les monopoles imposaient un handicap à l'économie du fait du gonflement des prix résultant d'une production artificiellement faible, du rythme réduit de l'innovation et du manque d'incitation à abaisser les coûts de production. En outre, dans certains secteurs, ils peuvent avoir des effets secondaires sur les autres marchés; ainsi, l'absence de concurrence et l'inefficacité dans les télécommunications ont des répercussions négatives sur l'ensemble de l'économie en faisant augmenter les coûts.

62. Malgré leurs inconvénients économiques, les monopoles et autres barrières réglementaires à la concurrence sont parfois conservés, même quand il n'y a plus monopole naturel. L'une des raisons invoquées dans ce cas est que le monopole peut servir certains objectifs de la politique nationale, comme la fourniture à certaines régions ou à certaines catégories de consommateurs de services à bon marché, voire 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, l'approvisionnement en eau et en électricité, les transports à tarif réduit pour certaines catégories de voyageurs (par exemple, écoliers ou personnes âgées) et divers services destinés aux ruraux ou aux usagers à faible revenu. Le monopole est en mesure de financer ces prestations grâce aux subventions internes "croisées" que lui permettent les services bénéficiaires qu'il fournit à d'autres régions ou à d'autres catégories de consommateurs.

63. 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 la fourniture d'un service donné, de manière à réduire le risque commercial auquel est exposé leur investissement. Mais ce souci doit être apprécié au regard des intérêts des consommateurs et de l'ensemble de l'économie. Dans les pays qui estiment devoir 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, "L'accord de projet", ___).

b) *La concurrence en fonction des infrastructures*

64. Il y a peu encore, les situations de monopole dominaient dans la plupart des secteurs infrastructurels, soit parce qu'il y existait un monopole naturel, soit parce que des obstacles réglementaires ou d'autres facteurs (par exemple, l'intégration verticale des prestataires de services publics) empêchaient toute concurrence réelle. Mais l'évolution rapide des technologies a étendu le champ potentiel de la concurrence dans ces secteurs:

a) Dans le *secteur des télécommunications*, les nouvelles technologies sans fil non seulement autorisent la téléphonie mobile, mais font de surcroît de plus en plus souvent concurrence 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, l'augmentation de la puissance des ordinateurs, l'amélioration des techniques de compression des données, la convergence entre télécommunications, radiodiffusion et traitement des données — ébranlent les monopoles traditionnels et bouleversent la prestation des services. Ces nouveautés et d'autres encore ont ouvert 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 publiques rares, comme les fréquences radio;

b) 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 de traitement des données permettent de répartir l'électricité plus facilement sur un réseau, d'organiser la mise en partage des puissances produites, et de mettre en place d'autres dispositifs d'accès au réseau et d'échanges;

c) Dans le *secteur des transports* aussi, la technologie est fréquemment à l'origine de l'évolution de l'organisation des activités. L'apparition des conteneurs et d'autres innovations, comme les communications par satellite qui permettent de suivre en continu les expéditions dans le monde entier, ont eu de profondes conséquences pour les transports maritimes, la gestion des ports, les transports ferroviaires et le camionnage, tout en favorisant le développement du transport multimodal.

65. De telles évolutions technologiques ont poussé les législateurs d'un certain nombre de pays à élargir 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 cadre réglementaire favorisant une concurrence effective. L'étendue de ces initiatives est fonction du secteur, de la taille du marché et de plusieurs autres facteurs.

2. *Restructuration des secteurs infrastructurels*

66. Dans beaucoup de pays, l'intervention du secteur privé dans le domaine des infrastructures a été précédée d'une restructuration des secteurs concernés. 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 et ne peut être justifié en invoquant l'intérêt public. Il convient toutefois de noter que le degré d'ouverture à la concurrence d'un secteur donné est décidé en fonction de la politique économique générale du pays. Certains pays, notamment les pays en développement, peuvent avoir légitimement intérêt à développer certains secteurs de l'industrie locale et peuvent donc choisir de ne pas ouvrir certaines infrastructures à la concurrence.

67. S'agissant des situations de monopole qui sont le produit d'interdictions légales et non la résultante de fondamentaux économiques et technologiques, la principale mesure législative à prendre est de faire disparaître les obstacles juridiques, mesure qu'il peut être nécessaire de renforcer en mettant en place des règles de concurrence (interdiction des collusions, des cartels, des prix abusifs et d'autres pratiques commerciales déloyales) et une tutelle réglementaire (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", ___). 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 le secteur concerné. Certains pays maintiennent les monopoles temporairement, juste assez longtemps pour permettre le passage progressif, ordonné et socialement accepté d'une situation monopolistique à un marché concurrentiel.

a) *Fragmentation des services d'infrastructure*

68. Dans certains pays, il est apparu qu'une entreprise verticalement ou horizontalement intégrée exploitant une infrastructure pouvait 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 ces nouvelles activités une rente de monopole supplémentaire. Aussi, certains pays ont-ils jugé nécessaire de dissocier l'élément monopolistique (que constitue, par exemple, un réseau électrique) des éléments concurrentiels dans un secteur donné. Dans l'ensemble, les services d'infrastructure sont de nature plutôt concurrentielle, tandis que l'infrastructure physique correspondante est souvent de type monopolistique.

69. La dissociation des activités concurrentielles et monopolistiques peut, par voie de conséquence, nécessiter la fragmentation des activités intégrées verticalement ou horizontalement. La fragmentation verticale se produit lorsque les activités d'amont sont dissociées des activités d'aval; c'est le cas dans le secteur de l'électricité, par exemple, avec la séparation des fonctions de production, de transport, de distribution et de fourniture de l'énergie. 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. La fragmentation horizontale se produit lorsqu'une ou plusieurs des activités parallèles d'un monopole de service public sont partagées entre plusieurs entreprises 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 touche à la fois l'activité unique ou le sous-secteur qui se trouvent démantelés (comme dans les exemples précédents) et les entreprises de substitution qui s'organisent séparément sur un ou plusieurs marchés (par exemple, séparation des services de téléphonie cellulaire et câblée).

70. 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 qu'engendre le changement lui-même (coûts de transaction et 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 les coûts élevés de la coordination dus aux faits que la planification du réseau est plus compliquée et qu'il faut imposer des normes techniques ou prévoir des réglementations. Pour ce qui est des avantages, on peut citer les apports d'investissement frais, la création de nouveaux services ou l'amélioration de ceux qui existent déjà, l'élargissement des choix et la réduction des coûts économiques.

b) *Exemples récents pris dans les grands secteurs infrastructurels*

i) Télécommunications

71. La fragmentation n'est pas très 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. Parfois, on voit 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 des pays où le prestataire traditionnel du service public fonctionne en concurrence avec d'autres fournisseurs tout en conservant le contrôle de segments essentiels du réseau.

ii) Électricité

72. Dans ce domaine, les lois récemment promulguées dans divers pays prévoient la fragmentation du secteur par dissociation des activités de production, de transport et de distribution. Parfois, elles séparent 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 de figure, 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 de l'autre. Dans certains pays qui ont fait ce choix, la concurrence est limitée aux grands utilisateurs ou est introduite progressivement.

73. 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 des alliances ou autres modes de collusion). 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, etc. 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

74. 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 prestataires.

75. Ainsi, certains pays ont invité des investisseurs privés à assurer la fourniture en eau d'un service public ou à construire et 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 dans le cadre 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 contourner le service public pour desservir directement les usagers. 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.

iv) Transports

76. Les mesures de restructuration prises dans divers pays dissocient infrastructures et services dans le secteur des transports. Si les premières présentent souvent les caractéristiques d'un 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 concurrence pour transporter voyageurs et marchandises.

77. Dans le domaine des chemins de fer, certains pays ont choisi de séparer la propriété et l'exploitation des infrastructures (voies, systèmes de signalisation, 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 les gère ne peut lui refuser cet accès.

78. 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 aux entreprises privées, les législateurs ont eu à choisir entre diverses formules. Selon celle des ports "domaniaux", l'administration portuaire est responsable des infrastructures et de la coordination d'ensemble des activités portuaires, mais elle ne fournit 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 (services de remorquage, de manutention, d'entreposage) peut être plus facile à instituer et à maintenir dans le système des ports "domaniaux".

79. 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 de ces derniers. Mais il faut alors examiner avec soin les relations 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 une 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 transférés au secteur privé.

c) *Mesures de transition*

80. La transition d'une situation de monopole à une situation de marché doit 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.

81. 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. Ces mesures ont pour objet de donner à l'entreprise en place assez de temps pour se préparer à la concurrence et adapter ses tarifs tout en incitant le prestataire de services publics à investir et à élargir la gamme de ses prestations. 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.

82. Parmi les mesures de transition, on peut citer également la restructuration ou la privatisation du prestataire en place, au moins dans les pays qui ont des entreprises étatiques de service public. 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.

[A/CN.9/458/Add.2]

CHAPITRE PREMIER. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LA LÉGISLATION

Recommandations concernant la législation

Considérations générales (par. 1 à 15)

1. La loi devrait stipuler que les autorités contractantes dans le pays hôte disposent du pouvoir nécessaire pour octroyer des concessions aux fins de la mise en place et de l'exploitation d'infrastructures. Il est souhaitable d'examiner les dispositions constitutionnelles existantes de façon à éliminer les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la mise en place et à l'exploitation d'infrastructures ou les limitations inutiles concernant l'utilisation de biens publics par des entités privées et les obstacles à la propriété privée d'infrastructures.

Étendue du pouvoir d'octroyer des concessions (par. 16 à 25)

2. Le pays hôte voudra peut-être envisager d'adopter des dispositions législatives qui:

a) Autorisent les autorités contractantes dans le pays hôte, y compris, le cas échéant, les autorités nationales, provinciales et locales, à octroyer des concessions pour la construction et l'exploitation de nouvelles infrastructures ou de nouveaux réseaux d'infrastructure, ou pour la maintenance, la réparation, la remise en état, la modernisation, l'expansion et l'exploitation des infrastructures et réseaux d'infrastructure existants, ou seulement pour la gestion et la prestation d'un service public relevant de leur compétence;

b) Autorisent l'octroi de concessions s'étendant à l'ensemble de la région relevant de la compétence de l'autorité contractante ou seulement à une subdivision géographique de cette région, avec ou sans droit d'exclusivité, le cas échéant, conformément aux lois, réglementations et politiques s'appliquant au secteur visé;

c) Autorisent l'autorité contractante ou d'autres organismes publics à transférer au concessionnaire ou à mettre à sa disposition les terrains publics ou l'infrastructure existante pouvant être nécessaires à l'exécution du projet.

Coordination administrative (par. 27 à 32)

3. Le pays hôte voudra peut-être envisager d'adopter des dispositions législatives prescrivant:

a) Que les autorités contractantes souhaitant mettre en place un projet d'infrastructure à financement privé, dans leur domaine de compétence, réalisent 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, ainsi que de son impact sur l'environnement;

b) Que l'autorité contractante intéressée examine les prescriptions légales ou réglementaires en vigueur régissant le fonctionnement des infrastructures du type proposé afin de recenser les principaux organismes publics qui

doivent donner des approbations, accorder des licences ou des autorisations, ou dont la contribution sera d'une autre manière nécessaire pour mettre en œuvre le projet, et qu'elle prenne les mesures nécessaires pour coordonner leur contribution au projet proposé.

Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure (par. 33 à 55)

4. Le pays hôte voudra peut-être envisager d'adopter des dispositions législatives aux fins:

a) De séparer les fonctions opérationnelles et réglementaires et d'attribuer des compétences en matière réglementaire à des organismes juridiquement et fonctionnellement indépendants;

b) D'attribuer à l'organe réglementaire un niveau suffisant d'autonomie pour faire en sorte que ses décisions soient prises sans ingérence politique ou pression inopportune de la part des exploitants de l'infrastructure et des prestataires de services publics.

5. Le pays hôte voudra peut-être envisager d'adopter des dispositions législatives qui:

a) Rendent obligatoire la publication des règles régissant les méthodes de réglementation;

b) Stipulent que les décisions touchant la réglementation doivent être motivées et accessibles aux parties intéressées par voie de publication ou par d'autres moyens;

c) Prévoient des procédures d'appel contre les décisions des organes réglementaires et des recours appropriés pour protéger les prestataires de services publics contre des décisions arbitraires des organes réglementaires.

Notes sur les recommandations concernant la législation

A. *Observations générales*

1. La bonne exécution des projets d'infrastructure à financement privé nécessite que soit mis en place un cadre juridique qui donne aux autorités contractantes dans le pays hôte le pouvoir nécessaire pour octroyer des concessions touchant la mise en place et l'exploitation d'infrastructures. Selon les traditions juridiques et politiques du pays, ce pouvoir peut découler des règles constitutionnelles, des lois, des réglementations ou de la jurisprudence en vigueur, ou il peut être nécessaire de l'établir au moyen de nouvelles dispositions. La présente section traite de certaines questions générales que le législateur voudra peut-être envisager lors de la mise en place du cadre juridique applicable aux projets d'infrastructure à financement privé. Premièrement, il importe que le législateur envisage les effets possibles que le droit constitutionnel du pays hôte peut avoir sur l'exécution de ces projets. Deuxièmement, il convient de faire un choix quant au niveau et au type d'instrument ou d'instruments à promulguer et à leur champ d'application. Enfin, il importe aussi d'examiner comment les projets d'infrastructure à financement privé sont perçus dans la tradition juridique du pays, en particulier de déterminer le régime juridique qui pourrait s'y appliquer.

1. *Le droit constitutionnel et les projets d'infrastructure à financement privé*

2. 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 certains 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.

3. Pour les pays qui souhaitent promouvoir l'investissement privé dans les infrastructures, il est important d'examiner les normes 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 attribuer. Parfois, la crainte que ces projets n'aillent à l'encontre des normes 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.

4. Il importe en outre de prendre en compte les normes constitutionnelles qui ont 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 moyens de production. Dans d'autres, la propriété privée est reconnue, mais la constitution dispose que toutes les infrastructures ou certains types d'infrastructure 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.

5. Quel que soit le choix de l'État 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 du concessionnaire 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. *Choix des modalités législatives*

6. La législation joue souvent un rôle central dans la promotion de l'investissement privé dans les projets d'infrastructure publics. En général, la loi traduit un engagement politique, prévoit des droits spécifiques et peut représenter une garantie importante de stabilité du régime juridique et réglementaire. Dans la plupart des pays, l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé a en

fait été précédée par des mesures législatives énonçant les règles générales en vertu desquelles ces projets sont attribués et exécutés.

7. 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 réglementations ou l'accord de projet.

8. Par sa nature, la législation générale n'est pas à même, normalement, de satisfaire à toutes les exigences particulières des différents secteurs. C'est pourquoi, 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 générale abordant les questions intersectorielles, est qu'elle permet au législateur, lorsqu'il formule les règles régissant les activités des prestataires de services dans chaque secteur d'infrastructure, de tenir compte de la structure du marché (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", ___).

9. 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 une époque 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 "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", ___). 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.

10. 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 les paragraphes 33 à 55 ci-dessous). 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. Une telle législation contribue aussi à rassurer les prêteurs et le concessionnaire sur le fait que les responsables de la réglementation n'ont pas de pouvoir illimité dans l'exercice de leur fonction, 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.

11. Chaque instrument a sa spécificité qui le rend plus ou moins approprié à des circonstances données. Il peut être difficile de modifier les dispositions législatives. De nombreux pays les ont utilisées pour établir les principes généraux de l'organisation des secteurs d'infrastructure et le cadre administratif, institutionnel et réglementaire de base. Toutefois, il se peut que la loi ne soit pas l'instrument le plus adapté pour définir des obligations techniques et financières détaillées. De nombreux pays ont préféré promulguer des réglementations énonçant des règles plus détaillées pour donner suite aux dispositions générales du droit interne sur les projets d'infrastructure à financement privé. On considère que ces réglementations sont plus faciles à adapter à un changement de l'environnement, que ce changement résulte d'une transition en faveur des règles fondées sur le marché ou d'évolutions externes, comme de nouvelles technologies ou une modification des conditions économiques ou de l'état du marché. Quel que soit l'instrument employé, il doit nécessairement avoir pour critères la clarté et la prévisibilité. Toutefois, cela ne signifie pas que toutes les questions doivent être clairement tranchées d'emblée.

3. *Le régime juridique des projets d'infrastructure à financement privé*

12. Dans certains pays, en particulier dans ceux dont le système juridique appartient à la tradition du droit romain, la fourniture de services publics est régie par un ensemble de lois appelé "droit administratif", qui vise 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, tels 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 projets 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. L'État pourrait 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 (voir chap. V, "Mise en place et exploitation d'infrastructures", ___). 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. VIII, "Règlement des différends", ___). En même temps, certains systèmes juridiques reconnaissent des 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 en vue d'en rétablir l'équilibre économique et financier (voir chap. V, "Mise en place et exploitation d'infrastructures", ___).

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*, des règles spéciales ont été élaborées 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. Dans certaines juridictions de *common law*, des règles détaillées ont été élaborées pour régir les activités des exploitants de services publics (par exemple, télécommunications, chemins de fer, électricité).

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 qui ne sont pas traités systématiquement dans le système juridique et qui sont considérés appropriés pour ces projets (voir chap. V, "Mise en place et exploitation d'infrastructures", ___). L'adoption d'une législation générale peut en outre être l'occasion d'introduire de nouvelles règles pour faciliter la mise en place de projets d'infrastructure à financement privé ou exclure l'application des règles de droit dont on considère qu'elles entravent leur exécution.

B. *Étendue du pouvoir d'octroyer des concessions*

16. La mise en œuvre de projets d'infrastructure à financement privé peut exiger 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, nationaux ou étrangers, dans une politique nationale cherchant à promouvoir les investissements du secteur privé dans les infrastructures. Dans de nombreux pays, les dispositions législatives concernant le pouvoir d'octroyer des concessions pour des projets d'infrastructure ne se limitent pas au recensement des organismes publics auxquels est conféré un tel pouvoir. Elles déterminent en général la nature des concessions qui peuvent être octroyées par les autorités contractantes et définissent le régime de propriété des biens associés au projet.

1. *Organismes autorisés et domaines d'activité pertinents*

17. Dans certains systèmes juridiques où l'État est directement responsable de la fourniture de services publics, il se peut que cette fonction ne puisse être déléguée 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. 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 du concessionnaire d'exiger le paiement d'un prix pour le service fourni étant contesté.

18. En outre, lorsqu'une législation générale est adoptée, il serait bon qu'elle indique clairement quels organismes au niveau 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. Pour plus de clarté, il conviendrait peut-être aussi de recenser dans cette législation générale les domaines d'activité dans lesquels des concessions peuvent être octroyées. Ces dispositions pourraient contribuer à garantir un niveau satisfaisant de coordination administrative (voir également par. 26 à 32 ci-dessous).

2. *Objectif et nature des concessions*

19. Il pourrait être utile que la loi définisse la nature et l'objectif des projets d'infrastructure à financement privé pour lesquels des concessions peuvent être octroyées dans le pays hôte. On pourrait notamment définir les diverses catégories de projets en fonction de l'étendue des droits et des obligations assumés par le concessionnaire (par exemple, "construction-exploitation-transfert", "construction-propriété-exploitation", "construction-transfert-exploitation", "construction-transfert"). Toutefois, étant donné la grande diversité des formules qui peuvent être retenues en vue d'un investissement privé dans les infrastructures, il

risque d'être difficile de donner une définition exhaustive de toutes les possibilités existantes. D'une manière générale, la loi pourrait plutôt prévoir que des concessions peuvent être octroyées en vue de confier à une entité, privée ou publique, l'obligation de s'acquitter de travaux d'infrastructure et d'assurer certains services publics, en échange du droit de faire payer une redevance pour l'utilisation de l'ouvrage ou des locaux ou pour les services ou les biens fournis, ou en contrepartie de tout autre paiement ou rémunération convenu entre les parties. La loi pourrait en outre préciser que des concessions peuvent être octroyées pour la construction et l'exploitation d'une nouvelle infrastructure ou d'un nouveau réseau d'infrastructures, ou pour la maintenance, la réparation, la remise en état, la modernisation, l'expansion et l'exploitation des infrastructures ou des réseaux d'infrastructures existants, ou uniquement pour la gestion et la prestation d'un service public.

20. Une autre considération importante a trait à la nature des droits dévolus au concessionnaire. Une des questions fondamentales que soulèvent les projets d'infrastructure à financement privé est de savoir si le droit de fournir le service est un droit exclusif ou si la société de projet devra faire face à la concurrence d'autres infrastructures ou prestataires de services. Ce droit d'exclusivité peut prendre la forme d'une exclusivité territoriale (c'est le cas, par exemple, d'une compagnie de distribution d'eau) ou nationale (c'est le cas d'une compagnie de chemin 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).

21. La décision d'accorder ou non des droits d'exclusivité à un projet donné ou à une catégorie donnée de projets devrait être prise à la lumière de la politique appliquée par le pays hôte au secteur intéressé. Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'ampleur de la concurrence varie sensiblement dans différents secteurs d'infrastructures. Alors que certains secteurs, ou segments, ont les caractéristiques de monopoles naturels, auquel cas une concurrence ouverte n'est pas en général une solution de substitution économiquement viable, d'autres secteurs d'infrastructures ont été ouverts à la concurrence avec succès (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", ___).

22. Ainsi, il serait bon de traiter la question de l'exclusivité avec souplesse. Au lieu d'exclure ou de prescrire des concessions exclusives, il serait peut-être préférable que la loi autorise les pouvoirs publics à octroyer des concessions exclusives quand elle juge que cela sert l'intérêt public, par exemple, lorsque l'exclusivité est justifiée pour garantir la viabilité technique ou économique du projet. L'autorité contractante peut être tenue dans chaque cas de motiver sa décision de rendre la concession exclusive. Cette législation générale peut être complétée par des lois sectorielles réglant la question de l'exclusivité en fonction des particularités de chaque secteur.

3. *Propriété et utilisation de l'infrastructure*

23. Un certain nombre de pays ont adopté des dispositions sur la préservation et la protection de la propriété de l'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 de l'État en ce qui concerne la propriété de l'ouvrage à construire, moderniser ou réhabiliter, il est important de faire en sorte que l'autorité contractante ait suffisamment de pouvoirs pour transférer à la société de projet ou mettre à sa disposition, le cas échéant, 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.

24. 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 le concessionnaire, dont il restera propriétaire. En tout état de cause, le concessionnaire devrait avoir l'assurance que ses droits en ce qui concerne les biens du projet, quelle que soit leur forme, 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 au concessionnaire d'utiliser des biens publics supplémentaires qui pourraient être nécessaires à l'exécution du projet, comme des terrains contigus, des routes ou d'autres ouvrages.

25. Par conséquent, il serait souhaitable que la loi applicable précise, le cas échéant, la nature des droits de propriété qui peuvent être accordés au concessionnaire, en tenant compte du type d'infrastructure concerné. En outre, il pourrait être utile que la loi autorise l'État à accorder au concessionnaire le droit d'utiliser les terrains, routes et autres installations auxiliaires non liées 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.

C. *Coordination administrative*

26. Selon la structure administrative du pays hôte, les projets d'infrastructure à financement privé peuvent exiger la participation de plusieurs organismes publics, à divers niveaux de l'État. Par exemple, les règlements régissant l'activité concernée peuvent être dictés 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 contrats publics soit centralisé dans un organisme public différent. Pour les projets où interviennent des investissements étrangers, il peut également arriver que certaines attributions particulières relèvent de la compétence de l'organisme d'État qui est chargé d'approuver les propositions d'investissements étrangers.

1. *Coordination des mesures préparatoires*

27. Une mesure importante pour assurer la bonne exécution des projets d'infrastructure à financement privé est d'exiger que l'organisme public compétent effectue une évaluation préliminaire de la faisabilité du projet, 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, ainsi que de l'impact du projet sur l'environnement. Les conclusions préliminaires dégagées à ce stade joueront un rôle fondamental dans la détermination du type de participation du secteur privé recherché 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 la société de projet qui possédera et exploitera l'infrastructure.

28. Une fois le futur projet identifié, c'est à l'État 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 l'État fasse 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 dont la contribution sera nécessaire à l'exécution du projet. Il importe également, à ce stade, d'envisager les mesures qui pourraient être requises pour que l'autorité contractante et les autres organismes publics concernés s'acquittent des obligations auxquelles ils peuvent raisonnablement s'attendre dans le cadre du projet. Par exemple, l'État peut être amené 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 (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___, ci-dessous). En outre, un train de mesures administratives peut être nécessaire pour mettre en œuvre certaines formes d'aide apportées au projet, telles que les exonérations fiscales et la facilitation des formalités douanières (voir chap. II, "Appui des pouvoirs publics", ___), et cela peut prendre beaucoup de temps.

2. *Modalités visant à faciliter la délivrance de licences et de permis*

29. La législation peut jouer un rôle utile en facilitant la délivrance d'autorisations et de licences qui peuvent être nécessaires dans le cours d'un projet (par exemple, autorisations dans le cadre de la réglementation des changes; licences pour l'enregistrement du concessionnaire; autorisations 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; attributions 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 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.

30. Au moment où l'accord de projet est signé, le concessionnaire 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 prêts et d'autres contrats liés au projet; recruter des consultants et des conseillers). L'éventualité de ne pas obtenir les licences nécessaires à 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 investisseurs. 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, le concessionnaire peut se tourner vers l'État 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.

31. Ainsi, 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.

32. Toutefois, il convient de noter que la répartition du pouvoir administratif entre divers niveaux d'administration (par exemple, local, régional et central) illustre souvent les principes fondamentaux de l'organisation politique d'un pays. C'est pourquoi dans certains cas l'État n'est 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. En l'occurrence, il serait souhaitable d'envisager d'autres mesures pour éviter les retards qui pourraient résulter d'une telle répartition du pouvoir administratif, par exemple, des mesures visant à rendre le processus d'obtention des licences plus transparent et plus efficace. En outre, l'État pourrait peut-être envisager de donner l'assurance qu'il fera tout son possible pour aider le concessionnaire à obtenir les licences requises par le droit national, par exemple, en fournissant des renseignements et une assistance aux soumissionnaires

en ce qui concerne les licences à obtenir ainsi que les procédures et conditions pertinentes. Sur le plan pratique, outre le besoin d'assurer la coordination entre les divers niveaux de l'administration et les différents services ministériels, il est nécessaire de veiller à la cohérence de l'application des critères de délivrance des licences et à la transparence des procédures administratives.

D. *Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure*

33. Dans un certain nombre de pays, la prestation de divers services publics est soumise à un régime réglementaire spécial. Le régime réglementaire appliqué dans un pays et un secteur donnés définit les droits et obligations des prestataires de services, des consommateurs, des organismes réglementaires et de l'État. Ce cadre comprend des règles de fond, des procédures, des instruments et des institutions et il représente un outil important pour mettre en œuvre la politique gouvernementale en faveur du secteur visé (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", ___). Selon la structure institutionnelle du pays concerné et la répartition du pouvoir entre les différents niveaux de l'administration, la législation provinciale ou locale peut régir certains secteurs d'infrastructure en totalité ou concurremment avec la législation nationale.

34. La réglementation des services d'infrastructure donne lieu à une vaste gamme de questions générales et sectorielles qui peuvent sensiblement varier en fonction de la réalité sociale, politique, juridique et économique de chaque pays hôte. Si, parfois, le *Guide* aborde certaines des principales questions de réglementation apparaissant dans un contexte analogue dans différents secteurs (voir, par exemple, chap. V, "Exécution du projet", ___), il n'a pas pour objet d'étudier de façon exhaustive les questions juridiques ou de fond liées à la réglementation de divers secteurs d'infrastructure.

35. Le *Guide* suppose que le pays hôte est doté des structures institutionnelles et administratives et des ressources humaines nécessaires pour exécuter des projets d'infrastructure à financement privé. Néanmoins, pour apporter une aide aux organes législatifs nationaux qui estiment qu'il est nécessaire et souhaitable de mettre en place des organismes réglementaires pour contrôler la fourniture des services publics, la présente section examine certaines des principales questions institutionnelles et de procédure qui se posent à cet égard. Cet examen illustre les différentes options qui ont été mises à profit dans les mesures législatives internes pour mettre en place un cadre réglementaire applicable aux projets d'infrastructure à financement privé, mais cela ne signifie pas que le *Guide* préconise d'établir une structure administrative ou un modèle particulier. Des informations pratiques et des conseils techniques peuvent être obtenus auprès d'institutions financières internationales qui exécutent des programmes pour aider leurs pays membres à mettre en place un cadre réglementaire approprié (comme la Banque mondiale et les banques régionales de développement).

1. *Organismes réglementaires*

36. L'expression "organismes réglementaires" renvoie aux mécanismes institutionnels nécessaires pour mettre en œuvre et contrôler les règles régissant les activités des exploitants d'infrastructures. Dans la mesure où les règles applicables à l'exploitation des infrastructures autorisent souvent une certaine souplesse, un organisme est nécessaire pour les interpréter et les appliquer, contrôler leur conformité, imposer les sanctions et régler les différends découlant de leur application. Les activités précises de réglementation et le degré de souplesse qu'elles impliquent seront déterminés par les règles en question, qui pourront sensiblement varier.

a) *Compétences sectorielles des organismes réglementaires*

37. 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 placer sous la même structure réglementaire des secteurs étroitement associés ou des segments de ces secteurs (par exemple, organisme réglementaire commun pour l'électricité et le gaz ou pour les aéroports et les transports aériens). 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 cas, une entité distincte pour les services publics (eau, électricité, gaz, télécommunications), et une autre pour les transports. Dans certains pays, les compétences des organismes réglementaires peuvent aussi s'étendre à plusieurs secteurs à l'intérieur d'une même région.

38. Les organismes réglementaires dont la compétence se limite à un secteur particulier encouragent habituellement le développement des connaissances techniques sectorielles. Des réglementations sectorielles peuvent faciliter l'élaboration de règles et de pratiques adaptées aux besoins du secteur concerné. Toutefois, le choix entre des réglementations sectorielles et des réglementations transsectorielles dépend en partie des moyens de réglementation dont dispose le pays. Les pays dont les connaissances spécialisées et l'expérience en matière de réglementation des infrastructures sont limitées jugeront peut-être préférable de réduire le nombre des structures indépendantes et essaieront de réaliser des économies d'échelle.

b) *Mécanismes institutionnels*

39. L'éventail des mécanismes institutionnels de réglementation des secteurs d'infrastructure est très large. Tandis que certains pays confient les fonctions de réglementations à des organismes publics (par exemple, aux ministères ou aux services intéressés), d'autres pays préfèrent créer des organismes réglementaires autonomes, distincts de l'État. Certains pays ont décidé de soumettre divers secteurs d'infrastructure à une réglementation autonome et indépendante en laissant d'autres secteurs sous tutelle ministérielle. Parfois, le pouvoirs peuvent également être partagés entre un organisme réglementaire autonome et l'État, comme c'est souvent le cas en matière

d'octroi de licence. D'un point de vue législatif, il importe de concevoir des modalités institutionnelles pour les fonctions réglementaires qui garantissent à l'organisme réglementaire un niveau approprié d'efficacité, compte tenu des traditions du pays en matière politique, juridique et administrative.

40. L'efficacité du régime de réglementation est dans la plupart des cas fonction de l'objectivité avec laquelle les décisions sont prises sur le plan réglementaire. Il s'ensuit que les organismes réglementaires doivent pouvoir prendre des décisions sans ingérence ou pression inopportune de la part des exploitants d'infrastructure et des prestataires de services publics. À cet effet, les dispositions législatives dans plusieurs pays exigent l'indépendance du processus de prise de décisions réglementaires. Afin de parvenir au niveau souhaité d'indépendance, il est recommandé de séparer les fonctions réglementaires des fonctions opérationnelles en retirant aux prestataires de services publics toute fonction réglementaire qui pourrait encore leur échoir et en les confiant à une entité juridiquement et fonctionnellement indépendante. L'indépendance des organismes réglementaires est étayée par des dispositions visant à prévenir les conflits d'intérêt, comme l'interdiction, pour le personnel de l'organisme réglementaire, d'occuper des fonctions, d'accepter des cadeaux, de passer des contrats ou de nouer toute autre relation (que ce soit directement ou par l'intermédiaire de parents ou d'autres personnes) avec les entreprises réglementées, leurs sociétés mères ou leurs filiales.

41. De cette condition en découle une autre, à savoir la nécessité de réduire au minimum 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 d'avantage sur des critères politiques que techniques. Dans certains pays, il a été jugé nécessaire d'accorder à l'organisme réglementaire un certain degré d'autonomie envers les organes politiques de l'État. L'indépendance et l'autonomie de la fonction réglementaire ne doivent pas être considérées uniquement sur le plan institutionnel, mais également sur la plan fonctionnel (ce qui signifie que les organismes réglementaires doivent pouvoir disposer de ressources financières et humaines suffisantes pour s'acquitter convenablement de leur mission).

c) *Mission des organismes réglementaires*

42. 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 des 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 peut avoir davantage d'autonomie et de crédibilité.

d) *Attributions des organismes réglementaires*

43. 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, les organismes réglementaires se sont d'abord vu attribuer des pouvoirs limités qui ont été étendus par la suite à mesure qu'ils faisaient la preuve de leur indépendance et de leur professionnalisme. La législation spécifie souvent les attributions qui échoient respectivement à l'État 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.

44. Par exemple, le choix des prestataires de services publics est un processus qui associe, dans de nombreux pays, l'État et l'organisme réglementaire. Lorsque la décision d'attribuer 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 à l'État. Lorsque, toutefois, les critères d'attribution 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 à l'État de demander l'opinion de l'organisme réglementaire avant d'octroyer une concession. Certains pays, en revanche, excluent toute participation directe des organismes réglementaires au processus d'octroi d'une concession au motif que cette participation pourrait influencer la manière dont ils réglementeront ultérieurement la fourniture du service en cause.

45. La compétence des organismes réglementaires s'étend généralement à toutes les entreprises opérant dans les secteurs dont ils 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, par exemple, peut n'avoir des attributions en matière de politique des prix que vis-à-vis du prestataire de service public en titre ou dominant, alors que les nouveaux entrants peuvent fixer librement leur prix.

46. Les questions sur lesquelles les organismes réglementaires doivent se prononcer sont variées: fonctions normatives (règles d'octroi de concessions, conditions d'homologation des équipements); octroi effectif de concession; modification de ces instruments; approbation de contrats ou de décisions proposés 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; règlement des différends.

e) *Composition et effectifs des organismes réglementaires*

47. 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 d'une voix prépondérante.

48. 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, négligences graves ou manquement au devoir). 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 la réglementation. Ils doivent donc pouvoir acquérir le même niveau de spécialisation, de compétences 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.

f) *Budget de l'organisme réglementaire*

49. Des sources de financement stables sont 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 versés par les entreprises réglementées. Les droits peuvent correspondre à un pourcentage du chiffre d'affaires des prestataires de services publics ou être perçus lors de l'octroi de licences, de concessions ou d'autres autorisations. Dans certains pays, le budget de cet entité est complété, s'il y a lieu, par des transferts budgétaires prévus dans la loi de finance annuelle. Toutefois, cela peut créer un élément d'incertitude susceptible de réduire l'autonomie de l'organisme réglementaire.

2. *Réglementation: mécanisme et procédures*

50. Le cadre réglementaire comprend en général des règles de procédure régissant la façon dont les institutions chargées des diverses fonctions réglementaires doivent s'acquitter de leur mandat.

a) *Procédures*

51. 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.

52. La transparence pourra être renforcée, ainsi que l'exigent certaines législations, par la publication, par l'organisme réglementaire, d'un rapport annuel sur le secteur indiquant, par exemple, 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.

53. 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 comprend 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, les recommandations ou les opinions résultant de ces consultations.

b) *Sanctions et recours*

54. Dans de nombreux pays, la législation confère aux organismes réglementaires un pouvoir de coercition ou de

sanction. Ils peuvent, par exemple, modifier, suspendre ou retirer une concession; fixer les conditions contractuelles liant les différents prestataires de services publics (par exemple, les accords de raccordement ou d'accès aux réseaux); 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.

55. Les législations prévoient souvent des procédures d'appel contre les décisions d'un organisme réglementaire. Les procédures d'appel jouent un rôle essentiel pour protéger les prestataires de services publics contre des décisions arbitraires des organismes réglementaires. Cependant, afin de prévenir toute incertitude qui risquerait de découler d'appels interjetés essentiellement pour retarder l'effet de décisions réglementaires, la législation de nombreux pays limite les motifs d'appel. C'est pourquoi il est souhaitable de trouver un équilibre entre la protection des droits légitimes des prestataires de services publics et l'efficacité du système de réglementation. Il est souvent essentiel qu'une décision soit prise rapidement. Par exemple, le retrait du droit d'accès à un réseau d'infrastructures 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.9/458/Add.3]

CHAPITRE II. RISQUES DE PROJET ET APPUI DES POUVOIRS PUBLICS

Recommandations concernant la législation

1. *Risques de projet et répartition des risques (voir par. 3 à 24)*

1. L'étendue et la nature des risques assumés par la société de projet et par l'autorité contractante, respectivement, devraient être énoncées dans l'accord de projet et dans la documentation connexe. Le pays hôte pourra souhaiter supprimer les textes statutaires ou réglementaires inutiles limitant l'aptitude de l'autorité contractante à convenir d'une répartition des risques qui, du point de vue de l'autorité contractante, est adaptée aux besoins du projet.

2. *Appui des pouvoirs publics (voir par. 25 à 56)*

2. Le pays hôte pourra souhaiter envisager d'adopter des dispositions législatives indiquant les formes d'appui financier que les pouvoirs publics sont autorisés à fournir.

Notes sur les recommandations concernant la législation

A. *Généralités*

1. Les projets d'infrastructure à financement privé offrent la possibilité de réduire les fonds publics et autres engagés pour la construction et l'exploitation d'infrastructures. Ils permettent également de transférer vers le secteur privé un certain nombre de risques qui seraient sinon supportés par les pouvoirs publics. La répartition précise des risques entre les différentes parties concernées est généralement déterminée après l'examen d'un certain nombre de facteurs, y compris l'intérêt public que revêt la construction de l'infrastructure en question et le niveau de risque assumés par la société de projet, d'autres investisseurs et prêteurs (ainsi que leur aptitude et leur volonté d'absorber ces risques à un coût acceptable). Une répartition adéquate des risques est indispensable pour réduire le coût des projets et garantir la réussite de leur mise en œuvre. Inversement, une répartition insatisfaisante des risques de projet peut compromettre la viabilité financière du projet ou entraver sa gestion efficace, augmentant ainsi le coût auquel le service est offert.

2. La section B du présent chapitre (voir par. 3 à 24) donne un aperçu des principaux risques encourus dans les projets d'infrastructure à financement privé et examine brièvement des solutions contractuelles courantes de répartition des risques en soulignant la nécessité d'accorder aux parties la souplesse nécessaire pour négocier une répartition équilibrée des risques de projet. La section C (voir par. 25 à 56) présente les considérations de politique générale dont les pouvoirs publics peuvent souhaiter tenir compte lorsqu'ils décident de l'importance de l'appui direct à fournir aux projets d'infrastructure (intérêt public d'un projet donné et nécessité d'éviter que les pouvoirs publics n'assument d'éventuelles responsabilités évolutives ou excessives) et passe en revue certaines autres mesures d'appui adoptées dans des programmes publics visant à promouvoir l'investissement privé dans la construction d'infrastructures, sans toutefois en privilégier aucune. Enfin, les sections D (voir par. 57 à 67) et E (voir par. 68 à 70) présentent les garanties et les mesures d'appui qui peuvent être mises en œuvre par des institutions financières internationales et bilatérales.

B. *Risques de projet et répartition des risques*

3. Telle qu'elle est utilisée dans le présent chapitre, la notion de "risques de projet" renvoie aux circonstances qui, de l'avis des parties, ont un impact négatif sur le bénéfice qu'elles escomptaient tirer du projet. Bien qu'il puisse exister des événements représentant un risque grave pour la plupart des parties (destruction physique de l'ouvrage par une catastrophe naturelle), l'exposition de chaque partie au risque variera en fonction du rôle que celle-ci joue dans le projet.

4. L'expression "répartition des risques" revient à déterminer quelle(s) partie ou parties doivent assumer les

conséquences de la survenue d'événements identifiés comme risques de projet. Par exemple, si la société de projet est tenue de livrer à l'autorité contractante l'infrastructure dotée de certains équipements en état de fonctionnement, la société de projet assume le risque que l'équipement ne fonctionne pas conformément aux spécifications convenues. L'existence de ce risque de projet peut, à son tour, avoir une série de conséquences pour la société de projet, y compris la mise en jeu de sa responsabilité pour non-respect d'une obligation contractuelle en vertu de l'accord de projet ou du droit applicable (versement de dommages-intérêts à l'autorité contractante au titre du retard dans la mise en exploitation de l'ouvrage); perte (perte de recettes résultant de la mise en exploitation tardive de l'ouvrage); ou dépenses supplémentaires (frais de réparation d'équipements défectueux ou de fourniture d'équipements de substitution).

5. La partie assumant un risque donné peut prendre des mesures préventives en vue de limiter la probabilité de ce risque ainsi que des mesures spécifiques pour se protéger, intégralement ou partiellement, contre les conséquences de ce risque. Ces mesures sont souvent dites d'"atténuation des risques". Dans le précédent exemple, la société de projet examinera soigneusement la fiabilité des équipementiers et la technologie proposée. La société de projet pourra exiger de ses équipementiers qu'ils apportent des garanties indépendantes concernant le fonctionnement de leurs équipements. Le fournisseur peut également être tenu de verser des pénalités ou des dommages-intérêts d'un montant préalablement fixé à la société de projet pour les conséquences du non-fonctionnement de ses équipements. Dans certains cas, une chaîne plus ou moins complexe d'arrangements contractuels peut être établie pour atténuer les conséquences d'un risque de projet. Par exemple, la société de projet peut combiner les garanties offertes par l'équipementier avec une assurance commerciale couvrant certaines conséquences de l'interruption de son activité en raison du non-fonctionnement des équipements.

1. *Aperçu des principales catégories de risque de projet*

6. À des fins d'illustration, les paragraphes suivants donnent un aperçu des principales catégories de risque de projet et illustrent certains arrangements contractuels utilisés pour répartir et atténuer les risques. Pour un examen plus poussé de ce sujet, il est conseillé au lecteur de consulter d'autres sources d'information telles que le document consacré à la construction d'infrastructures selon la formule construction-exploitation-transfert (CET) établi par l'ONUDI[1].

a) *Interruption d'un projet causée par des événements échappant au contrôle des parties*

7. Les parties courent le risque que le projet soit interrompu par des événements imprévus ou extraordinaires échappant à leur contrôle et pouvant être de nature physique, comme des catastrophes naturelles (inondations, tempêtes, tremblements de terre) ou résulter de l'action de l'homme (guerres, émeutes ou attentats terroristes). Ces événements imprévus ou extraordinaires peuvent entraîner une interruption temporaire de l'exécution du projet ou de l'exploitation de l'ouvrage, entraînant un retard dans la construction, une perte de revenu et d'autres pertes. Des événements graves peuvent causer des dommages physiques, voire des destructions irréparables.

b) *Interruption d'un projet causée par des actes de gouvernement néfastes ("risque politique")*

8. La société de projet et les prêteurs courent le risque que l'exécution du projet soit influencée négativement par des actes de l'autorité contractante, d'une autre entité publique ou de l'organe législatif du pays hôte. Ces risques sont souvent appelés "risques politiques" et peuvent être classés en trois grandes catégories: risques politiques "traditionnels" (nationalisation des avoirs de la société de projet ou imposition de nouvelles taxes compromettant l'aptitude de la société de projet à rembourser ses prêts et à amortir ses investissements); risques réglementaires (introduction de normes plus rigoureuses de prestation des services ou ouverture d'un secteur à la concurrence); et risques "quasi commerciaux" (non-respect de ses engagements par l'autorité contractante ou interruptions du projet dues à un changement des priorités et des plans de l'autorité contractante). Outre les risques politiques liés au pays hôte, certains risques politiques peuvent résulter d'actes d'un gouvernement étranger (blocus, embargo ou boycottage imposés par le gouvernement du pays d'origine des investisseurs).

c) *Risques de construction et d'exploitation*

9. Les principaux risques encourus par les parties pendant la phase de construction sont les risques que l'ouvrage ne puisse pas être achevé ou livré conformément au calendrier convenu (risque d'achèvement); que le coût de construction dépasse les estimations initiales (risque de dépassement des coûts de construction); ou que l'ouvrage ne réponde pas aux critères de fonctionnement lors de l'achèvement (risque de fonctionnement). De même, pendant la phase d'exploitation, les parties courent le risque que l'ouvrage achevé ne puisse être efficacement exploité ou maintenu pour produire la capacité, l'extrant ou le rendement escomptés (risque de fonctionnement); ou que les coûts d'exploitation dépassent les estimations initiales (dépassement des coûts d'exploitation). On notera que les risques de construction et d'exploitation ne touchent pas seulement le secteur privé. L'autorité contractante et les usagers du pays hôte peuvent être gravement touchés par une interruption de la fourniture de services nécessaires.

10. Certains de ces risques peuvent être occasionnés par la société de projet ou par ses entrepreneurs ou fournisseurs. Par exemple, le dépassement des coûts de construction et les retards dans l'achèvement peuvent être le résultat de pratiques de construction inefficaces, de gaspillages, d'une mauvaise budgétisation ou d'un manque de coordination entre les entrepreneurs. Le fait que l'ouvrage ne réponde pas aux critères de fonctionnement peut également être le résultat d'une mauvaise conception, d'une inadaptation des techniques utilisées ou d'équipements

[1]Publication de l'ONUDI, numéro de vente: ONUDI.95.6.F.

défectueux livrés par les fournisseurs à la société de projet. Pendant la phase opérationnelle, les défauts de fonctionnement peuvent être la conséquence, par exemple, d'une maintenance défectueuse de l'ouvrage ou d'une exploitation négligente d'équipements mécaniques. Le dépassement des coûts d'exploitation peut aussi être la conséquence d'une mauvaise gestion.

11. Certains de ces risques, cependant, peuvent également résulter de mesures spécifiques prises par l'autorité contractante, par d'autres entités publiques, voire par l'organe législatif du pays hôte. Les défauts d'exécution ou les dépassements de coûts peuvent être la conséquence de l'insuffisance des spécifications techniques fournies par l'autorité contractante lors de la sélection du concessionnaire. Les retards et les dépassements de coûts peuvent également être occasionnés par des actions entreprises par l'autorité contractante suite à l'attribution du projet (retards dans l'obtention des autorisations et permis, surcoûts causés par une évolution des besoins du fait d'une planification déficiente, interruptions causées par des organismes de contrôle ou livraison tardive du terrain sur lequel l'ouvrage doit être construit). Des mesures législatives ou réglementaires générales (normes de sécurité ou du travail plus rigoureuses) peuvent également accroître les coûts de construction ou d'exploitation. Des déficits de production peuvent être provoqués par la non-livraison des fournitures nécessaires (électricité ou gaz) par les pouvoirs publics.

d) *Risques commerciaux*

12. Les "risques commerciaux" ont trait à la possibilité que le projet ne puisse générer les recettes escomptées en raison d'une évolution défavorable des cours ou de la demande des biens et services qu'il produit. Ces deux formes de risque commercial peuvent gravement limiter l'aptitude de la société de projet à régler le service de sa dette et compromettre la viabilité financière du projet.

13. Les risques commerciaux varient grandement en fonction du secteur et du type de projet. Le risque peut être considéré comme minime ou modéré lorsque la société de projet exerce un monopole sur le service concerné ou lorsqu'elle fournit un client unique en vertu d'un accord d'enlèvement permanent. Cependant, les risques commerciaux peuvent être considérables pour des projets qui dépendent de recettes liées au marché, notamment lorsqu'en raison de l'existence d'installations ou de sources d'approvisionnement concurrentes il est difficile d'établir une prévision fiable de l'usage ou de la demande. Cela peut être le cas, en particulier, de projets de routes payantes affrontant la concurrence de routes gratuites. En fonction de la facilité avec laquelle les conducteurs peuvent accéder à des routes gratuites, les recettes des péages peuvent être difficiles à prévoir, surtout dans des zones urbaines où il peut exister de nombreux itinéraires concurrents et où des routes peuvent être construites ou améliorées en permanence. De surcroît, la circulation est encore plus difficile à prévoir pour de nouvelles routes payantes, surtout lorsqu'elles ne complètent pas un système existant d'ouvrages à péages, car il n'existe aucune circulation existante sur laquelle fonder des prévisions.

e) *Taux de change et autres risques financiers*

14. Le risque de change a trait à la possibilité qu'une évolution défavorable des taux de change réduise la valeur des liquidités tirées du projet. Les droits et redevances perçus auprès des usagers ou clients locaux seront vraisemblablement réglés en monnaie locale alors que les prêts et, parfois, les dépenses d'équipement ou de carburant pourront être libellés en devises étrangères. Ce risque peut être considérable, car les taux de change sont particulièrement instables dans de nombreux pays en développement. Outre ces fluctuations, la société de projet court le risque qu'un contrôle des changes ou une pénurie des réserves de devises étrangères limite l'offre, sur le marché local, de devises dont la société de projet a besoin pour régler le service de sa dette ou amortir son investissement initial.

15. Un autre risque pesant sur la société de projet a trait à la possibilité que les taux d'intérêt augmentent, forçant ladite société à assumer des dépenses de financement supplémentaires. Ce risque peut être important pour les projets d'infrastructure étant donné les sommes généralement importantes empruntées et la durée des projets, certains prêts s'étendant sur plusieurs années. Au besoin, l'emprunt peut être levé à un taux d'intérêt fixe (par exemple, obligation à taux fixe) pour réduire le risque lié aux taux d'intérêt. En outre, le montage financier peut comprendre des mécanismes de couverture du risque de taux d'intérêt revêtant, par exemple, la forme d'échanges ou de plafonnements des taux d'intérêt.

2. *Arrangements contractuels pour la répartition et l'atténuation des risques*

16. La répartition des risques convenue entre l'autorité contractante et la société de projet influera sur leurs droits et obligations mutuels, énoncés dans l'accord de projet. Les possibles incidences législatives de certaines dispositions fréquentes dans les accords de projet sont abordées dans d'autres chapitres du *Guide* (voir chap. IV, "L'accord de projet", V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", et VI, "Achèvement des projets, prorogation et résiliation"). Divers autres accords seront également négociés par les parties en vue d'atténuer les risques ou de modifier leur répartition (accords de crédit; contrats de construction, de fourniture de matériel, d'exploitation et de maintenance; accords directs entre l'autorité contractante et les prêteurs; et accords d'enlèvement ou de fourniture de matériel à long terme, au besoin).

17. Les conseils pratiques adressés aux négociateurs dans un certain nombre de pays font souvent référence aux principes généraux de la répartition des risques de projet. L'un de ces principes veut que les risques spécifiques soient normalement supportés par la partie la mieux à même de les évaluer, de les contrôler et de les gérer. D'autres principes prévoient de faire supporter les risques de projet à la partie ayant les meilleures possibilités de couverture ou la plus grande aptitude à diversifier les risques ou à les atténuer au moindre coût. En pratique, toutefois, la répartition des risques dépend souvent à la fois de considérations d'ordre politique (par exemple, intérêt public du projet ou somme des risques pris par l'auto-

rité contractante au titre de divers projets) et du pouvoir de négociation des parties. En outre, il est important, pour répartir les risques, de prendre en compte la solidité financière des parties qui seront amenées à supporter un risque spécifique et leur aptitude, au cas où ce risque se concrétiserait, à en assumer les conséquences.

18. C'est habituellement la société de projet et ses entrepreneurs qui assument les risques ordinaires liés à la construction et à l'exploitation de l'infrastructure. Ainsi, les risques de dépassement des délais et des coûts et les autres risques qui existent généralement lors de la phase de construction sont habituellement supportés par le ou les constructeurs en vertu d'un contrat de construction clefs en main, par lequel le constructeur assume l'entière responsabilité de la conception et de la construction de l'infrastructure pour un prix et une date donnés et en respectant des spécifications de techniques particulières (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). Le constructeur est généralement tenu de verser des dommages-intérêts spécifiés ou une amende pour tout retard dans les délais. En outre, il est généralement tenu de fournir une garantie de bonne fin telle qu'une caution bancaire ou un cautionnement. Chaque équipementier est également tenu, en règle générale, de fournir des garanties quant aux caractéristiques techniques de son matériel. De même, la société de projet atténue habituellement son risque d'exploitation en concluant un contrat d'exploitation et de maintenance par lequel la société d'exploitation s'engage à fournir le produit exigé et à assumer la responsabilité en cas de défauts d'exploitation. Dans la plupart des cas, des arrangements de ce type sont indispensables à la réussite du projet. Les prêteurs, quant à eux, s'efforceront de se mettre à l'abri des conséquences de ces risques en exigeant, par exemple, la cession du produit de toute caution émise pour garantir le travail de l'entrepreneur.

19. L'autorité contractante, de son côté, devra supporter les risques relatifs à des événements dépendant d'elle, comme la fourniture de spécifications techniques insuffisantes lors du processus de sélection ou un retard dû à la non-fourniture en temps voulu du matériel prévu. L'autorité contractante peut aussi être amenée à assumer les conséquences de perturbations dues à des actes de gouvernement en acceptant, par exemple, de dédommager la société de projet en cas de diminution des recettes liée à des mesures de contrôle des prix (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). Si certains risques politiques peuvent être atténués en contractant une assurance, l'obtention d'une telle assurance, en supposant qu'elle soit possible dans le pays concerné, ne le sera peut-être pas à un coût acceptable. Ainsi, les investisseurs et prêteurs potentiels pourraient s'adresser aux pouvoirs publics afin, par exemple, d'obtenir des garanties contre l'expropriation ou la nationalisation et être assurés d'être convenablement dédommagés au cas où de telles mesures seraient prises (voir par. 45). En fonction de leur évaluation du niveau de risque encouru dans le pays hôte, les investisseurs et prêteurs potentiels ne voudront peut-être pas s'engager dans un projet sans recevoir de telles assurances ou garanties.

20. La plupart des risques de projet auxquels il est fait allusion dans les paragraphes ci-dessus peuvent, dans une certaine mesure, être considérés comme contrôlables par l'une ou l'autre partie. Cela dit, de très nombreux risques de projet tiennent à des événements sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle ou qui sont imputables aux actes de tiers, et il peut donc être nécessaire d'appliquer d'autres principes de répartition des risques.

21. Ainsi, les documents relatifs au financement prévoient habituellement un taux d'intérêt variable qui met les prêteurs à l'abri des risques liés au taux d'intérêt, mais la société de projet peut avoir la possibilité de se protéger contre l'augmentation des taux d'intérêt en concluant des accords de crédit croisé qui lui assurent un taux d'intérêt fixe à long terme. La société de projet pourrait s'attendre que ce risque, ainsi que le risque d'inflation, soit supporté par les utilisateurs finals ou les clients de l'infrastructure par le biais d'une hausse des prix, ce qui n'est toutefois pas toujours faisable, pour des raisons liées au marché ou pour cause de contrôle des prix. La structure tarifaire négociée entre la société de projet et l'autorité contractante définira la mesure dans laquelle la société de projet sera dispensée de supporter ces risques ou devra en absorber une partie (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___).

22. D'autres risques pouvant être répartis selon différentes modalités sont les risques liés à des événements extérieurs au projet tels que guerres, troubles civils, catastrophes naturelles ou autres, sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle. Dans le cas de projets d'infrastructure traditionnels, réalisés par le secteur public, l'entité publique concernée supporte généralement le risque, par exemple, de destruction de l'infrastructure par une catastrophe naturelle ou par un événement analogue, dans la mesure où ce risque ne peut être assuré. Dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé, les pouvoirs publics préféreront peut-être que ce type de risques soit supporté par la société de projet. Toutefois, selon la façon dont il évalue ces risques particuliers dans le pays hôte, le secteur privé peut ne pas être disposé à les supporter. Il n'existe donc pas, en pratique, de solution unique pour couvrir cette catégorie de risque, et des arrangements spéciaux sont souvent conclus pour chacun d'eux. Ainsi, les parties peuvent convenir que l'occurrence d'un de ces événements dispense la partie affectée de se conformer aux dispositions relatives au défaut d'exécution dans l'accord de projet, auquel cas des arrangements contractuels prévoiront des solutions à certaines des conséquences néfastes de ces événements, comme l'extension du contrat en vue de compenser le retard dû auxdits événements, voire, dans certaines circonstances, une forme de versement direct (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). Ces arrangements seront complétés par une assurance commerciale contractée, s'il s'en trouve pour un coût abordable, par la société de projet (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___).

23. Il peut également être nécessaire de négocier des arrangements spéciaux pour la répartition des risques commerciaux. Des projets tels que ceux portant sur les communications mobiles ont généralement un potentiel relativement élevé de recouvrement des coûts directs et, dans la plupart des cas, la société de projet supporte ces risques sans les partager avec l'autorité contractante et

sans pouvoir recevoir d'appui de la part des pouvoirs publics. Pour d'autres projets d'infrastructure, comme les projets de centrale électrique, la société de projet peut revoir les arrangements contractuels passés avec l'autorité contractante ou une autre entité publique en vue de ne supporter que des risques commerciaux moindres en négociant, par exemple, des accords d'enlèvement à long terme qui lui garantissent des débouchés pour un prix défini. Les paiements peuvent refléter la consommation réelle ou la mise à disposition du produit, ou une combinaison d'éléments des deux variantes, et les tarifs applicables font généralement l'objet d'une clause de révision ou d'indexation des prix visant à protéger la valeur réelle des recettes contre l'augmentation des coûts d'exploitation due au vieillissement de l'infrastructure (voir également chap. IV, "L'accord de projet", ___). Enfin, il existe des projets à intensité relativement forte de capital et au potentiel de recouvrement des coûts plus lent, comme les projets d'adduction d'eau ou de routes à péage, que le secteur privé ne voudra peut-être pas entreprendre sans une forme ou une autre de partage des risques avec l'autorité contractante par l'intermédiaire, par exemple, de garanties de recettes fixes ou par le versement d'un montant défini pour mise à disponibilité de l'infrastructure, indépendamment de l'usage réel qui en est fait (voir également chap. IV, "L'accord de projet", ___).

24. Il découle de ce qui précède que les parties doivent tenir compte de très nombreux facteurs pour répartir efficacement les risques de projet. S'il peut être utile, pour les pouvoirs publics, de donner des conseils d'ordre général aux négociateurs intervenant au nom des autorités contractantes locales en formulant, par exemple, des principes consultatifs relatifs à la répartition des risques, il n'est généralement pas conseillé de prévoir des dispositions réglementaires qui limitent inutilement la capacité des négociateurs à répartir les risques de façon équilibrée et adaptée à chaque projet.

C. *Appui des pouvoirs publics*

25. La discussion de la section précédente montre que les parties peuvent recourir à divers arrangements contractuels pour répartir et atténuer les risques de projet. Or, ces arrangements ne suffisent peut-être pas toujours à inspirer la confiance nécessaire aux investisseurs privés pour participer à des projets d'infrastructure à financement privé. Un appui supplémentaire des pouvoirs publics peut également être nécessaire pour rendre plus attrayants des investissements privés de projets d'infrastructure dans le pays hôte.

26. L'appui des pouvoirs publics peut revêtir plusieurs formes. En général, toute mesure prise par les pouvoirs publics pour créer un climat plus propice aux investissements en faveur de projets d'infrastructure peut être considérée comme une forme d'appui. De ce point de vue, l'existence d'une législation permettant aux pouvoirs publics d'attribuer des projets d'infrastructure à financement privé ou l'établissement d'une structure hiérarchique claire pour la négociation et le suivi des projets d'infrastructure (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", ___) peuvent constituer d'importantes mesures d'appui à l'exécution de projets d'infrastructure. Telle qu'elle est employée dans le présent *Guide*, l'expression "appui des pouvoirs publics" a toutefois un sens plus restreint puisqu'elle désigne en particulier les mesures spéciales, dans la plupart des cas de nature financière ou économique, que les pouvoirs publics peuvent prendre pour créer des conditions plus favorables à l'exécution d'un projet donné ou aider la société de projet à faire face à certains risques liés au projet, ces mesures dépassant le cadre normal des arrangements contractuels sur lesquels se sont entendues l'autorité contractante et la société du projet pour répartir les risques. Lorsqu'elles existent, les mesures d'appui des pouvoirs publics font généralement partie intégrante des programmes que ceux-ci élaborent pour attirer des investissements privés en faveur de projets d'infrastructure.

1. *Considérations pratiques concernant l'appui des pouvoirs publics*

27. Dans la pratique, les pouvoirs publics décident d'appuyer l'exécution d'un projet après en avoir évalué l'utilité économique ou sociale et avoir déterminé si un appui supplémentaire de leur part se justifie. Les pouvoirs publics peuvent estimer que le secteur privé n'est probablement pas en mesure de financer à lui seul certains projets à un coût acceptable. Ils peuvent également considérer que certains projets risquent de ne pas se concrétiser si aucune mesure d'appui n'est introduite pour atténuer une partie des risques liés à ces projets. En effet, les investisseurs privés et les prêteurs sont disposés à mettre en œuvre de vastes projets dans un pays donné non seulement en fonction de leur appréciation des risques, mais également selon que la situation dans le pays hôte, en particulier dans le secteur des infrastructures, leur inspire confiance pour investir. Les investisseurs privés attacheront probablement une importance particulière à des facteurs comme l'économie du pays hôte et le niveau de développement des structures du marché ou encore le fait que le pays ait ou non mené à bien des projets d'infrastructure à financement privé au cours des dernières années.

28. Compte tenu de ce qui précède, un certain nombre de pays ont adopté une stratégie souple en matière d'appui fourni par les pouvoirs publics. Dans certains d'entre eux, des dispositions législatives ont été introduites qui permettent d'adapter le niveau et le type d'appui en fonction des besoins de chaque secteur d'infrastructure. Dans d'autres, la législation donne aux pouvoirs publics l'autorité suffisante pour accorder certains types d'assurances ou de garanties et se réserver le droit de ne pas les accorder dans tous les cas. Toutefois, les pouvoirs publics souhaiteront s'assurer que le niveau et le type d'appui fourni au projet n'entraînent pas une prise de responsabilité illimitée. En effet, lorsque les organismes publics prennent trop d'engagements en octroyant des garanties pour un projet donné, ils risquent de ne pas pouvoir accorder de garanties pour d'autres projets présentant peut-être un intérêt bien plus grand pour le public.

29. Il est possible d'accroître l'efficacité des programmes d'appui des pouvoirs publics visant à promouvoir les investissements privés en faveur d'infrastructures en introduisant des techniques appropriées permettant d'intégrer

au budget les mesures d'appui ou d'évaluer le coût total d'autres formes d'appui. S'agissant des crédits, par exemple, les garanties offertes par les organismes publics ont généralement un coût moindre que les garanties octroyées par les organismes de crédit. La différence (moins le montant des frais et intérêts dus par la société de projet) représente un coût pour les pouvoirs publics et une subvention pour la société de projet. Or, dans de nombreux cas, la garantie de prêt n'est pas inscrite comme une dépense tant que personne ne la fait jouer. Ainsi, le montant réel de la subvention octroyée par les pouvoirs publics n'est pas comptabilisé, ce qui peut donner la trompeuse impression que les garanties de prêt impliquent une charge moindre que le versement de subventions directes. Dans le même ordre d'idées, le coût financier et économique des exonérations fiscales accordées par les pouvoirs publics peut passer inaperçu, ce qui rend celles-ci moins transparentes que d'autres formes d'aide directe. C'est pourquoi les pays qui envisagent d'élaborer des programmes d'appui aux projets d'infrastructure à financement privé devront probablement mettre au point des méthodes spéciales pour estimer le coût budgétaire de mesures d'appui telles que les exonérations fiscales, les prêts et les garanties de prêt accordés par les organismes publics, de manière à tenir compte du montant escompté des coûts ou pertes de revenu futurs.

2. *Formes d'appui des pouvoirs publics*

30. L'offre d'un appui direct par les pouvoirs publics, que ce soit sous la forme de garanties, de prêts publics ou d'assurances de recettes, peut être un instrument important dans la structuration financière du projet. Les paragraphes suivants décrivent brièvement des formes d'appui des pouvoirs publics qui sont parfois autorisées en vertu des lois nationales et examinent les éventuelles incidences législatives qu'elles peuvent avoir pour le pays hôte, sans en privilégier aucune.

31. En règle générale, outre les mesures administratives et budgétaires qui peuvent être nécessaires pour garantir le respect des engagements pris par les pouvoirs publics pendant toute la durée du projet, il est conseillé à l'organe législatif d'examiner l'éventuelle nécessité d'une autorisation législative explicite pour fournir certaines formes d'appui. Lorsqu'un appui des pouvoirs publics est jugé souhaitable, il importe que l'organe législatif garde à l'esprit les obligations du pays hôte en vertu d'accords internationaux sur l'intégration économique régionale ou la libéralisation des échanges, qui peuvent limiter l'aptitude des organismes publics des États contractants à fournir un appui financier aux sociétés opérant sur leur territoire. De surcroît, lorsque des pouvoirs publics envisagent d'appuyer l'exécution d'un projet d'infrastructure, cette circonstance devrait être précisée à tous les soumissionnaires potentiels en temps opportun pendant la procédure de sélection (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", ___).

a) *Prêts publics et garanties de prêts*

32. Dans certains cas, la loi autorise les pouvoirs publics à accorder des prêts sans intérêt ou à faible intérêt à la société de projet pour réduire le coût financier du projet. En fonction des règles comptables à appliquer, certains prêts sans intérêt accordés par des organismes publics peuvent être comptabilisés comme recettes dans les livres de la société de projet, les prêts étant considérés comme frais déductibles sur les plans fiscal et comptable. De plus, des prêts subordonnés accordés par les pouvoirs publics peuvent améliorer les termes financiers du projet en complétant des prêts privilégiés accordés par des banques commerciales sans concurrencer ceux-ci pour ce qui est du remboursement. Des prêts publics peuvent être généralement accordés à toutes les sociétés de projet d'un secteur donné ou ils peuvent se limiter à offrir une assistance temporaire à la société de projet en cas de survenue de certains risques de projet. Le montant total de tout prêt de ce type peut en outre être limité à une somme fixe ou à un pourcentage du coût total du projet.

33. Outre les prêts publics, certaines lois nationales autorisent l'autorité contractante ou tout autre organisme du pays hôte à accorder des garanties de prêt pour le remboursement d'emprunts effectués par la société de projet. Les garanties de prêt ont pour objet de protéger les prêteurs (et, parfois, les investisseurs qui accordent également des fonds au projet) contre toute défaillance de la société de projet. Les garanties de prêt n'entraînent pas de décaissement immédiat de fonds publics et peuvent paraître plus attrayantes aux pouvoirs publics que des prêts directs. Cependant, des garanties de prêt peuvent représenter une responsabilité éventuelle importante et l'exposition des pouvoirs publics peut être considérable, surtout dans l'éventualité d'une faillite totale de la société de projet. En effet, les pouvoirs publics ne trouveraient, dans la plupart des cas, que peu de réconfort dans une éventuelle subrogation des droits des prêteurs vis-à-vis d'une société de projet insolvable.

34. Ainsi, outre l'adoption de mesures générales visant à améliorer le rendement de programmes d'appui gouvernementaux (voir par. 29), il peut être conseillé d'envisager des dispositions concrètes limitant l'exposition des pouvoirs publics au titre de garanties de prêt. Les règles régissant l'offre de garanties de prêt peuvent prévoir un plafond maximal, qui pourrait être exprimé sous la forme d'un montant fixe ou, si l'on a besoin de plus de souplesse, d'un certain pourcentage de l'investissement total dans tout projet donné. Une autre mesure permettant de limiter les responsabilités éventuelles de l'organisme se portant garant peut consister à définir les circonstances dans lesquelles ces garanties peuvent être étendues, compte tenu des types de risque de projet que les pouvoirs publics peuvent être disposés à partager. Si, par exemple, les pouvoirs publics n'envisagent de ne partager que les risques d'interruption temporaire causée par des événements sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle, les garanties pourraient se limiter à l'éventualité où la société de projet est mise temporairement dans l'incapacité de servir des intérêts en raison de la survenue d'événements imprévisibles spécialement désignés sur lesquels la société de projet n'a aucun contrôle. Si les pouvoirs publics souhaitent accorder un plus grand degré de protection aux prêteurs, les garanties peuvent couvrir l'incapacité permanente de la société de projet à rembourser ses emprunts pour les mêmes raisons. Dans ce cas, cependant, il est conseillé de ne pas supprimer les mécanismes incitant les prêteurs à faire en sorte

que le projet se poursuive, par exemple, en identifiant un autre concessionnaire adéquat ou en intervenant par l'intermédiaire d'un agent désigné pour pallier la défaillance de la société de projet (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). Le recours aux garanties des pouvoirs publics pourrait ainsi être conditionné par l'épuisement préalable des autres solutions offertes aux prêteurs dans le cadre de l'accord de projet, des accords de prêt ou des accords qu'ils ont conclus directement, le cas échéant, avec l'autorité contractante. Quoi qu'il en soit, l'offre par les pouvoirs publics de garanties de prêt intégrales représentant une protection totale des prêteurs contre le risque de défaillance de la société de projet n'est pas un élément fréquent des projets d'infrastructure mis en œuvre dans le cadre de la modalité de financement sur recettes.

b) *Prise de participation*

35. Une autre forme d'appui supplémentaire des pouvoirs publics peut consister à prendre des participations directes ou indirectes dans la société de projet. Une prise de participation par les pouvoirs publics peut aider à obtenir un ratio d'endettement plus favorable en complétant les capitaux fournis par les promoteurs du projet, en particulier lorsque d'autres sources de capital social telles que des fonds d'investissement ne peuvent être mises à contribution par la société de projet. Une prise de participation par les pouvoirs publics peut également être utile pour satisfaire aux exigences légales du pays hôte concernant la composition des sociétés établies localement. Le droit des sociétés de certaines juridictions, ou des législations spéciales régissant les projets d'infrastructure, exige un certain montant de participation d'investisseurs locaux dans les sociétés établies localement. Cependant, il peut parfois ne pas être possible d'assurer le niveau requis de participation locale à des conditions acceptables. Les investisseurs locaux peuvent ne pas être intéressés ou ne pas disposer des ressources financières nécessaires pour investir dans de grands projets d'infrastructure; ils peuvent également répugner ou manquer de l'expérience requise pour endosser certains risques de projet.

36. La participation des pouvoirs publics peut comporter certains risques que ces derniers souhaiteront peut-être prendre en compte. En particulier, il existe un risque que cette participation soit comprise comme une garantie implicite des pouvoirs publics incitant les parties, voire des tierces parties, à escompter que les pouvoirs publics appuient pleinement le projet, voire, éventuellement, le reprennent à leurs frais si la société de projet faisait défaut. Lorsqu'une telle garantie implicite n'est pas prévue, des dispositions appropriées devraient être énoncées pour préciser les limites de la participation des pouvoirs publics (dispositions contractuelles dégageant les pouvoirs publics, par exemple, de toute obligation de souscrire des actions supplémentaires dans l'éventualité où une augmentation du capital de la société de projet serait nécessaire).

c) *Subventions*

37. Des subventions tarifaires sont utilisées dans certains pays pour compléter les recettes de la société de projet lorsque les recettes réelles du projet sont inférieures à un certain niveau minimal. L'offre des services dans certaines régions où la société de projet est tenue d'opérer peut ne pas être rentable du fait de la faible demande ou du montant élevé des coûts d'exploitation, ou parce que la société de projet est tenue d'offrir le service à une certaine partie de la population à faible prix. Ainsi, la législation de certains pays autorise les pouvoirs publics à subventionner la société de projet afin qu'elle puisse offrir les services à un prix réduit.

38. Les subventions prennent généralement la forme de versements directs à la société de projet, qu'il s'agisse de versements forfaitaires ou de versements calculés spécifiquement pour compléter les recettes de la société de projet. Dans ce dernier cas, les pouvoirs publics devraient veiller à mettre sur pied des mécanismes adéquats permettant de vérifier l'exactitude des subventions versées à la société de projet en incluant, par exemple, des dispositions en matière d'audit et de transparence financière dans l'accord de projet. Une autre forme de subvention peut consister à autoriser la société de projet à subventionner des activités peu rentables à l'aide des recettes dégagées par d'autres qui le sont plus. Cela peut se faire en associant dans la même concession des activités ou des régions d'exploitation rentables et moins rentables; ou en confiant à la société de projet l'exploitation commerciale d'une activité accessoire distincte et plus rentable (voir par. 54 à 56).

39. Cependant, il importe que l'organe législatif examine les incidences concrètes et les obstacles juridiques éventuels à l'octroi de subventions à la société de projet. Par exemple, les subventions se révèlent fausser la libre concurrence et le droit de la concurrence de nombreux pays interdit d'accorder des subventions ou d'autres formes d'aide financière directe qui ne sont pas expressément autorisées par la législation.

d) *Garanties souveraines*

40. S'agissant de projets d'infrastructure à financement privé, l'expression "garanties souveraines" est parfois utilisée pour désigner deux types de garanties accordées par les autorités du pays hôte. Le premier type comprend les garanties émises par les autorités du pays hôte pour couvrir le non-respect d'obligations assumées par l'autorité contractante au titre de l'accord de projet. Une seconde catégorie comprend des garanties selon lesquelles la société de projet ne sera pas empêchée par les pouvoirs publics d'exercer certains droits qui lui sont accordés en vertu de l'accord de projet, ou qui découlent des lois du pays comme le droit de rapatrier des bénéfices à l'achèvement du projet. Quelque forme que revêtent ces garanties, il importe que les pouvoirs publics et l'organe législatif examinent l'aptitude des pouvoirs publics à estimer et à gérer efficacement leur propre exposition aux risques de projet et à déterminer le niveau acceptable de responsabilités directes ou éventuelles qu'ils peuvent assumer.

i) Garanties de résultat par l'autorité contractante

41. Des garanties de résultat peuvent être utilisées lorsque l'autorité contractante est une entité juridique distincte ou autonome qui n'engage pas la responsabilité des pou-

voirs publics à proprement parler. Ces garanties peuvent être émises au nom des pouvoirs publics ou d'une institution financière publique du pays hôte. Elles peuvent également prendre la forme d'une garantie émise par des institutions financières internationales qui sont couvertes par une contre-garantie des pouvoirs publics (voir par. 57 à 67). Les garanties données par les pouvoirs publics peuvent se révéler utiles pour protéger la société de projet des conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante ou de tout autre organisme public assumant des obligations spécifiques au titre de l'accord de projet. Les situations les plus fréquentes dans lesquelles ces garanties sont utilisées sont notamment les suivantes:

a) *Garanties d'enlèvement*. En vertu de ces arrangements, les pouvoirs publics garantissent le paiement de biens et de services fournis par la société de projet à des entités publiques. Des garanties de paiement sont souvent utilisées en rapport avec des obligations de paiement contractées au titre d'accords "d'enlèvement" conclus dans le secteur de la production d'électricité (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___). Ces garanties peuvent revêtir une importance particulière lorsque le client principal ou unique de la société de projet est un monopole d'État. Une sécurité supplémentaire est offerte à la société de projet et aux prêteurs lorsque la garantie est souscrite par une institution financière internationale (voir par. 61 et 66);

b) *Garanties de fourniture*. Des garanties de fourniture peuvent également être offertes pour protéger la société de projet contre les conséquences d'une incapacité dans laquelle pourraient se trouver des entités publiques de fournir des biens et du matériel nécessaires à l'exploitation de l'infrastructure — par exemple, combustible, électricité ou eau — ou pour assurer le versement d'indemnités que l'entité contractante peut être tenue de régler en vertu de l'accord de fourniture;

c) *Garanties générales*. Il s'agit de garanties destinées à protéger la société de projet contre toute forme de défaillance de l'autorité contractante, plutôt que contre un manquement à des obligations expressément désignées. Bien que les garanties générales ne soient pas très fréquentes, il existe des cas dans lesquels la société de projet et les prêteurs peuvent les considérer comme une condition nécessaire à l'exécution du projet. Cela peut être le cas lorsque les obligations endossées par l'autorité contractante ne sont pas proportionnelles à sa solvabilité (par exemple, en cas d'importantes concessions accordées à des municipalités ou à des entités autonomes). Des garanties des pouvoirs publics peuvent être utiles pour obtenir un résultat précis, par exemple, lorsque les autorités du pays hôte s'engagent à se substituer à l'entité contractante pour la réalisation de certaines activités (livraison d'un site approprié pour l'élimination de produits dérivés).

42. En règle générale, il importe de ne pas surestimer l'aptitude des garanties souveraines à protéger seules la société de projet contre les conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante. Sauf lorsqu'elles ont pour objet d'obtenir un résultat précis, les garanties souveraines exercent souvent une fonction compensatoire. Ainsi, elles peuvent ne pas remplacer des recours contractuels appropriés en cas de défaillance de l'autorité contractante (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___). Différents types de recours contractuels ou de combinaisons de tels recours peuvent être utilisés pour faire face à divers cas de défaillance: des dommages-intérêts d'un montant spécifié en cas de défaillance et des augmentations tarifaires ou des extensions de contrat en cas de retard supplémentaire dans l'exécution du projet imputable à des actes de l'autorité contractante. En outre, pour limiter l'exposition des pouvoirs publics et réduire le risque de mise en jeu de la garantie, il est conseillé de prévoir des mesures incitant l'autorité contractante à respecter ses obligations contractuelles ou à s'attaquer aux causes de la défaillance. Ces mesures peuvent comprendre le droit exprès du garant à se substituer à l'autorité contractante ou des mécanismes de contrôle interne mettant en jeu la responsabilité de l'autorité contractante ou de ses agents en cas, par exemple, de manquement délibéré ou imprudent à ses obligations contractuelles entraînant un appel de la garantie souveraine.

ii) Garanties contre des actes de gouvernement néfastes

43. À la différence des garanties de résultat, qui protègent la société de projet contre les conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante, les garanties examinées ici ont trait aux actes d'autres autorités du pays hôte qui nuisent aux droits de la société de projet ou compromettent gravement la mise en œuvre de l'accord de projet. Ces garanties sont souvent appelées "garanties contre les risques politiques".

44. Un type de garantie prévu dans les législations nationales consiste en des garanties de change, qui remplissent généralement trois fonctions: garantir la convertibilité des bénéfices réalisés localement en devises étrangères; garantir la disponibilité des devises étrangères nécessaires; et garantir la transférabilité à l'étranger des sommes converties. Cependant, une garantie de change n'a généralement pas pour vocation de protéger la société de projet et les prêteurs contre les risques liés à la fluctuation des changes ou aux dévaluations induites par le marché, qui sont considérés être des risques commerciaux ordinaires. Les garanties de change sont fréquentes dans les projets d'infrastructure à financement privé faisant appel à d'importants emprunts libellés en devises autres que la monnaie locale, notamment dans les pays n'ayant pas de monnaie librement convertible. Certaines législations prévoient également qu'une telle garantie peut être adossée à une garantie bancaire émise en faveur de la société de projet.

45. Un autre type important de garantie peut consister à assurer à la société et à ses actionnaires qu'ils ne se seront pas expropriés sans compensation adéquate. Une telle garantie couvre généralement à la fois la confiscation de biens détenus par la société de projet dans le pays hôte et la nationalisation de la société de projet proprement dite, c'est-à-dire la confiscation d'actions de la société de projet. Ce type de garantie est généralement prévu dans les législations traitant des investissements étrangers directs et dans les traités bilatéraux de protection des investissements (voir chap. VII, "Droit applicable", ___).

e) *Avantages fiscaux et douaniers*

46. Une autre méthode utilisable par les autorités du pays hôte pour appuyer l'exécution de projets à financement

privé peut consister à consentir des exemptions, des réductions ou d'autres avantages fiscaux et douaniers. Le droit interne relatif aux investissements étrangers directs prévoit des régimes fiscaux spéciaux visant à encourager les investissements étrangers, et, dans certains pays, on a jugé utile d'étendre expressément ce régime fiscal aux sociétés étrangères participant à des projets d'infrastructure à financement privé (voir chap. VII, "Droit applicable", ___).

47. Généralement, les exemptions ou avantages fiscaux incluent l'exemption d'impôt sur le revenu ou sur les bénéfices ou d'impôt foncier sur l'infrastructure, ou l'exemption d'impôt sur les intérêts de prêts et d'autres obligations financières contractées par la société de projet. Certaines lois prévoient que toutes les transactions liées à un projet d'infrastructure à financement privé seront exemptées de droit de timbre ou de droits analogues. Dans certains cas, la loi établit un traitement fiscal préférentiel ou prévoit que la société de projet bénéficiera du traitement fiscal favorable accordé généralement aux investissements étrangers. Parfois, l'avantage fiscal prend la forme d'un taux d'imposition des revenus plus favorable associé à un niveau dégressif d'exemption pendant les premières années du projet. Ces exemptions et avantages sont parfois étendus aux entrepreneurs engagés par la société de projet, en particulier les entrepreneurs étrangers.

48. Comme autres mesures fiscales parfois utilisées pour promouvoir des projets d'infrastructure à financement privé, on peut citer les exemptions de retenues fiscales consenties aux prêteurs étrangers qui accordent des prêts au projet. Dans de nombreux systèmes juridiques, tout intérêt ou commission se rapportant à un prêt ou à une dette qui est contracté(e) directement ou indirectement par des sociétés établies localement ou est déductible des bénéfices réalisés localement est considéré comme une recette locale aux fins de la taxation. Ainsi, les institutions tant locales qu'étrangères qui prêtent aux projets d'infrastructure peuvent être tenues d'acquitter un impôt sur le revenu dans le pays hôte, que la société de projet peut être tenue de retenir sur les versements aux prêteurs étrangers, en leur qualité de non-résidents dans le pays hôte. L'impôt sur le revenu acquittable par les prêteurs dans le pays hôte est généralement pris en compte dans les négociations entre la société de projet et les prêteurs et peut rehausser le coût financier du projet. Dans certains pays, les organes compétents sont autorisés à consentir des exemptions de retenues fiscales pour les versements à des non-résidents qui se révèlent avoir pour but de promouvoir et de favoriser le développement économique ou technologique du pays hôte ou sont réputés servir l'intérêt public.

49. Des règles comptables spéciales pour les exploitants d'infrastructures ont également été introduites dans certains pays pour prendre en compte le profil de recettes particulier des projets d'infrastructure. Les projets portant sur la construction d'infrastructures, en particulier des routes et d'autres ouvrages de transport, se caractérisent généralement par une période d'investissement relativement courte marquée par un coût financier élevé et aucun flux de recettes, suivie d'une période plus longue marquée par des recettes croissantes et un coût financier décroissant et, en situation normale, des coûts d'exploitation stables. En conséquence, si l'on appliquait des règles comptables traditionnelles, la structure financière particulière de ces projets devrait être enregistrée dans les comptes de la société de projet comme une période de résultats négatifs permanents suivie d'une longue période de bénéfice net. Outre que cela aurait des conséquences négatives, par exemple, sur la cotation de la société de projet pendant la phase de construction, cela pourrait également se traduire par une dette fiscale disproportionnée pendant la phase d'exploitation du projet. Afin d'éviter une telle distorsion, certains pays ont adopté des règles comptables spéciales pour les sociétés mettant en œuvre des projets d'infrastructure qui prennent en compte le fait que les résultats financiers des projets d'infrastructure à financement privé peuvent ne devenir positifs qu'à moyen terme. Ces règles spéciales autorisent généralement les constructeurs d'infrastructures à transférer une partie du coût financier accumulé pendant la phase de déficit sur les exercices financiers subséquents, conformément aux calendriers financiers prévus dans l'accord de projet. Ces règles comptables spéciales, cependant, ne portent généralement pas préjudice aux principes du droit qui peuvent interdire la distribution de dividendes pendant des exercices financiers clos sur des résultats négatifs.

50. Outre les avantages et exemptions d'ordre fiscal, les lois nationales facilitent parfois l'importation d'équipements destinés à la société de projet au moyen d'une exemption de droits de douane. Cette exemption s'applique généralement au paiement de droits d'importation sur les équipements, les machines, les accessoires, les matières premières et le matériel importé dans le pays pour réaliser des études préliminaires et concevoir, mettre en œuvre et exploiter des projets d'infrastructure. Lorsque la société de projet souhaite transférer ou vendre les équipements importés sur le marché intérieur, l'approbation de l'autorité contractante doit généralement être obtenue et les droits d'importation, impôts sur le chiffre d'affaires et autres taxes doivent être acquittés conformément aux lois du pays. Parfois, la loi autorise les pouvoirs publics soit à accorder une exemption de droits de douane, soit à garantir que le niveau d'imposition ne sera pas augmenté au détriment du projet.

f) *Protection contre la concurrence*

51. Une autre forme d'appui des pouvoirs publics peut consister à offrir l'assurance qu'aucun projet d'infrastructure concurrent ne sera construit pendant une certaine période ou qu'aucun organisme public n'entrera en concurrence avec la société de projet, directement ou par l'intermédiaire d'un autre concessionnaire. Les assurances de ce type servent à garantir que les droits d'exclusivité qui peuvent être accordés au concessionnaire (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", ___) ne seront pas abolis pendant la durée du projet. La protection contre la concurrence peut être considérée par la société de projet et les prêteurs comme une condition essentielle pour participer à la construction d'infrastructures dans le pays hôte. Certaines lois nationales contiennent des dispositions en vertu desquelles les pouvoirs publics s'engagent à ne pas faciliter ou appuyer l'exécution d'un projet parallèle qui pourrait faire concurrence à la société de projet. Dans certains cas, la loi contient un engagement des pouvoirs publics qu'ils ne modifieront pas les conditions de cette

exclusivité au détriment de la société de projet sans le consentement de cette dernière.

52. Les dispositions de ce type peuvent avoir pour objet de convaincre les promoteurs du projet et les prêteurs que les conditions de base auxquelles le projet a été consenti seront respectées. Cependant, elles peuvent limiter l'aptitude des pouvoirs publics à répondre à une augmentation de la demande concernant ledit service comme peut l'exiger l'intérêt public ou à garantir l'accès aux services à différentes catégories d'usager. Il importe donc d'examiner soigneusement les intérêts des différentes parties concernées. Par exemple, le niveau de tarification requis pour permettre une exploitation rentable d'une route à péage peut dépasser la capacité de paiement des couches à faible revenu de la population. Ainsi, l'autorité contractante peut avoir intérêt à maintenir ouverte au public une route gratuite parallèlement à une nouvelle route à péage. Dans le même temps, cependant, si l'autorité contractante décide d'améliorer ou de développer l'autre route, le flux de circulation risque d'être détourné de la route à péage construite par la société de projet, compromettant ainsi son flux de recettes. De même, les pouvoirs publics souhaiteront peut-être introduire une libre concurrence pour l'offre de services téléphoniques à longue distance afin de développer l'offre et de réduire le coût des services de télécommunication (voir "Introduction et généralités sur les projets d'infrastructure à financement privé", ___). Une telle mesure peut cependant avoir pour conséquence une érosion importante des recettes prévues par la société de projet.

53. En règle générale, il peut être utile d'autoriser les pouvoirs publics à donner, au besoin, l'assurance que les droits exclusifs de la société de projet ne seront pas indûment affectés par un changement subséquent de la politique gouvernementale sans une compensation appropriée. Cependant, il peut ne pas être conseillé d'adopter des dispositions statutaires excluant toute possibilité de changement subséquent de la politique gouvernementale dans le secteur concerné, y compris une décision de favoriser la concurrence ou de construire une infrastructure parallèle. Les éventuelles conséquences d'un tel changement pour la société de projet devraient être envisagées par les parties dans les dispositions contractuelles traitant des changements de situation (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). Il est particulièrement conseillé d'accorder à l'autorité contractante le pouvoir nécessaire de négocier avec la société de projet la compensation qui pourra être due pour toute perte ou dommage qui pourrait résulter d'une infrastructure concurrente lancée subséquemment par l'autorité contractante ou de toute mesure équivalente prise par les pouvoirs publics qui porterait préjudice aux droits exclusifs de la société de projet.

g) *Sources de recettes accessoires*

54. Une autre forme d'appui à l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé peut consister à autoriser la société de projet à diversifier son investissement au moyen d'autres concessions concernant l'offre de services accessoires ou l'exploitation d'autres activités. Dans certains cas, d'autres sources de recettes peuvent également être utilisées comme une subvention permettant à la société de projet d'appliquer au service principal une politique de prix réduits ou contrôlés. À condition d'être suffisamment rentables, les activités accessoires peuvent renforcer la viabilité financière d'un projet: le droit de percevoir des péages sur un pont existant, par exemple, peut inciter à exécuter un nouveau projet de pont à péage. Cependant, il ne faudrait pas surestimer l'importance relative des sources de recettes accessoires.

55. Pour permettre à la société de projet de mener des activités accessoires, il peut être nécessaire que l'organe législatif autorise les pouvoirs publics à accorder à la société de projet le droit d'utiliser des biens appartenant à l'autorité contractante aux fins de ces activités (par exemple, terrain adjacent à une autoroute pour la construction de zones de services). Lorsqu'il est jugé nécessaire de contrôler la mise en œuvre et, éventuellement, le développement de ces activités accessoires, l'approbation de l'autorité contractante peut être requise avant que la société de projet n'entreprenne d'importantes extensions des installations utilisées pour les activités accessoires.

56. Dans certains systèmes juridiques, certains types de source de recettes accessoires autorisés par les pouvoirs publics peuvent être considérés comme une concession distincte de la concession principale, et il est donc conseillé d'étudier les limites éventuellement imposées à la liberté qu'aura la société de projet de conclure des contrats d'exploitation d'installations accessoires (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___).

D. *Garanties offertes par des institutions financières internationales*

57. Outre les garanties accordées directement par les autorités du pays hôte, des garanties peuvent être émises par des institutions financières internationales telles que la Banque mondiale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements et les banques de développement régionales. Ces garanties prémunissent généralement la société de projet contre certains risques politiques mais peuvent aussi, dans certains cas, la prémunir contre un non-respect de l'accord de projet, par exemple, lorsqu'elle fait défaut sur ses emprunts suite au non-respect d'une obligation par l'autorité contractante.

1. *Garanties émises par des institutions financières internationales*

58. Outre les prêts qu'elles consentent aux États et aux organismes publics, les institutions de prêt multilatérales telles que la Banque mondiale et les banques de développement régionales ont également mis au point des programmes visant à accorder des prêts au secteur privé. Parfois, elles accordent également des garanties à des prêteurs commerciaux pour des projets publics et privés. Dans la plupart des cas, les garanties émises par ces institutions nécessitent une contre-garantie des autorités du pays hôte.

59. Les garanties accordées par les institutions de prêt multilatérales ont pour objet d'atténuer les risques liés à un éventuel manquement à des obligations contractées par des États ou liés à des prêts à longue échéance que des prê-

teurs privés ne sont pas disposés à endosser et pas capables d'évaluer. Par exemple, les garanties offertes par la Banque mondiale peuvent couvrir certains risques (garanties de risque partielles) ou tous les risques de crédit pendant une certaine partie de la période de financement (garanties de crédit partielles), comme résumé ci-après. La plupart des banques de développement régionales accordent des garanties à des conditions analogues à celles de la Banque mondiale.

a) *Garanties de risque partielles*

60. Les garanties de risque partielles couvrent certains risques découlant du non-respect d'obligations contractuelles par un État ou liés à certains événements politiques de force majeure. Ces garanties assurent le paiement en cas de non-acquittement du service de la dette résultant d'un manquement à des obligations contractées par les pouvoirs publics et par leurs organismes. Elles peuvent couvrir différents types de manquement: modification du cadre réglementaire convenu, y compris des formules tarifaires; non-livraison d'intrants tels que le carburant fourni à une compagnie d'électricité privée; non-paiement de produits tels que l'électricité achetée par une entreprise publique à une compagnie d'électricité ou l'eau achetée en gros par une société de distribution publique locale; non-compensation de retards ou d'interruptions du projet dus à l'action des pouvoirs publics ou à des événements politiques; retards de procédure; modifications néfastes de la législation ou de la réglementation relatives au contrôle des changes.

61. Lorsque des institutions de prêt multilatérales participent au financement d'un projet, elles peuvent apporter un appui en renonçant au recours dont elles disposeraient normalement à l'encontre de la société de projet si la défaillance de cette dernière est due à des événements tels que des risques politiques. Par exemple, une institution de prêt multilatérale recevant une garantie d'achèvement de la part de la société de projet peut accepter de ne pas faire jouer cette garantie si la raison du non-achèvement a été un risque politique.

b) *Garanties de crédit partielles*

62. Des garanties de crédit partielles sont accordées à des emprunteurs privés munis de contre-garanties des pouvoirs publics. Elles ont pour objet de garantir la partie du financement due après la durée normale de prêts accordés par des prêteurs privés. Ces garanties sont généralement utilisées pour des projets faisant appel à une participation du secteur privé et nécessitant des fonds à long terme pour être financièrement viables. Une garantie de crédit partielle prolonge généralement l'échéance des prêts et couvre tout défaut de paiement pour une partie désignée du service de la dette.

2. *Garanties accordées par l'Agence multilatérale de garantie des investissements*

63. L'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) assure contre les risques politiques à long terme les nouveaux investissements originaires de tout pays membre et destinés à tout pays membre en développement autre que le pays d'où provient l'investissement. Les nouveaux investissements liés à l'extension, à la modernisation ou à la restructuration financière de projets existants peuvent également bénéficier de cette assurance, de même que les acquisitions nécessitant la privatisation d'entreprises d'État. Les formes d'investissement étranger pouvant bénéficier de cette assurance sont notamment les prises de participation, les avances d'actionnaires et les garanties de prêt émises par des actionnaires, à condition que les prêts et les garanties de prêt portent sur au moins trois ans. Les prêts consentis à des emprunteurs indépendants peuvent également être assurés aussi longtemps que l'investissement d'un actionnaire du projet est assuré parallèlement. Parmi les autres formes d'investissement pouvant bénéficier de cette assurance, on peut citer l'assistance technique, les contrats de gestion ainsi que les accords de franchise et de licence à condition qu'ils portent sur au moins trois ans et que la rémunération de l'investisseur soit liée aux résultats d'exploitation du projet. L'Agence assure contre les risques suivants: restriction des transferts de devises étrangères; expropriation; rupture de contrat; guerre et troubles civils.

a) *Restriction des transferts*

64. Les garanties concernant le transfert de devises étrangères accordées par l'Agence sont analogues aux garanties de change pouvant être accordées par les autorités du pays hôte (voir par. 44). Ces garanties prémunissent contre les pertes découlant de l'incapacité d'un investisseur à convertir une monnaie locale (capital, intérêt, principal, bénéfices, redevances et autres versements) en devise étrangère en vue de son transfert hors du pays hôte. La garantie assure contre les délais excessifs d'acquisition de devises étrangères causés par l'action ou l'inaction des autorités du pays hôte, par des modifications néfastes de la législation ou de la réglementation relative au contrôle des changes et par la détérioration des conditions régissant la conversion et le transfert de la monnaie locale. La dévaluation de la monnaie n'est pas assurée. Dès que l'Agence reçoit d'un investisseur la monnaie locale bloquée, elle verse une compensation dans la devise stipulée dans le contrat de garantie.

b) *Expropriation*

65. Cette garantie prémunit contre la perte de l'investissement assuré du fait d'actes de gouvernement susceptibles de limiter ou de supprimer la propriété et le contrôle dudit investissement ainsi que les droits exercés sur celui-ci. Outre la nationalisation et la confiscation pures et simples, l'expropriation "larvée" — série d'actes qui, dans le temps, ont un effet d'expropriation — est également couverte. La garantie est accordée de façon limitée en cas d'expropriation partielle (par exemple, confiscation de fonds ou de biens corporels). Les mesures de bonne foi non discriminatoires prises par les autorités du pays hôte dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire légitime ne sont pas couvertes. En cas d'expropriation totale de participations, l'Agence rembourse l'investissement assuré à hauteur de sa valeur comptable nette. En cas d'expropriation de fonds, l'Agence rembourse la partie assurée des fonds bloqués. Dans le cas de prêts et de garanties de prêt,

l'Agence assure l'encours du principal et tout intérêt échu et non versé. Des compensations sont versées à l'investisseur lorsque celui-ci cède à l'Agence son intérêt dans l'investissement exproprié (par exemple, actions ou intérêt dans un accord de prêt).

c) *Rupture de contrat*

66. Cette garantie prémunit contre les pertes causées par la rupture ou la dénonciation, par les autorités du pays hôte, d'un contrat passé avec l'investisseur. En cas de rupture présumée ou de dénonciation, l'investisseur doit pouvoir avoir recours, aux termes du contrat de base, à un mécanisme de règlement des différends (par exemple, arbitrage) et obtenir des dommages-intérêts. Si, après un délai spécifié, l'investisseur n'a reçu aucun versement ou si le mécanisme de règlement des différends ne peut pas jouer à cause de mesures prises par les autorités du pays hôte, l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) le dédommage.

d) *Guerre et troubles civils*

67. Cette garantie prémunit contre les pertes dues à des dommages causés à des actifs corporels ou à la destruction ou disparition de ces actifs par suite de faits de guerre ou de troubles civils motivés par des raisons politiques dans le pays hôte, qu'il s'agisse d'une révolution, d'une insurrection, d'un coup d'état, de sabotage ou de terrorisme. Dans le cas de prises de participation, l'Agence verse à l'investisseur l'équivalent de la part des actifs qu'il détient en se basant sur leur plus petite valeur comptable, du coût de remplacement de ces actifs et du coût de réparation des biens endommagés. Dans le cas de prêts et de garanties de prêt, elle le dédommage à hauteur de la fraction assurée du principal et des intérêts en défaut de paiement du fait des dommages causés aux actifs du projet par la guerre ou les troubles civils. La couverture en cas de guerre ou de troubles civils joue également lorsqu'un événement provoque l'interruption, pendant un an, d'opérations capitales pour la viabilité financière générale du projet. Dans ce cas, la garantie prend effet lorsque l'investissement est jugé entièrement perdu; l'Agence rembourse alors à hauteur de la valeur comptable de la totalité des prises de participation assurées.

E. *Garanties fournies par des institutions bilatérales*

68. La couverture de certains risques politiques, commerciaux et financiers et les prêts directs peuvent être obtenus auprès d'organismes de crédit à l'exportation. En règle générale, ces organismes ont été créés, dans un certain nombre de pays, pour faciliter l'exportation de biens ou de services d'origine locale. Ils interviennent au nom des pouvoirs publics des pays qui fournissent les biens et les services pour le projet. La plupart sont membres de l'Union d'assureurs des crédits et investissements internationaux (Union de Berne), qui vise principalement à promouvoir la coopération internationale et à encourager l'instauration d'un climat favorable aux investissements; à élaborer et à faire respecter les principes d'une saine pratique de l'assurance sur les crédits à l'exportation; et à imposer une certaine discipline s'agissant des termes du crédit dans le commerce international.

69. Si, d'un pays à l'autre, les formes de soutien varient, les organismes de crédit à l'exportation proposent généralement deux types de couverture:

a) *L'assurance sur le crédit à l'exportation*. Cette assurance vise essentiellement à garantir au vendeur le versement des sommes qui lui sont dues dans le cas où l'acheteur étranger des biens ou services exportés est autorisé à différer son paiement. Elle peut prendre la forme d'un mécanisme d'assurance sur le "crédit fournisseur" ou sur le "crédit acheteur". Dans le premier cas, l'exportateur et l'importateur conviennent de clauses commerciales prévoyant un paiement différé garanti par des effets de commerce (par exemple, lettres de change ou billets à ordre) émis par l'acheteur. Sous réserve de preuve de sa solvabilité, l'exportateur obtient cette assurance auprès d'un organisme de crédit à l'exportation de son pays. Selon la modalité de l'assurance sur le crédit acheteur, l'obligation de paiement de l'acheteur est financée par la banque de l'exportateur, qui, de son côté, contracte une assurance auprès d'un organisme de crédit à l'exportation. Les crédits à l'exportation sont généralement classés en crédits à court terme (remboursables dans un délai habituellement inférieur à deux ans), à moyen terme (de deux à cinq ans le plus souvent) et à long terme (plus de cinq ans). L'appui des pouvoirs publics par l'intermédiaire d'organismes de crédit à l'exportation peut prendre la forme d'une "couverture pure", c'est-à-dire d'une assurance ou de garanties données aux exportateurs ou aux institutions de prêt sans aide au financement, ou la forme d'une "aide au financement", à savoir de crédits directs à l'acheteur étranger, d'un refinancement et de toutes sortes d'aides visant à prémunir contre les fluctuations des taux d'intérêt;

b) *L'assurance investissements*. Les organismes de crédit à l'exportation peuvent couvrir soit directement l'emprunteur, soit l'exportateur pour certains risques politiques et commerciaux, notamment la guerre, l'insurrection ou la révolution; l'expropriation, la nationalisation ou la réquisition de biens; la non-convertibilité des devises; et la pénurie de devises étrangères. Habituellement, l'assurance investissements fournie par les organismes de crédit à l'exportation prémunit les investisseurs de la société de projet établie à l'étranger, mais pas la société elle-même, contre les risques couverts. Ce type d'assurance tend à couvrir de très nombreux risques politiques, et les organismes de crédit à l'exportation disposés à les couvrir ont généralement besoin de renseignements précis sur le système juridique du pays hôte.

70. Les conditions dans lesquelles les organismes de crédit à l'exportation de pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) proposent leur appui aux crédits fournisseur et crédits acheteur doivent être conformes à l'Arrangement de l'OCDE relatif à des lignes directrices pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public (également appelé "Consensus de l'OCDE"). Cet Arrangement a pour principal objectif d'offrir un cadre institutionnel satisfaisant qui empêche toute concurrence déloyale par le biais d'un appui des pouvoirs publics au crédit à l'exportation. Afin d'éviter que des subventions faussent le libre jeu des forces du marché, il réglemente les conditions d'octroi des assurances, des garanties ou des prêts directs bénéficiant d'un appui des pouvoirs publics.

[A/CN.9/458/Add.4]

CHAPITRE III. SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE

Recommandations concernant la législation

Considérations générales (voir par. 1 à 30)

1. Le pays hôte peut souhaiter exiger le recours à une procédure faisant appel à la concurrence pour la sélection du concessionnaire, sous réserve des ajustements nécessaires pour tenir compte des besoins particuliers des projets d'infrastructure à financement privé.

Présélection des soumissionnaires (voir par. 39 à 56)

2. Le pays hôte peut souhaiter établir les conditions suivantes:

a) Les soumissionnaires doivent faire 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 toutes les phases du projet et qu'ils satisfont aux autres critères de qualification pouvant être établis en vertu de la législation générale du pays hôte sur la passation des marchés;

b) Les soumissionnaires peuvent constituer des consortiums pour soumettre leurs propositions, à condition que leurs membres ne participent pas, directement ou par l'intermédiaire de filiales, à plus d'un consortium;

c) Toute marge de préférence accordée aux soumissionnaires nationaux ou à ceux qui proposent d'acheter des fournitures, des services et des produits sur le marché local doit être appliquée au stade de l'évaluation et être annoncée dans l'invitation à participer à la procédure de présélection;

d) L'autorité contractante peut envisager des arrangements pour indemniser les soumissionnaires 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;

e) L'autorité contractante doit dresser une liste des soumissionnaires présélectionnés qui seront ultérieurement invités à soumettre des propositions une fois terminée la phase de présélection.

Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes (voir par. 58 à 64)

3. Le pays hôte peut souhaiter stipuler que, une fois la procédure de présélection terminée, l'autorité contractante doit inviter les soumissionnaires présélectionnés à présenter des propositions définitives avec indication de prix pour les spécifications techniques ou les indicateurs de résultats et les clauses contractuelles.

4. Nonobstant ce qui précède, le pays hôte peut souhaiter stipuler que l'autorité contractante peut recourir à une procédure en deux étapes pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés lorsqu'elle ne peut pas formuler des spécifications techniques ou des indicateurs de résultats et des clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives.

5. En cas de recours à une procédure en deux étapes, le pays hôte peut souhaiter stipuler ce qui suit:

a) L'autorité contractante doit tout d'abord inviter les soumissionnaires présélectionnés à soumettre des propositions sur la base des résultats d'ensemble recherchés et d'autres caractéristiques du projet, ainsi que des clauses contractuelles;

b) L'autorité contractante peut convoquer une réunion des soumissionnaires afin de clarifier certains points de la sollicitation initiale de propositions et de discuter avec un soumissionnaire de tout aspect de la proposition qu'il a présenté;

c) À l'issue de ces discussions, l'autorité contractante peut examiner et, au besoin, réviser les spécifications initiales avant de publier une sollicitation définitive de propositions.

Teneur de la sollicitation définitive de propositions (voir par. 65 à 74)

6. Le pays hôte peut souhaiter stipuler que la sollicitation définitive de propositions doit inclure les renseignements suivants:

a) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions;

b) Spécifications techniques et indicateurs de résultats, selon les besoins;

c) Clauses contractuelles envisagées par l'autorité contractante;

d) Critères d'évaluation des propositions, importance relative à accorder à chacun de ces critères et manière de les appliquer à l'évaluation des propositions.

Éclaircissements et modifications (voir par. 75 et 76)

7. Le pays hôte peut souhaiter stipuler ce qui suit:

a) L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, modifier la sollicitation de propositions en y publiant un additif à tout moment avant la date limite de soumission des propositions;

b) L'autorité contractante doit dresser un procès-verbal de toute réunion de soumissionnaires qu'elle convoque, dans lequel elle doit indiquer les demandes d'éclaircissements présentées à cette occasion au sujet du dossier de sollicitation et les réponses données à ces demandes, sans préciser l'origine de ces dernières.

Teneur des propositions définitives (voir par. 77 à 82)

8. Le pays hôte peut souhaiter exiger que les propositions définitives contiennent les renseignements demandés dans la sollicitation de propositions, présentés d'une manière qui permette à l'autorité contractante d'évaluer la

faisabilité opérationnelle, la rationalité technique et l'impact sur l'environnement du projet, le coût total du projet, y compris le coût d'exploitation et de maintenance et le plan de financement proposé, ainsi que la structure tarifaire ou l'échéancier proposés, selon le cas.

Critères d'évaluation (voir par. 83 à 86)

9. Le pays hôte peut souhaiter prévoir que les critères d'évaluation des propositions techniques devront porter sur l'efficacité avec laquelle la proposition présentée par le soumissionnaire peut satisfaire les besoins de l'autorité contractante, y compris sur les éléments suivants:

a) Pertinence technique;

b) Faisabilité opérationnelle;

c) Viabilité des montages financiers proposés;

d) Respect des normes d'environnement.

10. Le pays hôte peut souhaiter prévoir que les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières pourront inclure, selon les cas:

a) Le barème actuel des péages, redevances et autres charges proposés pendant la période de concession, conformément aux normes minimales prescrites en matière de conception et d'exécution;

b) La valeur actuelle des versements au titre de l'amortissement de l'ouvrage à construire selon le calendrier proposé;

c) Le coût des activités de conception et de construction; les dépenses annuelles d'exploitation et de maintenance; la valeur actuelle des dépenses d'équipement et d'exploitation;

d) Le montant de la subvention éventuelle attendue de l'État.

Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions (voir par. 87 à 91)

11. Le pays hôte peut souhaiter prévoir ce qui suit:

a) À réception des propositions définitives, l'autorité contractante doit établir si elles sont conformes à première vue à la sollicitation de propositions et doit rejeter celles qui sont jugées incomplètes ou partielles;

b) L'autorité contractante peut fixer un seuil concernant la qualité et les aspects techniques à prendre en considération dans les propositions techniques, conformément aux critères techniques établis dans les propositions;

c) Les propositions qui n'atteignent pas ce seuil doivent être considérées comme non conformes.

Négociations finales (voir par. 92 et 93)

12. Le pays hôte peut souhaiter prévoir ce qui suit:

a) L'autorité contractante doit classer toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et inviter le soumissionnaire qui a soumis la proposition la plus avantageuse à une négociation finale de l'accord de projet;

b) La proposition la plus avantageuse doit être:

i) La proposition offrant le prix le plus bas parmi celles qui ont atteint le seuil fixé pour la qualité et les aspects techniques, lorsque le prix unitaire proposé pour le produit est le facteur décisif; ou

ii) La proposition qui obtient la note la plus élevée selon les critères d'évaluation aussi bien fondés sur les prix qu'indépendants de ces derniers. Toutefois, le comité d'attribution doit fournir une justification écrite des raisons qui ont motivé le choix d'une proposition autre que celle qui offrait le prix unitaire le plus bas pour le produit.

c) Les négociations finales ne peuvent pas porter sur les clauses contractuelles qui ont été jugées non négociables dans la dernière sollicitation de propositions.

Avis d'attribution du projet (voir par. 94)

13. Le pays hôte peut souhaiter prévoir ce qui suit:

a) L'autorité contractante doit faire publier un avis d'attribution du projet;

b) L'avis doit comporter le nom du concessionnaire et un résumé des clauses essentielles de l'accord de projet.

Négociations directes (voir par. 95 à 100)

14. Le pays hôte peut souhaiter prévoir que des négociations directes ne seront possibles que dans des circonstances exceptionnelles, à savoir notamment:

a) Lorsque, du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service, il ne serait pas pratique d'ouvrir une procédure de sélection avec appel à la concurrence, à condition que les circonstances qui entraînent cette urgence n'aient pas été prévisibles par l'autorité contractante et n'aient pas résulté de procédés dilatoires de sa part;

b) Lorsqu'il s'agit de projets de courte durée et lorsque l'investissement initial escompté ne dépasse pas un montant spécifié;

c) Pour des raisons de défense nationale;

d) Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service requis (par exemple, en raison de la nécessité d'utiliser une technologie brevetée ou un savoir-faire unique);

e) Le manque de personnel expérimenté ou l'absence d'une structure administrative adéquate pour mener une procédure de sélection avec appel à la concurrence;

f) Lorsqu'une autorité administrative supérieure du pays hôte autorise une telle exception pour des raisons d'intérêt public.

15. Le pays hôte peut souhaiter prévoir la possibilité de négociations directes lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou à une sollicitation de propositions a été publiée sans résultat, ou lorsque toutes les propositions ont été rejetées par l'autorité contractante et lorsque, de l'avis de celle-ci, la publication d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet.

Mesures visant à accroître la transparence dans les négociations directes (voir par. 101 à 107)

16. Le pays hôte peut souhaiter prévoir ce qui suit:

a) L'autorité contractante doit, pour entreprendre une sélection par négociations, obtenir l'approbation d'une autorité supérieure;

b) L'autorité contractante doit publier un avis concernant la procédure de négociation et mener des négociations avec un nombre aussi grand que possible de sociétés jugées susceptibles de satisfaire les besoins, en fonction des circonstances;

c) L'autorité contractante doit fixer les critères d'évaluation des propositions et déterminer l'importance relative à accorder à chacun d'entre eux et la manière dont ils doivent être appliqués dans l'évaluation des propositions;

d) L'autorité contractante doit traiter les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents;

e) Toutes négociations de ce type entre l'autorité contractante et les soumissionnaires doivent être confidentielles et une partie aux négociations ne doit révéler à aucune autre personne des informations techniques, des informations relatives au prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie;

f) À l'issue des négociations, l'autorité contractante doit prier tous les soumissionnaires qui restent en compétition de soumettre, d'ici à une date donnée, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions;

g) L'autorité contractante doit attribuer le projet au soumissionnaire dont la proposition s'est révélée, sur la base des critères d'évaluation des propositions énoncés dans l'invitation à négocier, ainsi que des coefficients de pondération et des modalités d'application de ces critères indiqués dans la sollicitation de propositions, être celle qui répond le mieux à ses besoins.

Propositions spontanées (voir par. 108 à 118)

17. Le pays hôte peut souhaiter prévoir que, dans des circonstances exceptionnelles, l'autorité contractante pourra être autorisée à accepter des propositions spontanées, à condition que ces dernières ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé une procédure de sélection.

Procédure de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées (voir par. 122 à 124)

18. Le pays hôte peut souhaiter prévoir ce qui suit:

a) L'autorité contractante doit demander aux auteurs d'une proposition spontanée de soumettre une proposition initiale contenant suffisamment d'informations pour lui permettre de déterminer à première vue si les conditions de traitement des propositions spontanées sont respectées, en particulier si le projet proposé répond à l'intérêt public;

b) Après un examen préliminaire, l'autorité contractante doit faire savoir à la société, dans un délai raisonnablement court, s'il existe ou non un intérêt public potentiel pour le projet;

c) Pour les projets jugés d'un intérêt public, l'autorité contractante doit inviter l'auteur de la proposition à soumettre une proposition officielle suffisamment détaillée pour lui permettre d'évaluer de façon satisfaisante le concept ou la technologie et de déterminer s'ils correspondent aux conditions requises et s'ils sont susceptibles d'être appliqués avec succès à l'échelle prévue dans le projet proposé;

d) L'auteur de la proposition doit conserver la propriété de tous les documents soumis pendant toute la procédure et ces documents doivent lui être restitués si la proposition est rejetée.

Procédure de traitement des propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés (voir par. 125 et 126)

19. Le pays hôte peut souhaiter prévoir ce qui suit:

a) L'autorité contractante doit entamer une procédure de sélection avec appel à la concurrence au titre des recommandations 3 à 22 ci-dessus s'il s'avère que l'exécution du projet est possible sans recours à un procédé, des études, une méthode ou un concept techniques sur lesquels l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs ou si le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent;

b) La société qui a soumis la proposition originale doit être invitée à participer à cette procédure et peut bénéficier d'un avantage du fait de cette soumission.

Procédure de traitement des propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés (voir par. 127 et 128)

20. Le pays hôte peut souhaiter prévoir ce qui suit:

a) L'autorité contractante doit recourir à une procédure visant à obtenir des éléments de comparaison pour la proposition spontanée s'il apparaît que les aspects novateurs de cette proposition sont tels qu'il ne serait pas possible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des études, une méthode ou un concept techniques sur lesquels l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs;

b) L'autorité contractante doit publier un résumé des éléments essentiels de la proposition en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions différentes ou comparables dans un délai donné raisonnable;

c) L'autorité contractante peut entamer des négociations directes avec l'auteur de la proposition originale si aucune autre proposition n'a été reçue, sous réserve d'approbation par la même autorité que celle dont l'approbation serait normalement requise pour que l'autorité contractante puisse sélectionner un concessionnaire par négociation directe;

d) Si d'autres propositions sont soumises, l'autorité contractante doit inviter tous les soumissionnaires à participer à des négociations avec appel à la concurrence afin de déterminer quelle est la proposition la plus avantageuse pour l'exécution du projet.

Procédures de recours (voir par. 129 à 133)

21. Le pays hôte peut souhaiter établir des procédures permettant à des soumissionnaires, qui déclarent avoir subi, ou qui peuvent subir, une perte ou un dommage causé par la violation d'une obligation imposée à l'autorité contractante par la loi, d'introduire un recours contre les actes de l'autorité contractante.

Procès-verbal (voir par. 134 à 141)

22. Le pays hôte peut souhaiter prévoir que l'autorité contractante doit dresser un procès-verbal approprié des principaux renseignements relatifs à la procédure de sélection.

Notes sur les recommandations concernant la législation

A. *Considérations 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 préférence pour l'emploi de procédures de sélection faisant appel à la concurrence plutôt que de négociations avec les soumissionnaires, tout en reconnaissant que des négociations directes peuvent aussi être utilisées, conformément à la tradition juridique du pays concerné (voir, par ailleurs, les paragraphes 95 à 98).

2. Les procédures de sélection recommandées dans le présent chapitre ressemblent à certains égards à la principale méthode de passation des marchés de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés 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. Cette méthode comporte deux étapes avec une phase de présélection. Elle laisse une certaine marge pour des négociations entre l'autorité contractante 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.

[1]Banque internationale pour la reconstruction et le développement, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, 1996, par. 3.13 *a*.

[2]G*uide de l'ONUDI sur les projets CET*.

[3]La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés 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).

1. *Procédures de sélection visées par le* Guide

3. L'investissement privé dans les projets d'infrastructure peut revêtir diverses formes qui exigent toutes des méthodes spéciales pour la sélection du concessionnaire. Aux fins de l'examen des méthodes de sélection possibles pour les projets d'infrastructure visés dans le *Guide*, on peut distinguer trois grandes formes d'investissement privé dans les infrastructures:

a) *Achat d'entreprises de services publics*. Des capitaux privés peuvent être investis dans des ouvrages d'utilité publique par l'achat d'avoirs matériels ou de parts d'entreprises de services publics. Ces transactions se font souvent selon les règles qui régissent l'octroi de contrats pour la cession de biens de l'État. Dans de nombreux pays, la vente de parts d'entreprises de services publics est soumise à autorisation législative préalable. Les méthodes de cession comportent souvent l'offre de parts sur les marchés boursiers ou des procédures faisant appel à la concurrence, telles que des ventes aux enchères ou des appels d'offres dans lesquels les biens sont attribués au soumissionnaire le plus offrant;

b) *Prestation de services d'utilité publique sans construction d'infrastructures*. Dans d'autres types de projets, les prestataires de services possèdent et gèrent tout l'équipement nécessaire et sont parfois en concurrence avec d'autres prestataires pour la fourniture du service considéré. Certaines lois nationales prévoient des procédures spéciales en vertu desquelles l'État peut autoriser une entité 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 de qualifications prévues par la loi ou fixées par l'autorité qui délivre les licences. Les procédures d'octroi de licences comportent parfois des ventes aux enchères publiques aux parties intéressées admises à participer;

c) *Construction et exploitation d'infrastructures publiques*. Dans les projets relatifs à la construction et à l'exploitation d'infrastructures publiques, une entité privée est invitée à la fois à exécuter les travaux et à fournir les services au public. Les procédures régissant l'octroi de ces contrats ressemblent à certains 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 potentiels.

4. Le présent chapitre traite essentiellement des procédures de sélection adaptées aux projets d'infrastructure qui comportent l'obligation, de la part de l'entité sélectionnée, de se charger des travaux de construction, de réparation ou d'expansion de l'infrastructure considérée en vue d'une exploitation privée ultérieure (c'est-à-dire celles visées au paragraphe 3 *c*. Il ne porte pas spécifiquement sur les méthodes de cession de biens de l'État à des fins de privatisation ou sur les procédures d'octroi de licences aux prestataires de services publics.

5. Il convient toutefois de noter que certains projets d'infrastructure peuvent comporter des éléments qui entrent

dans plusieurs des catégories énumérées ci-dessus. Par exemple, l'achat d'un service public privatisé (par exemple, compagnie de distribution d'eau) peut aller de pair avec l'obligation de réaliser des investissements importants dans de nouvelles infrastructures (par exemple, agrandissement du réseau de canalisations). En pareil cas, il importe de bien déterminer quel est l'élément prédominant du projet (par exemple, privatisation ou construction de nouveaux ouvrages) afin de choisir la procédure de sélection appropriée, qui peut ensuite être adaptée de manière à 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 comportant pour le concessionnaire ou le titulaire de la licence l'obligation d'entreprendre des travaux d'infrastructure.

2. *Objectifs généraux des procédures de sélection*

6. Pour l'octroi de contrats relatifs à des projets d'infrastructure, l'autorité contractante peut appliquer des méthodes et des procédures déjà prévues dans la législation du pays hôte ou établir 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 des règles qui régissent l'octroi des contrats publics. Ces objectifs sont brièvement examinés ci-après.

a) *Économie et efficacité*

7. Dans le cas des projets d'infrastructure, le terme "économie" désigne la sélection d'un concessionnaire capable d'exécuter des travaux et de fournir des services de la qualité voulue au prix le plus avantageux et aux 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 incitant ces dernières à offrir les conditions les plus avantageuses.

8. Dans la plupart des cas, la meilleure façon d'atteindre l'objectif d'économie est de recourir à des procédures qui favorisent la concurrence entre les soumissionnaires. 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. Il convient de noter, toutefois, que concurrence ne signifie pas nécessairement participation d'un grand nombre de soumissionnaires à un processus de sélection donné. Pour les grands projets en particulier, l'autorité contractante peut avoir des raisons de garder le nombre de participants dans des limites raisonnables (voir par. 23 et 24). À condition que des procédures appropriées existent, l'autorité contractante peut mettre à profit une concurrence effective même lorsque le nombre de concurrents est limité.

9. En outre, la participation d'entreprises étrangères à la procédure de sélection peut souvent favoriser l'économie. Non seulement elle contribue à augmenter le nombre de concurrents, mais elle peut aussi conduire l'autorité contractante et son pays à acquérir des technologies qui ne sont pas disponibles sur place. Elle peut aussi être indispensable lorsque n'existent pas dans le pays les connaissances spécialisées exigées par l'autorité contractante. Un pays qui souhaite bénéficier des avantages d'une participation étrangère devrait veiller à ce que les lois et procédures applicables soient propices à une telle participation.

10. 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 contractante que pour les soumissionnaires participant à la procédure. En plus des pertes que des procédures de sélection inefficaces peuvent entraîner directement pour l'autorité contractante (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 totalement des entreprises compétentes de participer à la procédure de sélection.

b) *Promotion de l'intégrité du processus de sélection et de la confiance*

11. Un autre objectif important des règles qui régissent la sélection du concessionnaire consiste à favoriser l'intégrité du processus et à promouvoir la confiance. C'est pourquoi un système de sélection approprié contiendra généralement des dispositions destinées à assurer un traitement équitable aux soumissionnaires, à réduire et à décourager les abus, intentionnels ou non, de la part des personnes qui administrent le processus de sélection ou des entreprises qui y participent, et à garantir la régularité des décisions.

12. En encourageant l'intégrité du processus de sélection, on contribue à accroître la confiance qu'inspirent ce processus et le secteur public en général. Les soumissionnaires hésiteront souvent à dépenser beaucoup de temps et parfois beaucoup d'argent pour participer à une procédure de sélection s'ils n'ont pas la certitude qu'ils seront traités équitablement et que leurs propositions ou offres ont une chance raisonnable d'être acceptées. Ceux qui participent effectivement à une procédure de sélection dans laquelle ils n'ont pas confiance ont tendance à majorer le coût du projet pour couvrir le surcroît de risques et les frais de participation. En veillant à ce que la procédure de sélection se déroule de façon régulière, on pourrait réduire ou éliminer cette tendance et donner aussi à l'autorité contractante la possibilité d'obtenir des conditions plus favorables.

13. Le pays hôte devrait généralement avoir un système efficace de sanctions, y compris pénales, contre la corruption des fonctionnaires, notamment les agents des autorités contractantes, et des soumissionnaires, système qui s'appliquerait aussi au processus de sélection. Il faudrait aussi éviter les conflits d'intérêt, par exemple, en exigeant des représentants de l'autorité contractante, de leurs conjoints, parents et associés qu'ils s'abstiennent de détenir une créance ou des actions dans une société qui participe à une procédure de sélection ou d'accepter un poste de directeur ou d'employé dans une telle société. En outre, la loi régissant les procédures de sélection devrait faire obligation à

l'autorité contractante de rejeter les offres ou propositions soumises par une partie qui donne ou convient de donner, directement ou indirectement, à tout administrateur ou employé, ou ancien administrateur ou employé, de l'autorité contractante ou de toute autre autorité publique un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'autorité contractante liés à la procédure de sélection. Ces dispositions peuvent être complétées par d'autres mesures telles que l'obligation pour toutes les entreprises invitées à participer au processus de sélection de s'engager à ne chercher, ni à influer indûment sur les décisions des fonctionnaires participant au processus de sélection, ni à fausser la concurrence par une collusion ou d'autres pratiques illicites (par exemple, ce que l'on appelle l'"accord d'intégrité"). Par ailleurs, dans les pratiques de passation de marchés adoptées par certains pays, les soumissionnaires sont tenus de garantir qu'aucun représentant de l'entité adjudicatrice n'a été ou ne sera autorisé par le soumissionnaire à tirer un avantage direct ou indirect du contrat ou de l'octroi de ce dernier. Une contravention à une telle disposition constitue normalement une contravention à une clause fondamentale du contrat.

14. Un important corollaire des objectifs d'économie, d'efficacité, d'intégrité et de transparence est l'existence de procédures administratives et judiciaires permettant un recours contre les décisions prises par les autorités participant à la procédure de sélection (voir par. 129 à 133).

15. On peut aussi renforcer encore la confiance des investisseurs par des dispositions appropriées visant à protéger la confidentialité des informations exclusives qu'ils soumettent pendant la procédure de sélection. Il faudrait à ce titre leur garantir que l'autorité contractante traitera les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents; que toutes les discussions ou négociations seront confidentielles; et que les informations commerciales ou autres que les soumissionnaires peuvent inclure dans leurs propositions ne seront pas communiquées à leurs concurrents.

c) *Transparence des lois et procédures*

16. La transparence des lois et procédures qui régissent la sélection du concessionnaire contribuera à réaliser plusieurs des objectifs d'ensemble déjà mentionnés. Des lois transparentes sont celles dans lesquelles les règles et procédures qui seront appliquées par l'autorité contractante et par les soumissionnaires sont entièrement divulguées, ne sont pas inutilement complexes et sont présentées de manière systématique et compréhensible. Des procédures transparentes sont celles qui permettent aux soumissionnaires de s'assurer que les procédures ont été suivies par l'autorité contractante qui les a prises comme base de décision.

17. L'un des principaux moyens d'encourager la transparence et la responsabilité consiste à prévoir des dispositions en vertu desquelles l'autorité contractante est tenue de dresser un procès-verbal de la procédure de sélection (voir par. 134 à 141). Un procès-verbal résumant les principaux éléments de cette procédure facilite l'exercice par les soumissionnaires lésés de leur droit de recours et contribue par conséquent à garantir que les règles qui la régissent sont, dans la mesure du possible, soumises à une discipline interne et que leur application est automatique. Par ailleurs, en exigeant un procès-verbal approprié, la loi facilite l'action des organismes publics qui ont une fonction d'audit ou de contrôle et encourage la responsabilisation des autorités contractantes à l'égard du public pour ce qui est de l'attribution des projets d'infrastructure.

18. Des lois et des procédures transparentes sont source de prévisibilité, car elles permettent aux soumissionnaires de calculer les coûts et les risques de leur participation à la procédure de sélection et d'offrir ainsi les conditions les plus avantageuses. Elles aident également à se prémunir contre des actions ou des décisions arbitraires ou irrégulières de la part de l'autorité contractante ou de ses agents, encourageant ainsi la confiance dans le processus. La transparence des lois et des procédures revêt une importance particulière lorsqu'une participation étrangère est recherchée, car les sociétés étrangères peuvent ne pas bien connaître les pratiques du pays en ce qui concerne l'attribution de projets d'infrastructure.

3. *Caractéristiques particulières des procédures de sélection dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé*

19. En règle générale, les méthodes qui encouragent la concurrence entre plusieurs soumissionnaires dans le cadre de procédures officielles structurées sont les meilleurs garants du principe d'économie dans l'octroi des contrats publics. Les procédures de sélection qui font appel à la concurrence, telles que l'appel d'offres, sont généralement considérées par les lois nationales comme la règle dans les conditions normales pour la passation des marchés de biens ou de travaux.

20. Dans les procédures de sélection avec appel à la concurrence, l'autorité contractante invite généralement diverses entreprises à présenter des propositions qui doivent être formulées sur la base des spécifications techniques et des clauses contractuelles indiquées dans le dossier mis à la disposition des soumissionnaires. Ces propositions sont examinées, évaluées et comparées et la décision de retenir telle ou telle proposition est fondée sur des critères et des 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 dites "ouvertes" lorsque l'autorité contractante sollicite des propositions au moyen d'un appel d'offres largement diffusé à l'intention de toutes les entreprises qui souhaitent participer à la procédure. Les procédures sont dites "restreintes" lorsque l'autorité contractante ne sollicite des propositions que de certaines entreprises qu'elle a sélectionnées.

21. Les procédures officielles ainsi que l'objectivité et la prévisibilité qui caractérisent les procédures de sélection avec appel à la concurrence créent en général des conditions optimales pour la concurrence, la transparence et l'efficacité. C'est pourquoi le recours aux procédures de sélection avec appel à la concurrence pour les projets d'in-

frastructure à financement privé a été recommandé par l'ONUDI, qui a rédigé un guide pratique détaillé sur la façon de structurer ces procédures[4]. Les règles pour la passation de marchés dans le cadre des prêts octroyés par la Banque mondiale préconisent également le recours aux procédures de sélection avec appel à la concurrence et prévoient qu'un concessionnaire sélectionné conformément à des procédures d'appel d'offres jugées acceptables par la Banque mondiale est généralement libre d'adopter ses propres procédures pour l'octroi des contrats nécessaires pour exécuter le projet. Toutefois, lorsque le concessionnaire n'a pas été lui-même sélectionné au moyen de ces procédures, il ne peut octroyer des contrats de sous-traitance qu'en recourant à des procédures avec appel à la concurrence acceptables par la Banque mondiale[5].

22. Il convient toutefois de noter que l'on n'a pas encore mis au point de modèle législatif international portant spécifiquement sur les procédures de sélection avec appel à la concurrence dans les projets d'infrastructure à financement privé. D'autre part, les dispositions législatives nationales sur les procédures avec appel à la concurrence pour la passation de marchés de biens, de travaux ou de services ne sont peut-être pas entièrement adaptées aux projets d'infrastructure à financement privé. L'expérience internationale en matière d'attribution de projets d'infrastructure à financement privé a d'ailleurs fait apparaître certaines des limites des méthodes traditionnelles de sélection avec appel à la concurrence telles que l'appel d'offres. Compte tenu des problèmes particuliers, brièvement examinés ci-après, que soulèvent les projets d'infrastructure à financement privé, il est souhaitable que l'État envisage d'adapter les procédures pour la sélection du concessionnaire.

a) *Gamme des soumissionnaires à inviter*

23. Selon la procédure traditionnelle de passation des marchés publics, on accorde souvent une place de premier plan à l'objectif d'économie en prévoyant une concurrence aussi large que possible entre les soumissionnaires. Les appels d'offres sont parfois diffusés directement sans procédure préalable de présélection. Lorsqu'une présélection est exigée, elle se limite parfois à une vérification d'un certain nombre de prescriptions de forme (par exemple, qualifications professionnelles ou capacité juridique des soumissionnaires).

24. L'attribution de projets d'infrastructure à financement privé nécessite elle-même généralement des procédures complexes, longues et coûteuses. En outre, l'échelle même de la plupart des projets d'infrastructure limite la probabilité d'obtenir des propositions d'un grand nombre de soumissionnaires ayant les qualifications voulues. Par ailleurs, les soumissionnaires qui ont les compétences recherchées peuvent hésiter à participer à une procédure de passation de marchés pour des projets coûteux si le nombre de soumissionnaires est trop grand et s'ils courent le risque de voir leurs propositions mises en concurrence avec des propositions peu réalistes ou présentées par des soumissionnaires non qualifiés. 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.

b) *Définition des prescriptions relatives au projet*

25. Dans la passation traditionnelle des marchés publics de travaux, les pouvoirs publics jouent généralement le rôle de maître d'ouvrage ou d'employeur, tandis que l'entrepreneur sélectionné joue celui d'exécuteur des travaux. Les procédures de passation de marchés mettent l'accent sur les intrants que doit fournir l'entrepreneur; autrement dit l'autorité contractante définit clairement l'ouvrage à construire, la manière de le construire et les méthodes à utiliser. Les appels d'offres pour des travaux de construction s'accompagnent donc couramment de spécifications techniques très détaillées sur la nature des travaux et des services demandés. Dans ce cas, l'autorité contractante est chargée de veiller à ce que les spécifications correspondent au type d'infrastructure à construire et à ce que ladite infrastructure puisse être exploitée de manière efficace. Dans certains projets d'infrastructure à financement privé, l'autorité contractante peut souhaiter établir des spécifications précises pour les travaux à exécuter ou pour les aspects techniques des services à fournir (contribution attendue du concessionnaire). C'est la démarche choisie en particulier pour les projets qui impliquent la construction de nouvelles infrastructures, qui deviendront la propriété permanente de la collectivité publique et qui sont destinées à être généralement ouvertes au public (par exemple, des routes, des tunnels, des ponts). Dans de tels cas, l'autorité contractante peut ressentir le besoin de contrôler davantage la conception et les spécifications techniques qu'elle ne le ferait pour un ouvrage privé auquel seul le concessionnaire a accès à l'exclusion du public (par exemple, une centrale électrique privée).

26. Pour de nombreux projets d'infrastructure à financement privé, cependant, l'autorité contractante peut envisager une répartition des responsabilités entre le secteur public et le secteur privé. Une des raisons fondamentales qui pousse à encourager la participation du secteur privé à la construction d'infrastructures peut être de libérer l'autorité contractante de la responsabilité immédiate des fonctions qui peuvent être efficacement assumées par le secteur privé. L'autorité contractante peut alors, après avoir établi un besoin particulier en matière d'infrastructure, préférer laisser au secteur privé la responsabilité de proposer la meilleure façon de satisfaire ce besoin, en stipulant cependant certaines exigences (par exemple, exigences en matière de réglementation, de résultats ou de sécurité, preuves suffisantes que les solutions techniques proposées ont déjà été essayées et satisfont aux normes de sécurité et autres normes internationalement acceptables). La procédure de sélection choisie par l'autorité contractante peut ainsi mettre l'accent davantage sur les résultats attendus du projet (c'est-à-dire les services ou les biens à fournir) que sur les détails techniques des travaux à exécuter ou sur les moyens à mettre en œuvre pour fournir ces services. Les pouvoirs publics demeurent certes comptables en dernière analyse de la qualité des travaux et des services envers le public, mais c'est le secteur privé qui supporte les risques que pourrait entraîner, par exemple, l'inadéquation des solutions techniques appliquées.

[4] *Guide de l'ONUDI sur les projets CET.*

[5] Banque internationale pour la reconstruction et le développement, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, 1996, par. 3.13 *a*.

c) *Critères d'évaluation*

27. La collectivité publique finance généralement l'achat de biens, de travaux et de services au moyen des fonds dont elle dispose dans le cadre des crédits budgétaires approuvés. Ayant des sources de financement habituellement sûres, l'entité contractante 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 sur la base du coût de ces travaux et d'autres coûts assumés par l'entrepreneur majorés d'une certaine marge bénéficiaire.

28. Les projets d'infrastructure à financement privé sont en général censés s'autofinancer dans la mesure où les coûts de construction et d'exploitation sont recouvrés sur les recettes d'exploitation. Ce fait, allié à l'importance de la plupart des projets d'infrastructure, rend l'évaluation des propositions beaucoup plus complexe qu'elle ne l'est dans les méthodes plus traditionnelles de passation de marchés. En conséquence, il convient de prendre en considération, outre les coûts de construction et d'exploitation et la redevance d'utilisation, un certain nombre d'autres facteurs. C'est ainsi que l'autorité contractante devra examiner avec soin la faisabilité financière et commerciale du projet, la rationalité des arrangements financiers proposés par les soumissionnaires et la fiabilité des solutions techniques appliquées. Cela vaut même en l'absence de garanties ou de paiements de la collectivité publique, car les projets inachevés ou les projets dans lesquels les prévisions de dépenses sont largement dépassées ou les frais de maintenance sont plus élevés que prévu ont souvent un effet négatif sur la disponibilité générale des services nécessaires et sur l'opinion publique du pays hôte. En outre, l'autorité contractante aura pour objectif de formuler des critères de qualification et d'évaluation qui donnent l'importance voulue à la nécessité d'assurer la continuité du service public visé et, selon les cas, à un accès universel. Par ailleurs, étant donné la longue durée des concessions d'infrastructures, l'autorité contractante devra s'assurer de la cohérence et de l'acceptabilité des arrangements proposés pour la phase d'exploitation et évaluera soigneusement les composantes services des propositions (voir par. 83 à 86).

d) *Négociations avec les soumissionnaires*

29. Les lois et règlements qui régissent la procédure d'appel d'offres interdisent souvent toute négociation entre l'autorité contractante et les entrepreneurs au sujet d'une proposition soumise par ces derniers. Le raisonnement à la base de cette interdiction stricte, qui figure également à l'article 35 de la Loi type de la CNUDCI, est 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 baisser ses prix ou à faire 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 normalement tenus de signer un contrat type qui leur est soumis au cours de cette procédure.

30. Il en va autrement dans l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé. Du fait de la complexité et de la durée de ces projets, il est peu probable que l'autorité contractante et le soumissionnaire sélectionné puissent s'accorder sur les clauses d'un projet d'accord sans négociation et sans ajustements pour adapter ces clauses aux besoins particuliers du projet. Cela est particulièrement vrai pour les projets qui comprennent la construction de nouvelles infrastructures où les négociations finales sur les arrangements financiers et sur les garanties ont lieu uniquement après la sélection du concessionnaire. Il est toutefois important de veiller à ce que ces négociations soient menées dans la transparence et ne conduisent pas à modifier les bases de la procédure d'appel d'offres (voir par. 92 et 93).

4. *Préparatifs pour la procédure de sélection*

31. L'attribution de projets d'infrastructure à financement privé est, dans la plupart des cas, une opération complexe qui doit être soigneusement planifiée et coordonnée entre les services intéressés. En s'assurant que des structures administratives et des effectifs suffisants sont disponibles pour mener à bien la procédure de sélection qu'elle a retenue, l'entité publique contribue de façon décisive à inspirer la confiance dans le processus de sélection.

a) *Désignation des membres du comité d'attribution*

32. Une mesure préparatoire importante concerne la nomination des membres du comité chargé d'évaluer les propositions et de soumettre une recommandation à l'autorité contractante. La nomination à ce comité de personnes qualifiées et impartiales non seulement est indispensable pour effectuer une bonne évaluation des propositions, mais peut aussi renforcer la confiance des soumissionnaires dans le processus de sélection.

33. Une autre mesure préparatoire importante est la nomination de conseillers indépendants qui seront chargés d'aider l'autorité contractante dans la procédure de sélection. L'autorité contractante peut en effet avoir besoin, à ce stade, de s'assurer les services d'experts ou de conseillers indépendants pour l'aider à établir des critères de qualification et d'évaluation appropriés, à définir les indicateurs de résultat (et, si nécessaire, les spécifications techniques) et à préparer la documentation qui devra être fournie aux soumissionnaires. Des consultants et conseillers peuvent aussi aider à évaluer les propositions, rédiger l'accord de projet et le négocier et conclure la transaction. Ils peuvent enfin apporter des connaissances techniques spécialisées dont l'administration du pays hôte ne dispose pas toujours, comme des conseils en ingénierie (par exemple, sur l'évaluation technique du projet ou des installations, les clauses techniques du contrat); des conseils dans le domaine de l'environnement (par exemple, sur l'évaluation des aspects environnementaux, les spécifications d'exploitation) ou des conseils d'ordre financier (par exemple, sur les projections financières, l'examen des sources de financement, la détermination du ratio endettement aux fonds propres, ainsi que la rédaction des documents contenant les informations financières).

b) *Étude de faisabilité et autres études*

34. Ainsi qu'il a déjà été indiqué (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. ...), l'une des premières mesures prises par l'entité publique 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. Pour choisir de construire une infrastructure en faisant appel à un financement privé il faut que les études de faisabilité et de viabilité financière du projet aboutissent à des conclusions positives. En outre, l'autorité contractante devrait normalement, dans le cadre des études de faisabilité, évaluer l'impact du projet sur l'environnement. Dans certains pays, il a été jugé utile de prévoir une participation de l'entité publique à l'évaluation préliminaire de l'impact du projet sur l'environnement et des diverses options possibles pour le réduire au minimum.

35. Avant d'entamer la procédure qui aboutira à la sélection d'un concessionnaire éventuel, il est souhaitable que l'autorité contractante examine et, le cas échéant, développe ces études initiales. Dans certains pays, il leur est conseillé d'élaborer des projets types à des fins de référence (ces projets 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 soumettre des propositions. Ces projets types ont pour objet de démontrer la viabilité de l'exploitation commerciale de l'infrastructure et l'acceptabilité du projet en termes de coût global d'investissement et de coût pour le public. Ils constituent aussi pour l'autorité contractante un instrument utile de comparaison et d'évaluation des propositions. La confiance des soumissionnaires sera renforcée s'ils ont la preuve que l'autorité contractante a examiné avec soin les hypothèses techniques, économiques et financières du projet, tout comme le rôle envisagé du secteur privé.

c) *Préparation du dossier*

36. La procédure de sélection pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé exige généralement la préparation d'un dossier exhaustif comprenant un descriptif du projet, la documentation de présélection, la sollicitation de propositions, les instructions pour l'établissement des propositions et un projet d'accord. La qualité et clarté du dossier fourni par l'autorité contractante contribuent beaucoup à garantir l'efficacité et la transparence de la procédure de sélection.

37. Dans de nombreux pays, il est d'usage que les pouvoirs publics mettent au point des formulaires types ainsi que les conditions générales des contrats utilisés pour les marchés publics. Dans certains, il existe parfois des contrats types assez détaillés pour différents secteurs d'infrastructure. Une documentation type rédigée en des termes suffisamment précis peut être un élément important qui facilitera les négociations entre les soumissionnaires et les prêteurs et investisseurs potentiels. Elle peut aussi être utile pour traiter de manière cohérente les questions communes à la plupart des projets d'un secteur donné.

38. Toutefois, lorsqu'on utilise des clauses contractuelles types, il faut garder à l'esprit le fait que tel ou tel projet peut soulever des problèmes qui n'avaient pas été envisagés lors de l'élaboration du document type ou qu'il peut appeler des solutions particulières qui pourraient s'écarter des clauses types. Lorsqu'une documentation type est fournie aux soumissionnaires pendant la procédure de sélection, l'autorité contractante peut n'avoir qu'une marge de manœuvre limitée pour négocier les clauses de l'accord de projet avec les soumissionnaires sélectionnés. Il convient donc d'examiner soigneusement 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 à chaque projet.

B. *Présélection des soumissionnaires*

39. Étant donné la complexité des projets d'infrastructure à financement privé, l'autorité contractante peut souhaiter limiter le nombre des soumissionnaires qui seront ultérieurement invités à soumettre des propositions à ceux qui satisfont à certains critères de qualification. Dans la passation traditionnelle de marchés publics, la procédure de présélection peut consister dans la vérification de certaines conditions de forme telles que des preuves adéquates de la capacité technique ou une expérience antérieure du type de marché visé, de façon que tous les soumissionnaires qui répondent aux critères de présélection soient automatiquement admis à la procédure d'appels d'offres. Pour les projets d'infrastructure à financement privé, la procédure de présélection peut comporter des éléments d'évaluation et de sélection. Aussi n'y trouve-t-on pas la même automaticité que celle qui caractérise la procédure de présélection généralement appliquée pour la passation de marchés de biens ou de services. Cela peut être le cas, par exemple, lorsque l'autorité contractante classe par ordre de préférence les soumissionnaires présélectionnés (voir par. 55).

1. *Invitation à participer à la procédure de présélection*

40. Afin de favoriser la transparence et la concurrence, il est souhaitable que l'invitation à participer à la procédure de présélection soit publiée de manière à atteindre une audience suffisamment large pour garantir une véritable concurrence. Dans de nombreux pays, la loi précise dans quelle publication, généralement le journal officiel ou toute autre publication officielle, l'invitation à la présélection doit être diffusée. Pour encourager la participation de sociétés étrangères et favoriser au maximum la concurrence, l'autorité contractante peut exiger que les invitations à participer à la présélection soient publiées dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal à grand tirage international ou dans une publication spécialisée ou encore une revue technique ou professionnelle également de grande diffusion internationale.

41. Le dossier de présélection devrait contenir suffisamment de renseignements à l'intention des soumissionnaires pour permettre à ces derniers de déterminer s'ils seraient en mesure de réaliser les travaux et fournir les services visés par le projet et, dans l'affirmative, quelles sont les

modalités de participation à la procédure de sélection. L'invitation à la présélection devrait non seulement identifier l'infrastructure à construire ou à rénover, mais également contenir des informations sur d'autres éléments essentiels du projet, tels que les services à fournir par le concessionnaire, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple, si le projet sera entièrement financé par les redevances des usagers ou des péages ou si des fonds publics peuvent être dégagés sous forme de paiements directs, de prêts ou de garanties) et, lorsqu'elles sont connues, un résumé des principales clauses de l'accord de projet qui sera conclu à l'issue de la procédure de sélection.

42. En outre, l'invitation à la procédure de présélection devrait donner des informations générales analogues à celles que contient normalement le dossier de présélection prévu dans les règles générales relatives à la passation des marchés publics (tels que, par exemple, les instructions pour l'établissement et la soumission des demandes de présélection; toutes pièces ou autres informations exigées des concessionnaires pour prouver leurs qualifications; le mode, le lieu et le délai de soumission des demandes de présélection).

2. *Critères de présélection*

43. En règle générale, les soumissionnaires devraient être 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. D'autres critères pourraient être particulièrement utiles pour les projets d'infrastructure à financement privé comme la capacité de gérer les aspects financiers du projet et une expérience antérieure de l'exploitation d'une infrastructure publique ou de la fourniture de services sous supervision réglementaire. Les exigences en matière de qualifications devraient porter sur toutes les phases d'un projet d'infrastructure, y compris, au besoin, la gestion du financement, l'ingénierie, la construction, l'exploitation et la maintenance. En outre, les soumissionnaires devraient être tenus de démontrer qu'ils satisfont aux autres critères de qualification normalement appliqués dans le cadre de la législation générale sur la passation des marchés du pays hôte (par exemple, posséder la capacité de contracter; ne pas être en situation d'insolvabilité, de règlement judiciaire, de faillite ou de liquidation, ne pas avoir leurs affaires gérées par un tribunal ou par un administrateur judiciaire, ne pas être sous le coup d'une mesure de suspension des activités commerciales et ne pas faire l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons susmentionnées; s'être acquittés de leurs obligations en matière d'impôts ou de cotisations sociales dans l'État; ne pas avoir été, non plus que leurs administrateurs ou leurs dirigeants, condamnés pour une infraction pénale liée à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution du marché durant un certain nombre d'années précédant l'ouverture de la procédure de sélection, ou ne pas avoir été de toute autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation).

44. L'autorité contractante devrait déterminer le type de renseignements que doivent fournir les soumissionnaires pour démontrer leur qualification, dont, par exemple, des indicateurs de qualité de leur performance passée en tant que prestataires de services publics ou qu'exploitants d'infrastructures. De tels renseignements peuvent porter sur divers éléments: taille et type de projets déjà réalisés; niveau d'expérience du personnel clef appelé à s'occuper du projet; moyens organisationnels suffisants, dont le matériel minimal requis pour les travaux de construction, l'exploitation et la maintenance. L'autorité contractante devrait indiquer assez précisément la manière dont les soumissionnaires doivent faire la preuve de leur capacité à assumer les obligations financières associées aux phases des études techniques, de la construction et de l'exploitation du projet. Elle peut demander des renseignements suffisants qui lui permettent de déterminer si un soumissionnaire est en mesure d'investir dans le projet suffisamment de fonds propres et exiger de banques de bonne réputation des preuves suffisantes de sa solidité financière et de l'adéquation de ses ressources.

45. L'une des questions importantes que devra examiner l'autorité contractante concerne la relation entre l'attribution d'un projet donné et la politique suivie par les pouvoirs publics dans le secteur correspondant (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. ...). Lorsqu'il est fait appel à la concurrence, les pouvoirs publics peuvent avoir intérêt à veiller à ce que le marché ou le secteur visé ne soit pas dominé par une seule entreprise (par exemple, la même société ne doit pas exploiter plus d'un certain nombre de compagnies locales de téléphone dans les limites d'un territoire donné). L'autorité contractante peut ainsi souhaiter avoir la possibilité de rejeter une proposition si elle établit que l'attribution du projet à son auteur entraînerait une domination du marché par une entreprise donnée ou fausserait de toute autre manière la concurrence dans le secteur visé. À des fins de transparence, il est souhaitable que la loi prévoie que lorsque l'autorité contractante se réserve le droit de rejeter une proposition pour les raisons susmentionnées ou pour des raisons analogues, ce fait soit dûment indiqué dans l'invitation à la procédure de présélection.

46. Les prescriptions en matière de qualification doivent s'appliquer de la même manière à tous les soumissionnaires. Une autorité contractante ne devrait, pour les qualifications des soumissionnaires, appliquer aucun critère, aucune condition ni aucune procédure non énoncés dans le dossier de présélection. Lors de l'examen des qualifications professionnelles et techniques d'un consortium de soumissionnaires, l'autorité contractante devrait prendre en considération les spécialisations des différents membres du consortium et déterminer si la combinaison de ces qualifications permet de répondre aux besoins de toutes les phases du projet.

3. *Questions relatives à la participation de consortiums de soumissionnaires*

47. Compte tenu de l'envergure de la plupart des projets d'infrastructure, les entreprises intéressées participent généralement à la procédure de sélection par le biais de

consortiums spécialement créés à cette fin. Par conséquent, les renseignements demandés aux membres d'un consortium devraient concerner à la fois le consortium dans son ensemble et ses différents éléments. Afin de faciliter la liaison avec l'autorité contractante, il peut être utile de spécifier dans le dossier de présélection que chaque consortium doit charger l'un de ses membres de coordonner toutes les communications avec l'autorité contractante. Il est généralement souhaitable que cette dernière exige des membres du consortium qu'ils soumettent une déclaration sous serment dans laquelle ils s'engagent, si le contrat leur est octroyé, à être liés solidairement pour les obligations assumées au nom du consortium en vertu de l'accord de projet. L'autorité contractante peut sinon se réserver le droit de demander ultérieurement que tous les membres du consortium sélectionné créent une entité juridique indépendante pour mener à bien le projet (voir aussi chap. IV, "L'accord de projet", par. ...).

48. Il est également souhaitable que l'autorité contractante examine avec soin la composition des consortiums et des sociétés mères dont ils dépendent. Il peut arriver 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 portera 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 qu'aucune société n'est 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 filiales. Toute infraction à cette règle devrait entraîner la disqualification des consortiums qui la commettent.

4. *Présélection et préférences nationales*

49. Les lois de certains pays prévoient une forme ou une autre de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux soumissionnaires qui s'engagent à utiliser des produits fabriqués dans le pays 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 conditions préalables à la participation à la procédure de sélection (par exemple, nomination d'un partenaire local à la tête du consortium de soumissionnaires).

50. Les préférences nationales peuvent engendrer divers problèmes. Elles ne sont pas autorisées dans les principes directeurs de certaines institutions financières internationales et peuvent être incompatibles avec des obligations internationales contractées par de nombreux États en vertu d'accords sur l'intégration économique régionale ou la facilitation du commerce. En outre, du point de vue du pays hôte, il importe de comparer les avantages que peuvent présenter les préférences nationales à l'inconvénient d'ôter à l'autorité contractante 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 offrir des incitations 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. Les préférences nationales peuvent prendre la forme de critères spéciaux d'évaluation qui fixent des marges de préférence pour les soumissionnaires nationaux ou les soumissionnaires qui s'engagent à acheter 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 subjectifs. En outre, cette formule permet à l'autorité contractante de donner la préférence à des soumissionnaires locaux qui peuvent se rapprocher des normes du marché compétitif international, et à le faire sans exclure complètement la concurrence étrangère. Lorsqu'on envisage d'appliquer des préférences nationales, il est souhaitable d'en faire état à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

5. *Contribution aux frais de participation à la procédure de sélection*

51. Dans certains pays, le prix demandé pour le dossier de présélection peut être élevé alors que dans d'autres il peut n'englober que les frais d'impression et d'envoi aux soumissionnaires. Un dossier de présélection coûteux peut être un moyen supplémentaire de limiter le nombre des soumissionnaires, mais en même temps il majore le coût déjà considérable de la participation à la procédure de sélection. Le coût élevé de l'élaboration de propositions pour des projets d'infrastructure et le risque relativement important qu'une procédure de sélection n'aboutisse pas à l'octroi d'un contrat peuvent dissuader certaines entreprises 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.

52. Certains pays autorisent donc l'autorité contractante à envisager des arrangements pour indemniser les soumissionnaires présélectionnés lorsqu'il ne peut être 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 la complexité du projet et la perspective d'améliorer sensiblement la qualité de la concurrence le justifient. Il est souhaitable 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.

6. *Procédure de présélection*

53. L'autorité contractante devrait répondre à toute demande d'éclaircissements relative au dossier de présélection qu'elle reçoit d'un consortium de soumissionnaires dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection, afin de permettre aux soumissionnaires de présenter dans les délais leur demande de présélection. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les

autres soumissionnaires devrait être communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les soumissionnaires auxquels l'autorité contractante a envoyé le dossier de présélection.

54. Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible mais suffisant pour garantir une véritable concurrence (par exemple, trois ou quatre). À cette fin, ces pays appliquent un système de notation quantitative pour les critères techniques, financiers et de gestion en tenant compte de la nature du projet. Les critères de présélection quantitatifs sont jugés plus facilement applicables et plus transparents que les critères qualitatifs qui exigent le recours à des points de valeur. Toutefois, lorsqu'on élabore un système de notation quantitative il est important d'éviter de limiter inutilement la marge de manœuvre dont dispose l'autorité contractante pour évaluer les qualifications des soumissionnaires. Cette dernière peut aussi être appelée à tenir compte du fait que les principes directeurs en matière de passation de marchés de certaines institutions financières multilatérales interdisent le recours à des procédures de présélection visant à déterminer à l'avance le nombre de soumissionnaires. En tout état de cause, l'application d'un tel système de notation doit être clairement indiquée dans le dossier de présélection.

55. Une fois la phase de présélection terminée, l'autorité contractante établit en général une liste des soumissionnaires présélectionnés qui seront ensuite invités à soumettre des propositions. Elle peut parfois se heurter à un problème pratique lorsque des modifications de la composition de consortiums de projet sont proposées au cours de la procédure de sélection. Elle doit faire preuve de prudence lorsqu'une telle proposition intervient après la clôture de la phase de présélection. Des changements dans la composition des consortiums risquent en effet de modifier sensiblement la base sur laquelle elle s'est fondée pour établir sa liste sélective et peuvent susciter des doutes quant à l'intégrité de la procédure de sélection. En règle générale, seuls les soumissionnaires présélectionnés devraient être autorisés à participer à la phase de sélection, sauf si l'autorité contractante peut s'assurer qu'un nouveau membre du consortium satisfait aux critères de sélection essentiellement dans la même mesure que le membre dont il a pris la place.

56. S'il ne convient pas de revoir les critères établis pour la sélection des soumissionnaires lors de la phase d'évaluation, l'autorité contractante peut néanmoins souhaiter se réserver le droit de demander, à tout moment du processus de sélection, que les soumissionnaires fassent de nouveau la preuve de leurs qualifications conformément aux mêmes critères que ceux qui avaient été appliqués pour la présélection.

C. *Procédures de sollicitation de propositions*

57. La présente section examine les procédures utilisées pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés. Elles sont par certains côtés analogues aux procédures de sollicitation de propositions applicables en vertu de la méthode préférée pour la passation de marchés de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI, avec quelques adaptations nécessaires pour répondre aux besoins des autorités contractantes qui attribuent des projets d'infrastructure.

1. *Phases de la procédure*

58. Il est souhaitable qu'après la présélection des soumissionnaires l'autorité contractante revoie son étude de faisabilité initiale ainsi que la définition des prescriptions en matière de résultats et d'exécution et se demande si une révision de ces prescriptions est nécessaire à la lumière des renseignements obtenus pendant la procédure de présélection. À ce stade, elle devrait avoir déjà déterminé si elle recourra à une procédure en une seule étape ou en deux étapes pour solliciter des propositions; si les soumissionnaires seront invités à formuler des propositions sur la base des indicateurs de résultats ou des spécifications techniques; et dans le dernier cas, si d'autres spécifications seront envisagées.

a) *Procédure en une étape*

59. Le choix entre une procédure en une étape et une procédure en deux étapes pour la sollicitation de propositions dépendra de la nature du contrat, de la précision avec laquelle les spécifications techniques peuvent être définies et de la décision de prendre ou non en considération le produit demandé (ou les indicateurs de résultats) pour la sélection du concessionnaire. Si l'on juge que l'autorité contractante peut et a intérêt à formuler des indicateurs de résultats ou des spécifications techniques suffisamment précis ou définitifs, la sélection peut se faire en une étape, auquel cas, après avoir terminé la présélection, l'autorité contractante passera directement à la sollicitation définitive de propositions (voir par. 65 à 74)

b) *Procédure en deux étapes*

60. Dans certains cas, cependant, l'autorité contractante peut ne pas être en mesure de donner des spécifications techniques ou des indicateurs de résultats suffisamment détaillés et précis pour permettre une formulation, une évaluation et une comparaison uniformes des propositions sur la base de ces spécifications et indicateurs. Il peut en être ainsi, par exemple, lorsqu'elle n'a pas déterminé le type d'intrants techniques et matériels qui conviendrait pour le projet visé (par exemple, le type de matériau de construction à utiliser pour un pont). Il peut alors être jugé peu souhaitable, si l'on désire obtenir le meilleur rapport qualité-prix, d'agir sur la base de spécifications ou d'indicateurs élaborés en l'absence d'échanges de vues avec les soumissionnaires quant aux capacités exactes et aux modifications possibles des offres faites. C'est pourquoi l'autorité contractante souhaitera peut-être diviser la procédure de sélection en deux étapes et prévoir une certaine souplesse pour permettre des échanges de vues avec les soumissionnaires.

61. Lorsque la procédure de sélection se divise en deux étapes, les soumissionnaires sont généralement invités, dans la sollicitation initiale de propositions, à présenter des

propositions en fonction des résultats d'ensemble recherchés et des autres caractéristiques du projet ainsi que des clauses contractuelles envisagées. L'appel d'offres permettrait aux soumissionnaires de proposer leurs propres solutions pour répondre à un besoin particulier en matière d'infrastructure conformément aux normes de service définies. Les propositions soumises à ce stade consisteraient normalement dans des solutions fondées sur un schéma théorique ou sur des indicateurs de résultats sans indication des éléments financiers, tels que la tarification escomptée ou le niveau de rémunération.

62. Dans la mesure où les clauses des arrangements contractuels sont déjà connues de l'autorité contractante, elles devraient être incluses dans la sollicitation de propositions, éventuellement sous forme de projet d'accord. La connaissance de certaines clauses contractuelles, telles que la répartition des risques envisagée par l'autorité contractante, est importante pour que les soumissionnaires puissent formuler leurs propositions et voir avec les prêteurs potentiels si le projet est susceptible de bénéficier d'un concours financier. La réaction initiale aux clauses contractuelles, en particulier la répartition des risques envisagée par l'autorité contractante, peut aider cette dernière à évaluer la faisabilité du projet dans sa conception initiale. Toutefois, il est important d'établir une distinction entre la procédure de sollicitation de propositions et la négociation du contrat final, une fois le projet attribué. Cette première étape a pour but de donner à l'autorité contractante la possibilité de formuler ultérieurement ses exigences d'une manière qui permette une concurrence finale sur la base d'un ensemble unique de paramètres. L'invitation à soumettre des propositions initiales ne devrait pas conduire à une négociation sur les clauses du contrat avant son octroi définitif.

63. L'autorité contractante peut ensuite réunir les soumissionnaires afin de tirer au clair certaines questions concernant la sollicitation de propositions et le dossier qui l'accompagne. Elle peut, au cours de cette première étape, procéder à des échanges de vues avec tout soumissionnaire au sujet d'un aspect quelconque de sa proposition. Elle devrait traiter les propositions de manière à éviter que leur contenu ne soit dévoilé aux soumissionnaires concurrents. Les échanges de vues doivent être confidentiels et l'une des parties à ces échanges ne doit révéler à aucune autre personne des informations techniques, financières ou autres y ayant trait sans le consentement de l'autre partie.

64. À l'issue de ces échanges de vues, l'autorité contractante devrait examiner et, au besoin, réviser les spécifications initiales. Ce faisant, elle devrait être autorisée à supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives du projet initialement indiquées dans la sollicitation de propositions, ainsi que tout critère initialement énoncé dans le dossier pour évaluer et comparer les propositions. Tout ajout, suppression ou modification ainsi décidé devrait être communiqué aux soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives. Les soumissionnaires qui ne souhaitent pas présenter une proposition définitive devraient avoir la possibilité de se retirer de la procédure de sélection sans renoncer à toute garantie de soumission qui a pu leur être demandée.

2. *Teneur de la sollicitation définitive de propositions*

65. Au stade final, l'autorité contractante devrait inviter les soumissionnaires à présenter des propositions définitives sur la base des indicateurs de résultats (ou des spécifications techniques, selon les cas) et des clauses contractuelles révisés.

66. La sollicitation de propositions devrait généralement inclure toutes les informations nécessaires pouvant servir de base aux soumissionnaires pour présenter des propositions qui répondent aux besoins de l'autorité contractante et que celle-ci puisse comparer de manière objective et équitable.

a) *Informations générales données aux soumissionnaires*

67. Les informations générales à communiquer aux soumissionnaires devraient comprendre, selon les besoins, les éléments qui figurent normalement dans le dossier de sollicitation ou les sollicitations de propositions pour la passation de marchés de biens, de travaux et de services (voir, par exemple, les articles 27 et 38 de la Loi type de la CNUDCI). Il s'agit, par exemple, des éléments suivants:

a) Instructions pour l'établissement et la soumission des propositions, y compris le mode, le lieu et la date limite de soumission ainsi que la période de validité des propositions et toutes exigences concernant les garanties de soumission;

b) Modalités selon lesquelles les soumissionnaires peuvent demander des éclaircissements sur la sollicitation de propositions, et mention indiquant si l'autorité contractante a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de soumissionnaires;

c) Lieu, date et heure de l'ouverture des propositions et procédures à suivre pour leur ouverture et leur examen;

d) Manière dont les propositions seront évaluées. Il est particulièrement important de communiquer les critères qui seront utilisés par l'autorité contractante pour déterminer la proposition qui sera retenue, y compris toute marge de préférence et tout critère autre que le prix, et l'importance relative de ces critères (voir par. 83 à 86).

68. Si des variantes, y compris par rapport aux éléments non obligatoires de la sollicitation de propositions, sont autorisées, l'autorité contractante devrait indiquer la manière dont elles seront comparées et évaluées. Les variantes devraient être rejetées si elles ne sont pas accompagnées d'une proposition entièrement conforme. Lorsque l'autorité contractante se réserve en outre le droit de rejeter toutes les propositions, sans encourir aucune responsabilité envers les soumissionnaires, par exemple, le remboursement des frais d'établissement et de soumission des propositions, elle devrait l'indiquer dans la sollicitation de propositions.

b) *Spécifications techniques et indicateurs de résultats*

69. Le degré de précision des spécifications, de même que l'équilibre approprié entre les intrants et le produit 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 (voir par. 25 et 26). Il est généralement souhaitable que l'autorité contractante 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 sélectionner le soumissionnaire qui offre le meilleur rapport qualité-prix.

70. De manière générale, lorsque l'autorité contractante sollicite des propositions sur la base d'un ensemble unique de spécifications techniques, cette sollicitation comprend normalement les informations suivantes:

a) Description des travaux à effectuer et des services à fournir, y compris les spécifications techniques, plans, dessins et modèles;

b) Lieu où les travaux doivent être effectués et les services fournis;

c) Calendrier pour l'exécution des travaux et la fourniture des services;

d) Exigences techniques pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage.

71. Lorsque l'autorité contractante sollicite des propositions sur la base d'indicateurs de résultats, il est important qu'elle formule ces derniers d'une manière qui définisse clairement le produit et les résultats attendus sans être trop directive sur les modalités d'exécution. Les indicateurs de résultats comprennent normalement des éléments tels que ceux qui sont énumérés ci-après:

a) Description du projet et du produit attendu. Si les services exigent des bâtiments particuliers, tels qu'un terminal de transport ou un aéroport, l'autorité contractante peut souhaiter ne fournir que des indications générales de planification pour la division du site en zones d'utilisation, au lieu de donner des plans qui montrent le tracé de chaque bâtiment, comme cela serait normalement le cas dans une passation classique de marchés de travaux;

b) Normes minimales applicables pour la conception et les résultats, y compris les normes environnementales appropriées. Pour les résultats les normes sont généralement formulées en termes de quantité et de qualité souhaitées du produit. Les propositions qui s'en écartent devraient être considérées comme non conformes;

c) Exigences concernant l'expansion des services;

d) Qualité de la maintenance des ouvrages;

e) Intérêt porté aux clients;

f) Solidité économique et financière du concessionnaire.

72. Chacun des indicateurs susmentionnés peut exiger la communication de renseignements supplémentaires par les soumissionnaires, en fonction du projet attribué. Ainsi, dans le cas d'une concession de distribution d'électricité dans une région donnée, il peut être nécessaire de communiquer des normes techniques minimales telles que: *a)* les fluctuations de tension (et de fréquence) au niveau des consommateurs; *b)* la durée des interruptions (exprimée en heures par an); *c)* la fréquence des interruptions (exprimée en nombre par an); *d)* les pertes; *e)* le nombre de jours nécessaires pour raccorder un nouveau client; *f)* les normes commerciales pour la relation avec les clients (par exemple, le nombre de jours pour payer les factures, reconnecter les installations et répondre aux plaintes des clients).

c) *Clauses contractuelles*

73. Il est souhaitable que le dossier de soumission donne quelque indication sur la manière dont l'autorité contractante entend répartir les risques du projet. Cela est important pour poser les termes du débat lors des négociations détaillées sur l'accord de projet. Si la répartition des risques est laissée entièrement ouverte, les soumissionnaires chercheront probablement à réduire au minimum ceux qu'ils acceptent, ce qui pourrait aller à l'encontre de l'objectif d'un financement privé du projet. Par ailleurs, la sollicitation de propositions devrait contenir des informations sur les éléments essentiels des arrangements contractuels qu'envisage l'autorité contractante, notamment les suivants:

a) Durée de la concession ou invitation faite aux soumissionnaires à présenter des propositions pour la durée de la concession;

b) Formule et indices des prix à utiliser pour les ajustements aux tarifs;

c) Appui des pouvoirs publics et aides à l'investissement, le cas échéant;

d) Cautionnements;

e) Exigences des organes réglementaires, le cas échéant;

f) Règles et réglementations monétaires régissant les envois de fonds en devises étrangères;

g) Arrangements concernant le partage des recettes, le cas échéant;

h) Indication des catégories d'actifs que le concessionnaire serait tenu de transférer à l'autorité contractante ou de mettre à la disposition du concessionnaire suivant à la fin de la durée du projet;

i) Lorsqu'un nouveau concessionnaire est sélectionné pour exploiter une infrastructure existante, description des actifs et des biens qui seront mis à sa disposition;

j) Variante possible, sources de recettes supplémentaires ou accessoires (par exemple, des concessions pour l'exploitation d'infrastructures existantes), le cas échéant, pouvant être offertes au soumissionnaire retenu.

74. Afin d'établir clairement les points sur lesquels porteront les négociations qui auront lieu après l'évaluation des propositions (voir par. 92 et 93), la sollicitation définitive de propositions devrait indiquer quelles sont les clauses de l'accord de projet qui sont censées être non négociables.

3. *Éclaircissements et modifications*

75. Il convient de définir les procédures qui seront appliquées pour préciser et modifier la sollicitation de proposi-

tions d'une manière propre à favoriser une procédure de sélection efficace, équitable et qui puisse aboutir. Il importe que l'autorité contractante ait le droit de modifier la sollicitation de propositions afin de pouvoir obtenir ce dont elle a besoin. Il est aussi souhaitable de lui donner 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 soumissionnaire, en publiant un additif à un moment quelconque avant la date limite fixée pour la soumission des propositions. Toutefois, lorsque la sollicitation de propositions est profondément modifiée, la date limite de soumission des propositions devra peut-être être repoussée.

76. En règle générale, l'autorité contractante doit communiquer sans tarder les éclaircissements, de même que les questions qui les ont suscités et les modifications, à tous les soumissionnaires auxquels elle a adressé la sollicitation de propositions. Si elle convoque une réunion des soumissionnaires, elle devrait dresser un procès-verbal de cette réunion dans lequel elle indiquerait les demandes d'éclaircissements présentées à cette occasion au sujet de la sollicitation de propositions les réponses qu'elle a fournies, mais sans préciser l'origine des demandes, et en envoyer des copies aux soumissionnaires.

4. *Teneur des propositions définitives*

a) *Propositions techniques*

77. Les propositions techniques que doivent présenter les soumissionnaires devraient inclure les renseignements suivants:

a) Faisabilité opérationnelle du projet, avec indication de l'organisation, des méthodes et des procédures d'exploitation et de maintenance envisagées;

b) Bien-fondé du projet d'ingénierie préliminaire, avec calendrier des travaux proposé;

c) Évaluation environnementale préliminaire indiquant les effets négatifs potentiels du projet sur l'environnement et les mesures envisagées pour les atténuer;

d) Coût du projet, y compris les coûts d'exploitation et de maintenance et le plan de financement proposé (par exemple, apport de fonds propres, emprunts);

e) Garantie de soumission (voir par. 81 et 82).

78. L'autorité contractante a intérêt à demander aux soumissionnaires d'inclure dans leurs propositions définitives des preuves montrant que les prêteurs qu'ils ont sélectionnés sont satisfaits des conditions commerciales et de la répartition des risques proposées, telles qu'exposées dans la sollicitation de propositions. Une telle exigence peut être utile pour résister aux pressions tendant à revenir sur les conditions commerciales au stade des négociations finales. Dans certains pays, les soumissionnaires sont tenus de signer et renvoyer à l'autorité contractante le projet d'accord accompagné de leurs propositions définitives pour confirmer qu'ils acceptent toutes les conditions concernant lesquelles ils n'ont pas proposé d'amendement particulier.

b) *Propositions financières*

79. Pour les projets dans lesquels les recettes du concessionnaire doivent en général provenir essentiellement des péages, redevances ou droits payés par les clients ou les usagers de l'infrastructure, la proposition financière devrait indiquer la structure tarifaire proposée. Pour les projets dans lesquels le concessionnaire est censé tirer ses revenus essentiellement des paiements effectués par l'autorité contractante ou un autre organisme public pour amortir ses investissements, la proposition financière devrait indiquer le plan d'amortissement et de remboursement proposé. En outre, dans les deux cas, elle devrait comprendre les éléments suivants:

a) Valeur actuelle des charges ou des paiements d'amortissement proposée sur la base du taux d'escompte et du taux de change indiqués dans le dossier d'appel d'offres;

b) Durée proposée de la concession, lorsqu'elle n'a pas été précisée dans la sollicitation de propositions;

c) Importance de l'appui financier requis des pouvoirs publics, y compris, selon les besoins, toute subvention ou garantie attendue de l'autorité contractante;

d) Étendue des risques supportés par les soumissionnaires pendant la phase de construction et d'exploitation, y compris les imprévus, l'assurance, l'apport de fonds propres et autres garanties contre ces risques.

c) *Études de faisabilité*

80. Les études de faisabilité revêtent une importance particulière dans les projets d'infrastructure à financement privé et devraient couvrir, par exemple, les aspects ci-après:

a) *Viabilité commerciale:* notamment dans les projets assortis d'un financement sans droit de recours ou avec un droit de recours limité, il est indispensable de définir les objectifs du projet ainsi que d'évaluer et de projeter leur réalisation sur la durée de vie opérationnelle du projet, y compris la demande escomptée (par exemple, prévision de trafic pour une route) et la tarification (par exemple, péages);

b) *Conception technique et faisabilité opérationnelle:* les soumissionnaires devraient être invités à faire la preuve que les technologies qu'ils proposent, y compris le matériel et les procédés, sont adaptées aux conditions nationales, locales et environnementales, que le niveau de performance envisagé sera probablement atteint et que les méthodes de construction et le calendrier des travaux sont satisfaisants. Cette étude devrait aussi définir l'organisation, les méthodes et les procédures envisagées pour l'exploitation et l'entretien de l'ouvrage achevé;

c) *Viabilité financière:* les soumissionnaires devraient être invités à indiquer les sources de financement envisagées pour les phases de construction et d'exploitation, y compris les emprunts et les apports de fonds propres. 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 soumissionnaires devraient être néanmoins tenus de fournir suffisamment de preuves de l'intention des prêteurs de fournir le financement spé-

cifié. Dans certains pays, les soumissionnaires sont également tenus d'indiquer le taux interne de rendement financier escompté par rapport au coût effectif d'investissement correspondant aux arrangements financiers proposés. Ces renseignements doivent permettre à l'autorité contractante d'estimer si les tarifs ou les prix envisagés par le concessionnaire sont raisonnables et acceptables et quelles sont les possibilités d'augmentation ultérieure;

d) *Impact sur l'environnement:* cette étude devrait déterminer les effets négatifs ou néfastes que pourrait avoir le projet sur l'environnement et indiquer les mesures correctives à prendre.

d) *Garanties de soumission*

81. Il est souhaitable que les lois et règlements régissant le processus de sélection donnent à l'autorité contractante le pouvoir d'exiger que les soumissionnaires prévoient une garantie de soumission pour couvrir les pertes qui pourraient résulter du retrait de certaines propositions ou de l'incapacité du soumissionnaire retenu de conclure un accord de projet.

82. Il est souhaitable que la sollicitation de propositions indique quelles sont les exigences de l'autorité contractante en ce qui concerne l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et autres caractéristiques principales de toute garantie de soumission demandée aux soumissionnaires. Afin d'assurer un traitement équitable de tous les soumissionnaires, les prescriptions qui font directement ou indirectement référence à leur conduite ne devraient porter 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 contractante l'exige; défaut de présentation d'une garantie de bonne exécution du contrat après l'acceptation de la proposition ou non-respect de toute autre condition antérieure à la signature de l'accord de projet spécifiée dans la sollicitation de propositions. Des mesures devraient être prévues pour assurer que l'exigence d'une garantie de soumission est imposée équitablement et uniquement dans le but recherché[6].

5. *Critères d'évaluation*

83. Le comité d'attribution devrait noter les éléments techniques et financiers de chaque proposition en appliquant le système de notation annoncé à l'avance pour les critères d'évaluation technique et préciser par écrit les raisons de la note donnée. De manière générale, il importe que l'autorité contractante trouve un équilibre approprié entre les critères d'évaluation relatifs aux investissements matériels (par exemple, les travaux de construction) et ceux qui concernent l'exploitation de l'infrastructure et la qualité des services que doit fournir le concessionnaire. Elle devrait aussi accorder une importance suffisante à ses besoins à long terme, en particulier à la nécessité d'assurer la continuité du service au niveau de qualité et de sécurité requis.

84. Les critères d'évaluation technique sont conçus de manière à faciliter l'évaluation de la viabilité technique, opérationnelle, environnementale et financière de la proposition eu égard aux spécifications, aux indicateurs et aux prescriptions énoncés dans le dossier de soumission. Dans la mesure du possible, les critères techniques qu'applique l'autorité contractante devraient être objectifs et quantifiables de manière que les propositions puissent être évaluées avec objectivité et comparées sur une base commune. Cela réduit les risques de décisions discrétionnaires ou arbitraires. La réglementation qui régit le processus de sélection pourrait énoncer les modalités de formulation et d'application de ces facteurs. Les propositions techniques pour les projets d'infrastructure à financement privé sont généralement évaluées sur la base des critères ci-après:

a) *Pertinence technique*. Lorsque l'autorité contractante a établi des normes techniques et des spécifications ou normes de résultats, la conception fondamentale du projet devrait être conforme à ces spécifications ou normes. Les soumissionnaires devraient être tenus de démontrer que les méthodes de construction et le calendrier des travaux qu'ils proposent sont pertinents;

b) *Faisabilité opérationnelle*. L'organisation, les méthodes et les procédures proposées pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage achevé doivent être bien définies, être conformes aux normes de résultats prescrites et il convient de démontrer qu'elles sont applicables. Lorsque cela est possible, il faudrait prévoir le transfert de la technologie utilisée à chaque phase du projet;

c) *Qualité des services*. Les critères d'évaluation utilisés par l'autorité contractante peuvent comprendre une analyse de la manière dont les soumissionnaires entreprennent de maintenir et de développer le service, y compris les garanties offertes pour en assurer la continuité;

d) *Normes environnementales*. La conception proposée et la technologie envisagée pour le projet devraient être conformes aux normes environnementales annoncées dans la sollicitation de propositions. Tous effets négatifs ou néfastes sur l'environnement que pourrait avoir le projet proposé par les soumissionnaires devraient être correctement identifiés et les mesures de correction ou d'atténuation correspondantes devraient être indiquées;

e) *Viabilité financière*. Les propositions techniques devraient démontrer que le plan de financement proposé permet de couvrir les coûts de construction, d'exploitation et de maintenance du projet. L'autorité contractante devrait déterminer si les propositions de financement des soumissionnaires répondent de manière adéquate aux exigences en matière de coûts;

f) *Valorisations*. Autres conditions que l'auteur d'une proposition peut offrir pour rendre cette dernière plus in-

[6] L'article 32 de la Loi type de la CNUDCI prévoit certaines garanties importantes, à savoir notamment: impossibilité pour l'autorité contractante de réclamer 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 l'entrée en vigueur d'un accord de projet; 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.

téressante, telles que le partage des recettes avec l'autorité contractante, ou une réduction des garanties ou de l'appui attendus des pouvoirs publics.

85. Outre les critères d'évaluation technique, l'autorité contractante doit définir les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières. Pour les projets dans lesquels les recettes du concessionnaire doivent provenir essentiellement de péages, redevances ou charges payés par les clients ou les utilisateurs de l'infrastructure, l'évaluation et la comparaison des éléments financiers des propositions définitives sont normalement basées sur la valeur actuelle des péages, redevances, loyers et autres charges proposés pendant la durée de la concession conformément aux normes minimales prescrites concernant la conception et les résultats. Pour les projets dans lesquels les recettes du concessionnaire doivent provenir essentiellement des paiements effectués par l'autorité contractante pour amortir ses investissements, l'évaluation et la comparaison des éléments financiers des propositions définitives sont généralement basées sur la valeur actuelle des paiements du plan d'amortissement proposé pour l'infrastructure à construire conformément aux normes, plans et spécifications minimaux prescrits pour la conception et les résultats. Toutefois, l'autorité contractante ne devrait pas limiter l'évaluation des éléments financiers des propositions finales à une comparaison des prix unitaires offerts pour le produit attendu. Pour bien déterminer la faisabilité financière des propositions et la probabilité d'augmentations ultérieures des prix proposés, il peut être nécessaire de prendre en considération d'autres critères, tels que le coût des activités de conception et de construction; les coûts annuels d'exploitation et de maintenance; la valeur actuelle des dépenses d'équipement et des coûts d'exploitation; ainsi que le montant des subventions, le cas échéant, attendues des pouvoirs publics.

86. La forme et la complexité de l'évaluation des propositions financières varient en fonction de la forme de participation du secteur privé qui est souhaitée. Dans certains cas, la proposition financière peut inclure le coût du financement offert par les soumissionnaires; la demande de financement et la manière dont cet élément sera pris en compte dans l'évaluation des propositions devraient alors être définies dans la sollicitation de propositions. Lorsqu'elle établit les critères d'évaluation des propositions financières, il importe que l'autorité contractante examine avec soin l'importance relative du prix unitaire proposé pour le produit attendu comme critère d'évaluation. Le prix unitaire est certes un facteur important pour assurer l'objectivité et la transparence du choix entre des propositions également conformes, mais il convient de noter que pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé la notion de "prix" n'a habituellement pas la même valeur que pour la passation de marchés de biens et de services. En effet, la rémunération du concessionnaire provient souvent à la fois des redevances payées par les usagers, de sources de recettes auxiliaires et de subventions ou de paiements directs versés par l'entité publique qui octroie le contrat. En conséquence, si le prix unitaire du produit attendu demeure un élément important de comparaison des propositions, il peut ne pas être toujours considéré comme le plus important.

6. *Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions*

87. Il faudrait exiger que les propositions soient soumises par écrit, signées et placées dans des enveloppes scellées. Les offres reçues par l'autorité contractante après la date limite de soumission ne devraient pas être ouvertes et devraient être renvoyées aux soumissionnaires qui les ont présentées.

88. Afin de garantir la transparence, les lois nationales prescrivent souvent des procédures officielles pour l'ouverture des propositions, généralement à une date spécifiée dans la sollicitation de propositions et exigent que l'autorité contractante autorise les soumissionnaires, ou leurs représentants, à assister à cette ouverture. Une telle exigence aide à réduire au minimum le risque que les propositions soient modifiées ou faussées d'autres manières et constitue une garantie importante de l'intégrité de la procédure.

89. Étant donné la complexité des projets d'infrastructure à financement privé et la diversité des critères d'évaluation généralement appliqués pour l'attribution du projet, les soumissionnaires sont tenus, dans certains pays, de formuler et de soumettre leurs propositions techniques et financières dans deux enveloppes séparées. Ce système à deux enveloppes est parfois utilisé parce qu'il permet à l'autorité contractante d'évaluer la qualité technique des propositions sans être influencée par leurs volets financiers. Toutefois, la méthode a été critiquée au motif qu'elle allait à l'encontre de l'objectif d'économie dans l'attribution des marchés publics. En particulier, en sélectionnant des propositions d'abord sur la base de leur seule valeur technique, sans prise en considération du prix, une autorité contractante pourrait, dit-on, être tentée, lors de l'ouverture de la première enveloppe, de choisir les propositions offrant des ouvrages techniquement supérieurs et de rejeter celles qui offrent des solutions moins sophistiquées mais qui répondent néanmoins à ses besoins pour un coût globalement inférieur. Les institutions financières internationales, telles que la Banque mondiale, n'acceptent pas le système à deux enveloppes pour les projets qu'elles financent, car elles craignent que ce système ne donne une plus grande latitude de manœuvre dans l'évaluation des propositions et rende plus difficile une comparaison objective.

90. Pour éviter le système à deux enveloppes, les autorités contractantes peuvent exiger que les propositions techniques et financières soient regroupées, mais structurer leur évaluation en deux étapes, comme dans la procédure d'évaluation prévue à l'article 42 de la Loi type de la CNUDCI. Dans un premier temps, l'autorité contractante fixe généralement un seuil pour les aspects qualitatifs et techniques qui doivent figurer dans les propositions techniques en application des critères techniques énoncés dans les propositions, puis elle évalue chacune des propositions techniques en fonction de ces critères, de leur importance relative et de leurs modalités d'application tels qu'indiqués dans la sollicitation de propositions. Elle compare ensuite les propositions financières dont la note est égale ou supérieure au seuil fixé. Lorsque les propositions techniques et financières doivent être évaluées de manière consécutive,

l'autorité contractante devrait d'abord s'assurer que les propositions techniques sont à première vue conformes à la sollicitation de propositions (en déterminant, par exemple, si elles couvrent tous les points sur lesquels doivent porter les propositions techniques). Les propositions incomplètes ou partielles, ainsi que celles qui s'écartent des sollicitations de propositions devraient être rejetées à ce stade. Si l'autorité contractante peut demander aux soumissionnaires des éclaircissements au sujet de leurs propositions, aucune modification quant au fond, y compris des modifications visant à rendre conforme une proposition qui ne l'est pas, ne doit être demandée, proposée ou autorisée à ce stade.

91. Il est important, pour l'autorité contractante, non seulement de décider du système qu'elle utilisera (système à deux enveloppes ou procédure d'évaluation en deux étapes), mais également de faire savoir quelle est l'importance relative qui sera accordée à chacun des critères d'évaluation et comment ils seront appliqués pour l'évaluation des propositions. Pour bien équilibrer les aspects financiers et techniques des propositions, deux approches sont possibles. On peut, d'une part, considérer que la proposition la plus avantageuse est celle qui obtient la note la plus élevée sur la base des critères d'évaluation aussi bien fondés sur les prix qu'indépendants de ces derniers. Mais on peut aussi décider que le prix proposé pour le produit (par exemple, tarif de l'eau ou de l'électricité, montant des péages) sera le facteur décisif pour retenir une proposition parmi celles qui sont conformes (c'est-à-dire qui ont atteint le seuil fixé pour les aspects qualitatifs et techniques). En tout état de cause, pour encourager la transparence du processus de sélection et éviter un usage abusif des critères d'évaluation autres que les prix, il est souhaitable 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.

7. *Négociations finales*

92. L'autorité contractante devrait classer toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et inviter le soumissionnaire qui a obtenu la meilleure note 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 sur l'accord de projet. Les négociations finales devraient avoir pour unique objectif de fixer les derniers détails du dossier de transaction et de satisfaire aux demandes raisonnables des prêteurs du soumissionnaire sélectionné. Le risque que les négociations avec le soumissionnaire sélectionné ne donnent lieu à des pressions en vue de modifier le prix ou la répartition des risques qui figuraient initialement dans la proposition, et cela au détriment de la collectivité publique ou des consommateurs, est l'une des difficultés auxquelles se heurtent les autorités contractantes. Il devrait être interdit 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 pas porter sur les clauses contractuelles qui ont été déclarées non négociables dans la dernière sollicitation de propositions. Il serait possible de réduire encore le risque de renégociation des clauses commerciales à ce stade tardif en insistant pour que les prêteurs du soumissionnaire sélectionné indiquent qu'ils sont satisfaits de la répartition des risques envisagée dans la proposition à un stade où il y a encore concurrence entre les soumissionnaires (voir par. 78). Les conseillers financiers de l'autorité contractante pourraient contribuer à ce processus en indiquant si les propositions des soumissionnaires sont réalistes et quel est le niveau des engagements financiers approprié à chaque étape. La conclusion des arrangements financiers peut prendre elle-même beaucoup de temps.

93. L'autorité contractante devrait informer les autres soumissionnaires dont les propositions sont conformes qu'ils pourraient être invités à négocier si les négociations avec le soumissionnaire ayant obtenu la meilleure note n'aboutissaient pas à un accord de projet. S'il apparaît effectivement à l'autorité contractante que les négociations n'aboutiront pas, elle devrait informer le soumissionnaire retenu qu'elle y met fin avant d'inviter à des négociations le soumissionnaire qui le suit 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 inutiles, l'autorité contractante ne devrait pas rouvrir les négociations avec un soumissionnaire après y avoir mis fin.

8. *Avis d'attribution du projet*

94. Les accords de projet comportent fréquemment des dispositions qui intéressent directement des parties autres que l'autorité contractante et le concessionnaire 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 contractante publie un avis de l'attribution du projet, contenant notamment les renseignements ci-après: *a)* le nom du concessionnaire; *b)* les annexes et pièces jointes qui font partie de l'accord; *c)* un descriptif des travaux et des services dont se chargera 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 devra fournir; *g)* les droits de suivi de l'autorité contractante et les recours en cas de contravention à l'accord de projet; *h)* les obligations des pouvoirs publics, y compris les paiements, subventions, ou indemnisations qu'ils verseront; 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.

D. *Négociations directes*

95. Dans la tradition juridique de certains pays, les projets d'infrastructure à financement privé impliquent la dé-

légation, par l'autorité contractante, du droit et de l'obligation de fournir un service public. En ce sens, ils relèvent d'un régime juridique particulier qui diffère par de nombreux aspects du régime généralement applicable à l'attribution de marchés publics de biens, de travaux et de services.

96. Dans ces systèmes juridiques, une entité publique peut généralement choisir entre plusieurs procédures pour l'attribution d'un marché public de biens ou de services. En règle générale, ces procédures comportent les éléments suivants: obligation de publicité, concurrence et stricte application des critères d'attribution préétablis. La procédure la plus commune est celle de l'appel d'offres dans laquelle le contrat est octroyé au soumissionnaire qui offre le prix le plus bas. Il existe certes des procédures moins rigides, telles que la sollicitation de propositions qui permet de prendre en considération des éléments autres que le prix (par exemple, le coût d'exploitation, les qualités techniques et les délais d'achèvement proposés), mais il n'est fait recours à des négociations que dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, ces pays appliquent des procédures différentes pour l'attribution des projets d'infrastructure à financement privé. Étant donné la nature très particulière des services requis (par exemple, complexité, montant des investissements et délais d'achèvement), les procédures utilisées mettent l'accent sur la liberté de l'autorité contractante de choisir l'exploitant qui répond le mieux à ses besoins, en termes de qualification professionnelle, de surface financière, de capacité à assurer la continuité du service, de traitement équitable des usagers et de qualité de la proposition. Contrairement aux procédures de sélection avec appel à la concurrence, qui peuvent parfois sembler trop rigides, la sélection par négociation directe se caractérise par une grande souplesse et une grande liberté d'appréciation pour l'autorité contractante. Toutefois, liberté de négocier ne signifie pas choix arbitraire et les lois de ces pays prévoient des procédures visant à garantir la transparence et l'équité dans la conduite du processus de sélection.

97. Dans d'autres pays, où la procédure d'appel d'offres est normalement la règle pour l'attribution de marchés publics, les principes directeurs publiés à l'intention des autorités contractantes recommandent le recours aux négociations directes chaque fois que possible pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé. Celles-ci, en effet, évitent à l'entité publique d'être tenue par des prescriptions prédéterminées ou par des spécifications rigides et lui permettent de disposer d'une plus grande marge d'action pour tirer partie 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 ses propres exigences au cas où des options plus intéressantes pour répondre à ses besoins d'infrastructure seraient formulées au cours des négociations.

98. Les méthodes négociées offrent généralement une grande souplesse, ce que certains pays peuvent juger avantageux pour la sélection du concessionnaire. Ces méthodes peuvent toutefois présenter un certain nombre d'inconvénients qui les rendent moins appropriées comme principales méthodes de sélection dans un certain nombre de pays. En raison de cette souplesse et de la grande marge d'action dont bénéficie l'autorité contractante, les méthodes négociées exigent un personnel hautement qualifié et ayant une expérience suffisante pour la négociation de projets complexes. Elles exigent aussi une équipe de négociateurs bien structurée, des rapports hiérarchiques clairement définis et une très bonne coordination et coopération entre tous les services intéressés. Le recours à des négociations pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé risque par conséquent de ne pas constituer une solution 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 craindre que la plus grande latitude que laissent les méthodes négociées n'aille de pair avec un plus grand risque de pratiques abusives ou de manœuvres corrompues. Compte tenu de ce qui précède, le pays hôte peut souhaiter prescrire le recours à des procédures de sélection avec appel à la concurrence comme règle pour l'attribution des projets d'infrastructure à financement privé et réserver les négociations directes uniquement à des cas exceptionnels.

1. *Circonstances autorisant le recours à des négociations directes*

99. À des fins de transparence et de discipline dans l'attribution des projets, il peut être souhaitable, en règle générale, que la loi détermine les circonstances exceptionnelles qui peuvent autoriser le recours aux négociations directes, à savoir notamment:

a) Lorsqu'il est urgent de fournir immédiatement un service donné et qu'il serait donc impossible d'engager une procédure de sélection avec appel à la concurrence, à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par l'autorité contractante et n'aient pas été le résultat de manœuvres dilatoires de sa part. Une telle autorisation exceptionnelle peut être nécessaire, par exemple, en cas d'interruption de la fourniture d'un service donné ou lorsque la prestation du concessionnaire retenu est inférieure aux normes acceptables ou si l'accord de projet est annulé par l'autorité contractante, et lorsque le recours à une procédure de sélection avec appel à la concurrence serait impossible du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service;

b) Lorsqu'il s'agit de projets de courte durée pour lesquels la mise de fonds initiale prévue ne dépasse pas un faible montant spécifié;

c) Pour des raisons de défense nationale;

d) Lorsqu'il n'existe qu'une seule source capable de fournir le service requis (par exemple, nécessité de recourir à une technologie brevetée ou à un savoir-faire sans équivalent);

e) En raison du manque de personnel expérimenté ou de l'absence de structures administratives adéquates pour mener la procédure de sélection avec appel à la concurrence.

100. En plus de ce qui précède, il peut arriver qu'une fois la procédure de sélection avec appel à la concurrence engagée l'autorité contractante décide de changer de mé-

thode de sélection et choisisse des négociations directes. Cela peut se produire en particulier lorsqu'une invitation à une procédure de présélection ou une sollicitation de propositions n'aboutit à aucune demande de présélection ou proposition, ou lorsque l'autorité contractante a rejeté toutes les propositions et estime qu'une nouvelle sollicitation de propositions n'aboutirait probablement pas à l'attribution d'un projet. Dans ce cas, elle peut préférer entamer des négociations avec les soumissionnaires qui ont soumis des offres conformes plutôt que d'avoir à rejeter toutes les propositions et entamer une nouvelle procédure dont l'issue serait incertaine.

2. *Mesures visant à améliorer la transparence dans les négociations directes*

101. Les procédures à suivre pour la passation de marchés par voie négociée sont, en règle générale, plus souples que les procédures qui s'appliquent aux autres méthodes de passation des marchés. Seules quelques règles et procédures régissent le processus par lequel les parties négocient et concluent leur contrat. Dans certains pays, les textes donnent toute latitude aux autorités contractantes pour conduire les négociations comme elles l'entendent. Dans d'autres pays, les textes définissent des règles de procédure pour la négociation qui ont pour objet d'assurer l'équité et l'objectivité et de faire jouer la concurrence en encourageant la participation de soumissionnaires. Les dispositions relatives aux procédures de sélection par voie négociée portent sur un certain nombre de points examinés ci-après, en particulier les critères d'approbation de la décision de l'autorité contractante de sélectionner le concessionnaire par voie négociée, la sélection des partenaires de négociation, les critères de comparaison et d'évaluation des offres et le procès-verbal de la procédure de sélection.

a) *Approbation*

102. Dans nombre de pays s'applique une condition préalable, à savoir que l'autorité contractante doit obtenir l'approbation d'une autorité de tutelle avant de pouvoir entamer une procédure de sélection par voie négociée. En règle générale, la demande d'approbation doit être formulée par écrit et doit énoncer les motifs qui justifient le recours à la négociation. Les critères d'approbation ont en particulier pour objet de garantir que la sélection par voie négociée n'est utilisée que dans des circonstances appropriées.

b) *Sélection des partenaires de la négociation*

103. Pour que la concurrence joue le plus possible dans la procédure de négociation, il est souhaitable de faire obligation à l'autorité contractante d'ouvrir des négociations avec le plus grand nombre possible de sociétés susceptibles de répondre à ses attentes. Hormis cette disposition de caractère général, on ne trouve pas de dispositions précises dans les lois de certains pays sur le nombre minimal d'entrepreneurs ou de fournisseurs avec lesquels l'autorité contractante doit négocier. Les lois d'autres pays, toutefois, exigent qu'elle négocie, dans toute la mesure possible, avec un minimum de soumissionnaires (par exemple, trois), ou sollicite de ces derniers des propositions. Elle est autorisée à négocier avec un nombre inférieur de soumissionnaires dans certaines circonstances, en particulier lorsque le nombre de soumissionnaires candidats est inférieur au nombre minimal.

104. Pour améliorer la transparence de la procédure de négociation, il est aussi souhaitable d'établir des conditions de forme concernant l'avis qui est donné aux soumissionnaires. Ainsi, l'autorité contractante peut être tenue de faire paraître cet avis dans une publication donnée, normalement destinée à cette fin. Une telle exigence vise à porter la procédure de passation de marchés à l'attention d'un éventail de soumissionnaires plus large que ce qui serait normalement le cas et, partant, à stimuler la concurrence. Étant donné l'échelle de la plupart des projets d'infrastructure, l'avis devrait normalement contenir certaines informations minimales (par exemple, description du projet, exigences en matière de qualifications) et devrait être publié avec un délai suffisant pour permettre aux soumissionnaires de préparer leurs offres. De manière générale, les conditions de formes en matière d'éligibilité applicables aux soumissionnaires dans une procédure de sélection avec appel à la concurrence devraient aussi s'appliquer à la procédure de négociation.

105. Dans certains pays, les règles de publicité ne jouent pas lorsque l'autorité contractante recourt à la négociation à la suite d'une procédure d'appel d'offres infructueuse (voir par. 100), si tous les entrepreneurs ou fournisseurs qualifiés ayant soumis des offres sont autorisés à participer aux négociations, ou si aucune offre n'a été reçue.

c) *Critères de comparaison et d'évaluation des offres*

106. Une autre mesure utile pour améliorer la transparence et l'efficacité des négociations directes consiste à établir des critères généraux auxquels les propositions doivent satisfaire (objectifs généraux de résultat, spécifications concernant le produit), ainsi que des critères de comparaison et d'évaluation des offres faites pendant les négociations et de sélection du concessionnaire qui sera retenu (par exemple, la valeur technique d'une offre, les tarifs, les coûts d'exploitation et de maintenance, les incidences des clauses contractuelles sur le concessionnaire ainsi que la rentabilité et les perspectives de développement que peut offrir l'accord de projet). L'autorité contractante devrait recenser les propositions qui semblent satisfaire à ces critères et organiser des entretiens avec l'auteur de chacune d'entre elles afin de les affiner et de les améliorer jusqu'à ce qu'elles lui conviennent. Le prix de chaque proposition n'entre pas en ligne de compte dans ces entretiens. Une fois les propositions finalisées, l'autorité contractante a peut-être intérêt à rechercher la meilleure offre définitive en se basant sur les propositions clarifiées. Il est recommandé que les soumissionnaires incluent dans leur offre définitive des preuves montrant que la répartition des risques qui y est associée rencontrerait l'agrément de leurs prêteurs éventuels. L'autorité contractante peut ensuite choisir l'offre qu'elle retiendra parmi les meilleures offres définitives reçues. Le projet sera alors attribué à la partie dont la proposition est la "plus économique" ou la "plus avantageuse". Il est recommandé que l'autorité contractante indique dans l'invitation à négocier son intention de rechercher ou non la meilleure offre définitive.

d) *Procès-verbal de la procédure de sélection*

107. L'autorité contractante devrait être tenue d'établir un procès-verbal de la procédure de sélection. Il devrait comprendre des informations concernant les circonstances qui justifient le recours à la négociation, les entrepreneurs ou fournisseurs invités à négocier, les entrepreneurs ou fournisseurs ayant demandé à participer et les entrepreneurs ou fournisseurs n'ayant pas été autorisés à participer, ainsi que les motifs de leur exclusion.

E. *Propositions spontanées*

108. Des entreprises privées contactent parfois directement des organismes publics pour leur soumettre des propositions de projets pour lesquels aucune procédure de sélection n'a été ouverte. Ces propositions sont généralement appelées "propositions spontanées". Elles peuvent résulter de l'identification par le secteur privé d'un besoin en matière d'infrastructures qui pourrait être satisfait par un projet à financement privé. Il peut également s'agir de propositions novatrices pour la gestion d'une infrastructure offrant la perspective d'un transfert de technologies nouvelles vers le pays hôte.

109. La principale question qui se pose pour les propositions spontanées est celle de savoir s'il est ou non souhaitable d'autoriser l'autorité contractante à négocier de gré à gré avec le soumissionnaire ou s'il convient de recourir, dans ce cas également, aux procédures d'attribution généralement applicables.

1. *Considérations de politique générale*

110. Une des raisons parfois citées pour déroger à la règle de la procédure de sélection avec appel à la concurrence est la nécessité d'inciter le secteur privé à soumettre des propositions supposant l'application de nouveaux concepts ou de nouvelles technologies pour répondre aux besoins de l'autorité contractante. Étant donné la nature même des procédures de sélection avec appel à la concurrence, aucun soumissionnaire n'a l'assurance de se voir attribuer le projet, sauf s'il sort vainqueur de la compétition. Le coût d'établissement de propositions pour de grands projets d'infrastructure peut décourager les sociétés qui craignent que leurs propositions ne soient pas à la hauteur de celles soumises par des soumissionnaires concurrents. Par contre, le secteur privé peut voir dans des règles qui permettent à une autorité contractante de négocier de telles propositions directement avec leurs auteurs une incitation à soumettre des propositions spontanées. L'autorité contractante peut, elle aussi, trouver son intérêt dans des négociations directes qui encouragent le secteur privé à formuler des propositions novatrices pour le développement d'infrastructures.

111. D'un autre côté, cependant, l'attribution de projets faisant suite à des propositions spontanées et sans la concurrence d'autres soumissionnaires peut exposer les pouvoirs publics à de graves critiques, en particulier dans le cas de concessions avec exclusivité. En outre, les prêteurs potentiels, y compris les institutions financières multilatérales et bilatérales, peuvent avoir des difficultés à octroyer des crédits ou donner des garanties pour des projets qui n'ont pas fait l'objet d'une procédure de sélection avec appel à la concurrence. Ils peuvent en effet craindre une remise en question, ou une annulation par de futurs gouvernements (par exemple, parce qu'il peut être ultérieurement estimé que l'attribution du projet est entachée de favoritisme ou parce que la procédure ne prévoyait pas de paramètres objectifs pour la comparaison des prix, des éléments techniques et de la pertinence générale du projet), ou des contestations juridiques ou politiques d'autres parties intéressées, telles que des clients mécontents de l'augmentation des tarifs ou des sociétés concurrentes affirmant qu'elles ont été injustement exclues d'une procédure de sélection avec appel à la concurrence.

112. Compte tenu des considérations ci-dessus, il est important que le pays hôte examine la nécessité et l'opportunité de concevoir des procédures spéciales pour les propositions spontanées, qui s'écartent des procédures généralement suivies pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé. À cette fin, il peut être utile d'analyser les deux situations les plus couramment mentionnées à propos des propositions spontanées, à savoir: les propositions spontanées qui, selon leurs auteurs, supposent l'application de nouveaux concepts ou de nouvelles technologies pour répondre aux besoins de l'autorité contractante et celles dont les auteurs affirment qu'elles permettent de répondre à un besoin non encore identifié par l'autorité contractante.

a) *Propositions spontanées supposant l'application de nouveaux concepts ou de nouvelles technologies pour répondre aux besoins d'infrastructure de l'autorité contractante*

113. De manière générale, en ce qui concerne les projets d'infrastructure pour lesquels il est nécessaire de recourir à un procédé ou à une méthode industriels, l'autorité contractante aurait intérêt à encourager la soumission de propositions incorporant les procédés, les conceptions, les études ou les concepts techniques les plus modernes et démontrant la capacité du soumissionnaire d'apporter un plus (par exemple, en réduisant considérablement les coûts de construction, en accélérant l'exécution du projet, en renforçant la sécurité, en améliorant les résultats du projet, en prolongeant sa vie économique, en réduisant les frais de maintenance et d'exploitation de l'ouvrage ou encore en réduisant l'impact négatif sur l'environnement ou les perturbations soit pendant la construction, soit pendant l'exploitation).

114. L'autorité contractante pourrait également satisfaire ses intérêts légitimes en modifiant comme il convient les procédures de sélection avec appel à la concurrence au lieu d'établir un ensemble de règles spécialement adaptées aux propositions spontanées. Par exemple, si elle recourt à des procédures de sélection qui mettent l'accent sur le produit attendu, sans prescrire les modalités de réalisation (voir par. 71 et 72), les soumissionnaires auront suffisamment de latitude pour offrir leurs propres procédés ou méthodes exclusifs. Une telle exclusivité ne constituerait pas, dans ce cas de figure, un obstacle à la concurrence, à condition

que toutes les méthodes proposées permettent techniquement de donner les résultats souhaités par l'autorité contractante.

115. Il vaudrait peut-être mieux, dans ces cas, assouplir les procédures de sélection avec appel à la concurrence que concevoir de nouvelles procédures ne faisant pas appel à la concurrence pour traiter plus particulièrement les propositions dont les auteurs affirment apporter des technologies ou des concepts nouveaux. Sauf peut-être dans le cas des concepts ou des technologies brevetés dont l'exclusivité peut être déterminée d'après les droits de propriété intellectuelle existants, une autorité contractante peut avoir beaucoup de mal à définir ce qui constitue la nouveauté. Pour ce faire, elle devra peut-être recourir aux services d'experts indépendants coûteux, venant éventuellement d'autres pays, afin d'éviter les allégations de partialité. L'argument de la nouveauté peut également être invoqué par d'autres sociétés intéressées affirmant posséder des technologies nouvelles appropriées.

116. La situation peut toutefois être quelque peu différente si l'exclusivité de la proposition ou ses aspects novateurs sont tels qu'il serait impossible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des études, une méthode ou un concept technique sur lequel l'auteur de la proposition ou ses associés ont des droits exclusifs, dans le monde entier ou dans la région. L'existence de droits de propriété intellectuelle sur une méthode ou une technologie peut effectivement réduire ou éliminer les possibilités de véritable concurrence. C'est la raison pour laquelle les lois sur la passation des marchés de la plupart des pays autorisent les entités contractantes à passer des marchés avec une source unique si les biens, les travaux ou les services ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un seul fournisseur ou entrepreneur donné, ou si un fournisseur ou un entrepreneur donné a des droits exclusifs sur les biens, travaux ou services et qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable (voir la Loi type de la CNUDCI, art. 22).

117. En pareil cas, il conviendrait d'autoriser l'autorité contractante à négocier directement l'exécution d'un projet avec l'auteur de la proposition spontanée. La difficulté serait bien entendu d'établir, avec l'objectivité et la transparence voulues, qu'il n'existe pas de solution de remplacement raisonnable pour la méthode ou la technologie envisagée dans la proposition spontanée. C'est pourquoi il est souhaitable que l'autorité contractante établisse des procédures lui permettant d'obtenir des éléments de comparaison.

b) *Propositions spontanées dont l'auteur affirme être en mesure de répondre à un besoin d'infrastructure non encore identifié par l'autorité contractante*

118. La valeur de ce type de propositions spontanées réside dans l'identification d'une possibilité de construction d'une infrastructure non encore envisagée par les autorités du pays hôte. Toutefois, ce cas de figure ne devrait pas normalement constituer en lui-même une justification suffisante pour négocier de gré à gré l'attribution d'un projet dont l'autorité contractante n'a pas l'assurance objective qu'il constitue la réponse la plus avantageuse à ses besoins.

2. *Traitement des propositions spontanées*

119. Compte tenu de ce qui précède, il est souhaitable que l'autorité contractante établisse des procédures transparentes pour déterminer si une proposition spontanée satisfait aux conditions requises et s'il est dans son intérêt de lui donner suite.

a) *Restrictions à la recevabilité des propositions spontanées*

120. Pour garantir un contrôle véritable des dépenses publiques, certaines lois nationales prévoient qu'aucune proposition spontanée ne peut être prise en considération si l'exécution du projet donne lieu à des engagements financiers importants de la part de l'autorité contractante ou d'un autre organisme public tels que des garanties, des subventions ou une participation au capital. La raison d'une telle restriction est que les procédures de traitement des propositions spontanées sont généralement moins élaborées que les procédures ordinaires de sélection et peuvent ne pas garantir le niveau normal de transparence et de concurrence. Toutefois, il peut y avoir des raisons de permettre une certaine souplesse dans l'application de cette condition. Dans certains pays, un appui des pouvoirs publics autre que des garanties directes, des subventions ou une participation au capital (par exemple, la vente ou la location de biens publics aux auteurs du projet) n'empêche pas nécessairement de traiter ou d'accepter une proposition comme une proposition spontanée.

121. Pour être prise en considération, une proposition spontanée doit aussi se rapporter à un projet pour lequel l'autorité contractante n'a entamé ou annoncé aucune procédure de sélection. Ce qui justifie la prise en considération d'une proposition spontanée sans recours à une procédure de sélection avec appel à la concurrence est la volonté d'inciter le secteur privé à recenser des besoins d'infrastructure nouveaux ou non envisagés ou à formuler des propositions novatrices pour satisfaire ces besoins. Cette justification ne vaut plus si les autorités du pays hôte ont déjà identifié le projet et si le secteur privé se contente de proposer une solution technique différente de celle qu'envisageait l'autorité contractante. En pareil cas, cette dernière pourrait néanmoins tirer parti de solutions novatrices en appliquant une procédure de sélection en deux étapes ou en sollicitant des variantes à l'intérieur de la procédure de sélection originellement prévue (voir par. 60 à 84). Toutefois, l'examen de propositions spontanées en dehors d'une procédure de sélection déjà entamée ou annoncée irait à l'encontre du principe d'équité dans l'attribution des marchés publics.

b) *Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées*

122. La société ou le groupe de sociétés qui s'adressent à une entité publique pour lui proposer un projet d'infrastructure privé devraient être tenus de soumettre une proposition initiale contenant suffisamment d'informations pour permettre à l'autorité contractante de procéder à une première évaluation lui permettant de déterminer si les conditions d'admission des propositions spontanées sont remplies, en particulier si le projet proposé est d'intérêt

public. La proposition initiale devrait inclure, par exemple, les informations suivantes: description de l'expérience de l'auteur de la proposition dans ce type de projet et de sa situation financière; description du projet (type, lieu, impact régional, investissement proposé, coûts d'exploitation, évaluation financière, ressources devant être apportées par les autorités publiques ou des tiers); informations concernant le site (régime de propriété et expropriation éventuelle de terrains ou d'autres biens); description du service et des travaux.

123. Après un examen préliminaire, l'autorité contractante devrait faire savoir à la société, dans un délai raisonnablement court, si le projet peut présenter un intérêt public. Si sa réponse est positive, elle devrait inviter la société à soumettre une proposition officielle qui contiendrait, outre les éléments inclus dans la proposition initiale, une étude de faisabilité technique et économique (y compris les caractéristiques, coûts et bénéfices) ainsi qu'une étude d'impact sur l'environnement. Par ailleurs, l'auteur de la proposition devrait être tenu de soumettre des informations satisfaisantes concernant le concept ou la technologie envisagés dans la proposition. Les informations communiquées devraient être suffisamment détaillées pour permettre à l'autorité contractante d'évaluer correctement le concept ou la technologie et de déterminer s'ils répondent aux conditions requises et peuvent être appliqués avec succès à l'échelle prévue pour le projet proposé. La société qui soumet la proposition spontanée devrait conserver la propriété de tous les documents soumis pendant la procédure et ces documents devraient lui être restitués si la proposition est rejetée.

124. Une fois qu'elle a reçu de l'auteur de la proposition toutes les informations requises, l'autorité contractante devrait décider, dans un délai raisonnablement court, si elle entend donner suite et, dans ce cas, choisir la procédure qui sera utilisée. Pour faire ce choix, elle devrait déterminer tout d'abord si le projet pourrait ou non être exécuté sans le recours à un procédé, des études, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs.

c) *Procédures de traitement des propositions spontanées n'impliquant pas de concepts ou de technologies brevetés*

125. Si l'autorité contractante, après avoir examiné une proposition spontanée, décide que le projet présente un intérêt public mais que son exécution est possible sans l'utilisation d'un procédé, d'études, d'une méthode ou d'un concept technique sur lequel l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs, elle devrait être tenue, pour l'attribution du projet, de recourir aux procédures normalement applicables pour l'attribution des projets d'infrastructure à financement privé, telles les procédures de sélection avec appel à la concurrence décrites dans le présent *Guide* (voir par. 39 à 94). Toutefois, les procédures de sélection peuvent inclure certains éléments particuliers permettant d'encourager la soumission de propositions spontanées. Ces incitations peuvent être les suivantes:

a) L'autorité contractante pourrait s'engager à ne pas entamer une procédure de sélection concernant un projet pour lequel elle a reçu une proposition spontanée sans y inviter l'entreprise ayant soumis la proposition originale;

b) Le soumissionnaire original pourrait se voir accorder un avantage. Dans certains pays, cet avantage prend la forme d'une marge de préférence dans la notation finale (à savoir un certain pourcentage supérieur à la note finale obtenue par l'entreprise à la fois pour l'élément prix et pour les autres éléments). Un des risques afférents à un tel système est la fixation d'une marge de préférence qui décourage la présentation d'offres concurrentielles valables, ce qui entraînerait l'admission d'un projet de valeur moindre en échange de la préférence donnée à l'auteur de la proposition novatrice. Le remboursement, en totalité ou en partie, des frais encourus par le soumissionnaire original pour l'élaboration de la proposition spontanée serait une autre mesure d'incitation. À des fins de transparence, de telles incitations devraient être annoncées dans la sollicitation de propositions.

126. Nonobstant les incitations pouvant lui être offertes, l'auteur de la proposition spontanée devrait de manière générale être tenu de satisfaire pour l'essentiel aux mêmes critères de qualification que les soumissionnaires participant à la procédure de sélection avec appel à la concurrence (voir par. 43 à 46).

d) *Procédures de traitement des propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés*

127. S'il apparaît que les éléments novateurs de la proposition sont tels qu'il serait impossible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des études, une méthode ou un concept technique sur lequel l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs, dans le monde entier ou dans la région, il peut être utile que l'autorité contractante confirme cette évaluation préliminaire en appliquant une procédure lui permettant d'obtenir des éléments de comparaison. Elle peut notamment publier un résumé des éléments essentiels de la proposition avec invitation faite à d'autres parties intéressées à soumettre des propositions différentes ou comparables dans un délai donné. Ce délai devrait être proportionnel à la complexité du projet et devrait donner aux concurrents potentiels suffisamment de temps pour formuler leurs propositions. Il peut s'agir là d'un facteur crucial pour obtenir d'autres propositions, par exemple, si les soumissionnaires devaient effectuer des études géologiques souterraines détaillées qui auraient pris de nombreux mois à l'auteur de la proposition originale, qui ne voudrait pas en divulguer les résultats.

128. L'invitation à soumettre des propositions comparables ou concurrentes devrait être publiée avec une fréquence minimale (par exemple, une fois par semaine pendant trois semaines) dans au moins un journal de diffusion générale. Elle devrait indiquer où et quand le dossier d'appel d'offres peut être obtenu et préciser les dates limites d'envoi des propositions. Il est important que l'autorité contractante protège les droits de propriété intellectuelle de l'auteur de la proposition spontanée et garantisse la confidentialité des informations l'accompagnant. Aucune de ces informations ne devrait faire partie du dossier d'ap-

pel d'offres. L'auteur de la proposition spontanée comme toute autre entreprise qui souhaite soumettre une autre proposition devraient être tenus de fournir une garantie de soumission (voir par. 81 et 82). Deux démarches sont ensuite possibles, en fonction des réponses reçues à l'invitation:

a) Si l'autorité contractante ne reçoit aucune proposition, elle peut raisonnablement conclure qu'il n'existe aucune variante ou solution de remplacement raisonnable à la méthode ou à la technologie envisagée dans la proposition spontanée. Elle doit dûment consigner ce résultat et pourrait être autorisée à engager des négociations directes avec l'auteur de la proposition originale. Il peut être souhaitable d'exiger que la décision de l'autorité contractante soit examinée et approuvée par l'autorité dont elle devrait normalement obtenir l'approbation pour sélectionner un concessionnaire par négociation directe (voir par. 102);

b) Si l'autorité contractante reçoit d'autres propositions, elle devrait inviter tous les soumissionnaires à des négociations afin de déterminer quelle est la plus avantageuse pour exécuter le projet (voir par. 103 à 105). Si elle reçoit un nombre suffisamment important de solutions de remplacement qui paraissent, à première vue, répondre à ses besoins en matière d'infrastructures, elle peut envisager une procédure de sélection avec appel à la concurrence à part entière, sous réserve des incitations qui peuvent être offertes à l'auteur de la proposition originale (voir par. 125 *b*).

F. *Procédures de recours*

129. Une importante garantie du respect des règles régissant la procédure de sélection est le droit donné aux soumissionnaires d'intenter un recours contre les actes de l'autorité contractante qui enfreignent ces règles. Différents systèmes juridiques et administratifs prévoient divers recours et procédures, qui sont étroitement liés à la question du recours contre les actes des autorités publiques. Quelle que soit la forme exacte des procédures de recours, il est fondamental de prévoir une possibilité adéquate et des procédures efficaces de recours. Des éléments d'un système adéquat de recours figurent au chapitre VI de la Loi type de la CNUDCI.

130. Des procédures de recours appropriées devraient établir en premier lieu que les fournisseurs et les entrepreneurs ont le droit d'intenter un recours. En première instance, ce recours peut être porté devant l'autorité contractante elle-même, en particulier si le projet n'a pas encore été attribué. Cette démarche peut favoriser l'économie et l'efficacité, car dans de nombreux cas, en particulier avant l'attribution d'un projet, l'autorité contractante peut être tout à fait disposée à rectifier des erreurs de procédure dont elle n'a peut-être même pas connaissance. Il peut aussi être utile de prévoir qu'un recours peut être porté devant des instances administratives supérieures lorsqu'une telle procédure est compatible avec le système constitutionnel, administratif et judiciaire. Enfin, la plupart des régimes nationaux de passation de marchés reconnaissent le droit à un recours judiciaire, qui devrait être aussi généralement applicable à l'attribution des projets d'infrastructure.

131. Afin de maintenir un équilibre viable entre, d'une part, la nécessité de protéger les droits des soumissionnaires et garantir l'intégrité de la procédure de sélection et, d'autre part, la nécessité de limiter les risques de perturbation de cette procédure, les lois nationales assujettissent souvent les procédures de recours qu'elles établissent à un certain nombre de restrictions. Celles-ci comprennent la limitation aux soumissionnaires du droit de recours; la prescription de délais pour le dépôt des réclamations et pour le règlement des affaires, y compris toute suspension de la procédure de sélection pouvant intervenir au niveau du recours administratif; l'inapplicabilité des procédures de recours à un certain nombre de décisions qui sont laissées à la discrétion de l'autorité contractante et qui ne soulèvent pas directement de questions ayant trait à l'égalité de traitement reconnue aux soumissionnaires.

132. Il existe dans la plupart des États des mécanismes et procédures de recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques. Dans certains États, des mécanismes et procédures de recours ont été mis en place expressément pour les litiges découlant de la passation de marchés par ces organes et entités. Dans d'autres États de tels litiges sont traités par l'application de mécanismes et procédures généraux de recours contre des actes administratifs. Certains aspects importants de la procédure de recours, tels que l'instance devant laquelle introduire le recours et les réparations pouvant être accordées, sont liés aux caractéristiques fondamentales, tant conceptuelles que structurelles, du système juridique et du système d'administration publique de chaque pays. De nombreux systèmes juridiques prévoient un recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques devant une instance administrative exerçant une autorité ou un contrôle hiérarchique sur l'organe ou l'entité (ci-après dénommé "recours administratif hiérarchique"). Dans les systèmes juridiques prévoyant un tel recours administratif hiérarchique, la question de savoir quels organes exerceront cette fonction pour les actes d'organes ou entités particuliers dépend dans une large mesure de la structure administrative de l'État. Dans le contexte des lois générales sur la passation des marchés, par exemple, certains États prévoient que cette fonction sera confiée à un organe exerçant une supervision et un contrôle généraux sur la passation des marchés de l'État (par exemple, une commission centrale des marchés); dans d'autres États, cette fonction est assurée par l'organe chargé d'exercer un contrôle financier sur les opérations du gouvernement et de l'administration. Dans certains États, pour des types particuliers de cas mettant en jeu des organes administratifs ou d'autres entités publiques, cette fonction est assurée par des instances administratives indépendantes spécialisées dont la compétence est parfois décrite comme "quasi judiciaire". Ces instances ne sont toutefois pas considérées dans ces États comme des tribunaux du système judiciaire.

133. De nombreux systèmes juridiques nationaux prévoient un recours judiciaire contre les actes d'organes administratifs et entités publiques. Dans plusieurs de ces systèmes, un recours judiciaire est prévu en sus du recours administratif, alors que dans d'autres seul un recours judiciaire est possible. Certains systèmes ne prévoient au contraire qu'un recours administratif. Dans certains de ceux où des recours à la fois administratifs et judiciaires

sont prévus, le recours judiciaire n'est possible qu'après épuisement des moyens de recours administratif; dans d'autres, il est possible d'opter pour l'un ou pour l'autre.

G. *Procès-verbal de la procédure de sélection*

134. Afin de garantir la transparence et la responsabilité et pour faciliter l'exercice du droit de recours des soumissionnaires qui s'estiment lésés contre les décisions prises par l'autorité contractante, cette dernière devrait avoir l'obligation de tenir un procès-verbal approprié des éléments essentiels de la procédure de sélection.

135. Le procès-verbal tenu par l'autorité contractante devrait contenir, selon les besoins, 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 contractante a sollicité des propositions;

b) Noms et adresses des sociétés membres des consortiums de soumissionnaires et noms et adresses des soumissionnaires avec lesquels l'accord de projet est conclu;

c) Renseignements sur les qualifications ou l'absence de qualifications des soumissionnaires 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 le dossier 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.

136. En plus des renseignements ci-dessus, il peut être utile d'exiger que l'autorité contractante inclue les renseignements ci-après dans le procès-verbal de la procédure de sélection:

a) Résumé des conclusions des études de faisabilité préliminaires demandées par l'autorité contractante et résumé des conclusions des études de faisabilité présentées par les soumissionnaires sélectionnés;

b) Liste des soumissionnaires présélectionnés;

c) Si des changements dans la composition des soumissionnaires 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 contractante 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.

137. Lorsque la procédure de sélection se fait par négociations directes (voir par. 95 à 107), 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 contractante 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.

138. Pour la procédure de sélection engagée à la suite de propositions spontanées (voir par. 108 à 128), 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 contractante selon laquelle la proposition spontanée a été jugée d'intérêt public et implique, le cas échéant, des technologies et des concepts nouveaux.

139. Il est souhaitable que les règles régissant le procès-verbal spécifient dans quelle mesure ce dernier peut être communiqué et quels doivent en être les destinataires. Pour établir les critères en la matière, il faut tenir compte de divers facteurs, parfois divergents: intérêt général, du point de vue de la responsabilité des entités adjudicatrices, d'une large divulgation; nécessité de fournir aux soumissionnaires les informations dont ils ont besoin pour évaluer leurs résultats dans la procédure et déterminer les cas dans lesquels ils ont motif légitime à recours; et nécessité de protéger les informations commerciales confidentielles des soumissionnaires. Compte tenu de ces considérations, il peut être souhaitable de prévoir deux niveaux de communication, comme à l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI. Les informations à communiquer à tout membre du public peuvent se limiter à des informations de base touchant la responsabilité de l'autorité contractante envers le public. Toutefois, il est aussi souhaitable de prévoir la divulgation, au profit des soumissionnaires, d'informations plus détaillées concernant la conduite de la procédure de sélection, dans la mesure où les soumissionnaires ont besoin de ces informations pour juger de leurs résultats dans la procédure de sélection et pour contrôler la manière dont l'autorité contractante applique les dispositions des lois et réglementations applicables.

140. En outre, des mesures appropriées devraient être prises pour éviter la divulgation d'informations commerciales confidentielles communiquées par les fournisseurs et entrepreneurs. Cela est particulièrement vrai des informations concernant l'évaluation et la comparaison des pro-

positions, car une divulgation excessive risque de porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires. En règle générale, l'autorité contractante ne devrait pas divulguer d'informations plus détaillées concernant l'examen, l'évaluation et la comparaison des propositions et des prix proposés, sauf lorsqu'elle en est priée par un tribunal compétent.

141. Des dispositions limitant la divulgation des informations relatives à la procédure de sélection n'interdiraient pas l'applicabilité à certaines parties du procès-verbal d'autres lois de l'État conférant au public un droit général d'accès aux documents officiels. La divulgation des informations figurant dans le procès-verbal aux organismes de tutelle législatifs ou parlementaires peut être imposée par la loi applicable dans le pays hôte.

[A/CN.9/458/Add.5]

CHAPITRE IV. L'ACCORD DE PROJET

Recommandations concernant la législation

Conclusion de l'accord de projet (voir par. 5 à 8)

1. Le pays hôte voudra peut-être adopter des dispositions tendant à simplifier les procédures applicables à la conclusion de l'accord de projet et indiquer à l'avance les bureaux ou organismes compétents pour approuver et signer l'accord de projet.

Arrangements financiers (voir par. 10 à 21)

2. Le pays hôte voudra peut-être stipuler:

a) Que les ouvrages pourront être financés jusqu'à concurrence des montants et aux conditions déterminés par le concessionnaire et qu'à cette fin celui-ci peut en particulier émettre des obligations, actions et autres titres et garantir ledit financement en constituant une sûreté sur l'un quelconque de ses biens;

b) Que l'accord de projet doit indiquer les tarifs ou droits d'utilisation que le concessionnaire peut percevoir pour l'utilisation de l'ouvrage ou des services qu'il fournit et indiquer la méthode et les formules à appliquer pour réviser lesdits tarifs ou droits d'utilisation;

c) Que l'accord de projet doit prévoir des tarifs ou droits d'utilisation de nature à permettre au soumissionnaire de recouvrer le capital investi et de couvrir ses frais d'exploitation et de maintenance, et de réaliser un bénéfice raisonnable.

3. Le pays hôte voudra peut-être en outre stipuler:

a) Que l'autorité contractante est habilitée, lorsqu'il y a lieu, à autoriser des paiements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des droits que doivent acquitter les usagers;

b) Que l'autorité compétente est habilitée, lorsqu'il y a lieu, à prendre des engagements concernant l'achat de quantités déterminées de biens ou de services.

Site du projet (voir par. 22 à 27)

4. Le pays hôte voudra peut-être stipuler:

a) Que l'accord de projet devra spécifier, selon qu'il conviendra, les avoirs qui demeureront la propriété de l'autorité contractante ou d'autres organismes gouvernementaux et les catégories d'avoirs qui demeureront la propriété privée du concessionnaire;

b) Que l'expropriation des terrains éventuellement requis pour la réalisation de projets d'infrastructure à financement privé devrait être réalisée selon la procédure la plus efficace disponible en vertu de la législation du pays hôte.

Servitudes (voir par. 28 à 31)

5. Le pays hôte voudra peut-être adopter des dispositions législatives indiquant les servitudes dont pourra avoir besoin le concessionnaire.

Sûretés (voir par. 32 à 40)

6. Le pays hôte voudra peut-être stipuler:

a) Que le concessionnaire peut constituer une sûreté sur l'un quelconque de ses droits sur l'ouvrage;

b) Que le concessionnaire peut garantir tout financement en gageant les recettes effectives ou attendues de l'exploitation de la concession.

Statut juridique du concessionnaire (voir par. 41 à 51)

7. Le pays hôte voudra peut-être stipuler que les soumissionnaires retenus devront constituer une personne morale indépendante ayant son siège dans le pays, sauf dans les cas où l'autorité contractante aura autorisé une dérogation à cette règle.

8. Si le soumissionnaire doit constituer une personne morale indépendante, le pays hôte voudra peut-être stipuler que l'accord de projet devra indiquer:

a) La forme de cette entité et son capital minimal;

b) Les procédures à suivre pour obtenir de l'autorité contractante l'approbation de toute modification fondamentale des statuts de la société concessionnaire, ladite approbation ne pouvant être refusée que pour des motifs raisonnables.

Cession de la concession (voir par. 52 à 55)

9. Le pays hôte voudra peut-être stipuler que l'accord de projet doit indiquer les conditions dans lesquelles l'autorité contractante peut consentir à la cession d'une concession, conditions qui peuvent notamment être les suivantes:

a) L'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations découlant de l'accord de projet;

b) La production par le nouveau concessionnaire de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour pouvoir fournir le service.

Cessibilité des actions de la société de projet (voir par. 56 à 63)

10. Le pays hôte voudra peut-être stipuler que la cession de parts du capital de la société concessionnaire pourra être sujette à l'assentiment de l'autorité contractante si:

a) Le concessionnaire détient des biens du domaine public ou des biens qu'il est tenu de remettre à l'autorité contractante à l'expiration de la période de concession; ou

b) Le concessionnaire a reçu ou a bénéficié de prêts, subventions, apports de fonds ou autres formes de soutien financier direct des pouvoirs publics.

Durée de l'accord de projet (voir par. 64 à 67)

11. Le pays hôte voudra peut-être stipuler que toutes les concessions doivent être de durée limitée, laquelle devra être spécifiée dans l'accord de projet, compte tenu de la nature et du montant des investissements que doit effectuer le concessionnaire.

Notes sur les recommandations concernant la législation

A. *Considérations générales*

1. L'"accord de projet" conclu entre les pouvoirs publics et le concessionnaire est le document principal concernant tout projet d'infrastructure. Il définit la portée et l'objet du projet, ainsi que les droits et les obligations des parties et expose en détail comment le projet devra être exécuté ainsi que les conditions d'exploitation de l'ouvrage ou de prestation des services prévus. L'accord de projet peut faire l'objet d'un document unique ou se présenter sous la forme de plusieurs accords entre l'autorité contractante et le concessionnaire. L'on trouvera ci-après une analyse de la relation qui existe entre l'accord de projet et la législation du pays hôte relative aux projets d'infrastructure à financement privé, ainsi que des procédures et formalités à suivre pour la conclusion et l'entrée en vigueur de l'accord de projet.

1. *L'accord de projet dans la législation*

2. L'accord de projet est l'instrument par l'entremise duquel les pouvoirs publics exercent leurs pouvoirs de confier à un concessionnaire la responsabilité de réaliser un projet d'infrastructure (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", ____). Il existe par conséquent une corrélation intrinsèque entre l'accord de projet et la législation du pays hôte régissant l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé ou, de manière plus générale, la prestation de services publics. Les législations nationales contiennent souvent des dispositions réglementant le contenu de l'accord de projet. Dans ce contexte, l'on peut identifier trois approches différentes. Si la législation de certains pays se borne à mentionner la nécessité d'un accord entre le concessionnaire et l'autorité contractante, celle d'autres pays contient des dispositions détaillées d'ordre public relatives au contenu des clauses devant figurer dans l'accord. Il y a enfin la législation des pays qui — approche intermédiaire — énumère les questions qui doivent être réglées dans l'accord de projet sans réglementer en détail le contenu des clauses de celui-ci.

3. Le fait de prévoir des dispositions législatives régissant certains aspects fondamentaux de l'accord de projet présente l'avantage de mettre en place un cadre général de répartition des droits et des obligations entre les parties. Ces dispositions peuvent avoir pour but d'uniformiser certaines questions contractuelles et de donner des indications aux autorités gouvernementales chargées de négocier les accords de projet aux différents niveaux de l'administration (national, provincial ou local). Elles peuvent être particulièrement utiles aux autorités contractantes 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 peut améliorer la position de négociation de l'autorité contractante face au concessionnaire. Enfin, il faut dans certains cas qu'un texte législatif confère à l'autorité contractante le pouvoir de souscrire à certaines conditions de l'accord.

4. L'inconvénient que peut présenter le fait de prévoir des dispositions législatives détaillées sur les droits et obligations des parties est que l'autorité contractante et le concessionnaire peuvent se trouver privés de la latitude dont ils ont besoin pour négocier entre eux un accord adapté aux exigences et aux particularités du projet considéré. Il est donc souhaitable de limiter la portée des dispositions législatives concernant l'accord de projet au strict minimum et de les borner, par exemple, aux questions pour lesquelles il faut prévoir un texte d'habilitation, 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. Pour des projets aussi complexes que des projets d'infrastructure, il n'est pas inhabituel que les négociations entre les parties se poursuivent plusieurs mois avant que celles-ci soient prêtes à signer l'accord de projet. Il a été relevé un certain nombre d'éléments qui retardent les négociations, par exemple, le manque d'expérience des parties, le manque de coordination entre différents organes gouvernementaux, les incertitudes entourant l'appui pouvant être attendu des pouvoirs publics ou la difficulté qu'il peut y avoir à constituer une sûreté acceptable pour les prêteurs[1]. Pour éviter de retarder inutilement la conclusion de l'accord de projet, il est bon de prévoir des règles indiquant clairement quels sont les personnes ou les services habilités à prendre des engagements au nom de l'autorité contractante (et, le cas échéant, d'autres organismes gouvernementaux) aux différentes étapes de la négociation ainsi qu'à signer l'accord de projet. Dans le cas de projets faisant intervenir des services ou organismes appartenant à différents niveaux de l'administration (par exemple, national, provincial ou local) où il n'est peut-être pas possible d'identifier à l'avance tous les services compétents et tous les organismes intéressés, il pourra être nécessaire d'adopter d'autres mesures pour assurer une coordination appropriée entre eux (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", ____).

[1]Pour une analyse des questions qui peuvent affecter l'enveloppe financière, voir Société financière internationale (SFI), *Financing Private Infrastructure*, Washington, 1996, p. 37.

6. Par ailleurs, les pouvoirs publics peuvent considérablement faciliter les choses en donnant des indications appropriées aux négociateurs qui agissent au nom de l'autorité contractante. Mieux les parties s'entendront sur les questions à régler dans l'accord de projet et plus elles auront de chances de mener à bien ces négociations. Inversement, lorsque des questions importantes restent en suspens après le processus de sélection et qu'il n'est guère donné d'indications aux négociateurs quant à la substance de l'accord de projet, l'on risque fort que les négociations se prolongent et que l'on se plaigne, non sans raison, que le processus de sélection n'a pas été suffisamment transparent et compétitif (pour de plus amples détails, voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", ____).

7. Indépendamment des dispositions pratiques à prendre pour faciliter la négociation de l'accord de projet, il importe d'étudier les mesures qui pourraient être adoptées pour accélérer sa conclusion. Ainsi, les législations nationales de certains pays prescrivent certaines des formalités auxquelles sont subordonnées la conclusion et l'entrée en vigueur de l'accord de projet. Dans certains pays, les conditions de l'accord négocié entre l'autorité contractante et le soumissionnaire retenu peuvent être sujettes à l'approbation d'une autorité supérieure. Dans d'autres pays encore, l'entrée en vigueur de l'accord de projet ou de certaines catégories d'accords de projet est subordonnée à une décision du Parlement, ou même à l'adoption d'une loi spéciale.

8. 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 ou de l'autorité contractante, selon le cas, 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 le concessionnaire n'est pas disposé à assumer. Lorsque les conditions de cette approbation sont jugées arbitraires ou trop lourdes, les pouvoirs publics peuvent être priés de donner au concessionnaire ou aux bailleurs de fonds des garanties suffisantes pour les mettre à l'abri de ce risque (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ____). Dans certains pays où cette approbation est nécessaire, les pouvoirs publics ont parfois consenti, dans l'accord de projet, à défrayer le concessionnaire de toutes dépenses qu'il a engagées si le projet n'a pas obtenu l'approbation finale pour des raisons indépendantes de la volonté du concessionnaire lui-même.

B. *Conditions fondamentales de l'accord de projet*

9. 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. L'on trouvera ci-après une analyse des incidences que peuvent avoir les législations nationales qui réglementent des dispositions apparemment fondamentales des accords de projet, c'est-à-dire celles qui définissent les principales obligations financières des parties, la nature des droits accordés au concessionnaire, le site du projet, la propriété des avoirs affectés au projet, le statut juridique du concessionnaire et la durée du projet.

1. *Arrangements financiers*

10. Les arrangements financiers sont au cœur même de l'accord de projet. Ils concernent habituellement les obligations qui incombent au concessionnaire de mobiliser des fonds pour l'exécution du projet, les mécanismes applicables au décaissement des fonds et à la comptabilité, aux méthodes de calcul et de révision des prix perçus par le concessionnaire et les types de sûretés qui peuvent être constituées au profit des créanciers du concessionnaire. Il importe, lors de la rédaction de ces dispositions, de veiller à ce qu'elles soient conformes avec les accords de prêt et les autres engagements financiers pris par le concessionnaire. Il faut en outre veiller à ce que la législation du pays hôte facilite, plutôt que d'entraver, la gestion financière du projet.

a) *Obligations financières du concessionnaire*

11. Dans le cas de projets d'infrastructure à financement privé, il incombe habituellement au concessionnaire de mobiliser un financement suffisant pour l'exécution du projet. Le plus souvent, l'autorité contractante ou les organismes gouvernementaux intéressés sont désireux de limiter leurs obligations financières à celles qui sont expressément prévues dans l'accord de projet ou aux formes de soutien direct que les pouvoirs publics se sont engagés à fournir pour la réalisation du projet (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ____).

12. L'apport de capitaux privés des actionnaires du concessionnaire ne représente habituellement qu'une petite partie du total de l'investissement envisagé. Une proportion bien plus importante de cet investissement provient de prêts accordés au concessionnaire par des banques commerciales et du produit de l'émission d'obligations et d'autres instruments sur les marchés des capitaux (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", ____). Il est donc bon que la législation confirme le pouvoir du concessionnaire de prendre les arrangements financiers qu'il juge appropriés pour financer l'ouvrage. Il importe en outre de veiller à ce que la législation du pays hôte ne limite pas à l'excès la capacité du concessionnaire de conclure des arrangements de financement nécessaires, par exemple, en limitant sa capacité d'offrir une sûreté adéquate à ses bailleurs de fonds (voir par. 32 à 40).

13. Les fonds provenant de l'émission d'obligations et d'autres instruments peuvent constituer une source de financement substantiel pour les projets d'infrastructure. Ces instruments pourront être émis par le concessionnaire lui-même, auquel cas les investisseurs qui achètent les titres deviendront ses créanciers, ou bien être émis par un tiers auquel ont été cédés les droits sur les recettes provenant du projet (voir par. 39) par le biais d'un mécanisme

appelé “titrisation”. La titrisation consiste à créer une sûreté garantie par les recettes du projet, qui sont gagées pour rembourser le principal et payer les intérêts sur ces sûretés. Les opérations de titrisation conduisent habituellement à créer une personne morale distincte du concessionnaire dans le but exprès de garantir les avoirs sous recettes escomptées. Le concessionnaire subroge cette entité dans ses droits sur les recettes escomptées du projet, et ladite entité, à son tour, vend aux investisseurs des instruments porteurs d’intérêt qui sont garantis par les recettes provenant du projet. Les porteurs d’obligations titrisés acquièrent ainsi un droit sur les recettes tirées par le concessionnaire de ses transactions avec ses clients. Le concessionnaire perçoit les droits d’utilisation des clients et vire les fonds ainsi recueillis à l’entité spéciale, laquelle les transfère aux porteurs d’obligations titrisés. Certains pays ont récemment promulgué des lois reconnaissant expressément la faculté du concessionnaire de subroger une entité spéciale dans ses droits sur les recettes attendues du projet, ladite entité étant chargée de détenir et de gérer ces fonds à titre fiduciaire dans l’intérêt des créanciers du concessionnaire. Afin de protéger les porteurs d’obligations contre le risque d’insolvabilité du concessionnaire, il peut y avoir lieu pour les pays d’adopter les mesures législatives nécessaires afin de permettre une séparation juridique du concessionnaire et de l’entité spéciale.

b) *Faculté du concessionnaire de percevoir des droits pour la prestation de services publics*

14. Dans différents pays, il se peut qu’une autorisation préalable du législateur soit nécessaire pour qu’un concessionnaire soit autorisé à percevoir des droits pour la prestation de services publics ou pour l’utilisation d’ouvrages publics. Il conviendra par conséquent que la législation des États contienne des dispositions générales autorisant l’autorité contractante et le concessionnaire à s’entendre sur des modalités appropriées de rémunération de ce dernier, y compris la possibilité pour celui-ci de percevoir des droits pour l’utilisation de l’ouvrage ou les services ou biens qu’il fournit. Dans certains pays, l’absence d’une telle disposition législative générale a donné lieu à des actions en justice contestant le pouvoir du concessionnaire de percevoir un droit en contrepartie du service fourni.

15. Outre la reconnaissance générale de la possibilité pour le concessionnaire de percevoir un droit pour la prestation de services publics ou pour l’utilisation d’ouvrages publics, il importe de prendre en considération les tarifs et les prix que le concessionnaire peut appliquer. Les tarifs et les prix perçus par le concessionnaire peuvent être, en l’absence de subventions ou de versements de l’autorité contractante (voir par. 17 à 21) ou des pouvoirs publics (voir chap. II, “Risques de projet et appui des pouvoirs publics”, ____), la principale — et parfois même la seule — source de recettes permettant de couvrir les investissements effectués pour le projet. Le concessionnaire cherchera donc à être autorisé à fixer et à maintenir ces tarifs et ces prix à un niveau de nature à garantir la génération de liquidités adéquates pour le projet. Dans certains systèmes juridiques, toutefois, la latitude accordée au concessionnaire d’établir les tarifs et les prix peut être limitée. Les coûts auxquels les services publics sont fournis constituent généralement l’un des aspects de la politique d’infrastructure de l’État et intéressent directement de vastes secteurs de la population. De nombreux pays, par conséquent, réglementent spécialement les tarifs et les prix pouvant être perçus pour la prestation de services publics (voir chap. V, “Construction et exploitation de l’infrastructure”, ____). En outre, dans certains systèmes juridiques, les dispositions légales ou les règles générales du droit définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple, en stipulant que les prix doivent être “raisonnables”, “équitables” ou “justes”.

16. Les dispositions réglementant les tarifs et les prix que le concessionnaire peut percevoir, lorsqu’elles sont jugées nécessaires, devront tendre à concilier les intérêts des investisseurs et ceux des usagers actuels et futurs. Il conviendra que les critères fixés par la loi pour la détermination de ces prix tiennent compte, indépendamment des facteurs sociaux auxquels le gouvernement attache de l’importance, de la nécessité pour le concessionnaire de générer des liquidités suffisantes pour garantir la viabilité économique et la rentabilité commerciale du projet. Cela étant, il sera bon que la législation reconnaisse que l’un des éléments essentiels d’un tarif équitable est qu’il doit permettre de recouvrer le capital investi et de couvrir les frais d’exploitation et de maintenance tout en générant un bénéfice raisonnable. En outre, il est bon d’autoriser les parties à négocier des arrangements appropriés, y compris en matière d’indemnisation, pour les cas où une réglementation directe ou indirecte des prix de la prestation des services publics risque d’aboutir à des prix inférieurs à ce qu’ils devraient être pour que le projet puisse être exploité de manière rentable (voir chap. V, “Construction et exploitation de l’infrastructure”, ____).

c) *Obligations financières de l’autorité contractante*

17. Lorsque le concessionnaire offre des services directement au grand public, l’autorité contractante ou l’organisme gouvernemental compétent peut s’engager à effectuer directement certains paiements au concessionnaire en remplacement ou en sus des droits perçus des usagers. Lorsque le concessionnaire produit un bien qui doit être distribué par un autre prestataire de services, l’autorité contractante peut s’engager à acheter ce bien en gros à un prix et à des conditions convenus. Les principaux exemples de ces arrangements sont brièvement exposés ci-après.

i) Versements directs

18. Certains pays ont eu recours à la formule de versements directs par l’autorité contractante pour remplacer ou compléter les droits perçus des usagers, en particulier dans le cas de projets de construction de routes à péage, au moyen d’un mécanisme connu sous le nom de “péage virtuel”. Dans le cas d’une formule de “péage virtuel”, le concessionnaire assume l’obligation de construire, financer et exploiter une route ou un autre moyen de transport pendant un certain nombre d’années en contrepartie de versements périodiques en remplacement ou en sus des péages que paieraient ou paient effectivement les usagers. Une telle formule de “péage virtuel” peut être utilisée pour tenir compte des risques propres au projet dans le secteur des transports, et en particulier le risque d’une circulation moindre que prévu (voir chap. II, “Risques de projet et

appui des pouvoirs publics", ____). En outre, la formule de "péage virtuel" peut être politiquement plus acceptable qu'un péage proprement dit, par exemple, s'il y a lieu de craindre que la perception de péages ne suscite des protestations des usagers de la route.

19. Ce mécanisme de "péage virtuel" peut supposer des dépenses substantielles pour l'autorité contractante et exiger de celle-ci une surveillance étroite. Dans les pays qui ont utilisé de tels systèmes pour la réalisation de nouveaux projets routiers, les versements effectués au concessionnaire par l'autorité contractante sont calculés essentiellement sur la base de la circulation effective, mesurée en véhicules-kilomètres. Il convient habituellement de stipuler que ces versements ne commenceront que lorsque la route sera ouverte à la circulation, de sorte que le concessionnaire soit encouragé à mettre la route en service dès que possible. Simultanément, l'on a jugé utile de calculer le montant des versements sur la base de la circulation effective pendant toute la période de la concession, de sorte que le concessionnaire soit également encouragé à faire en sorte que, pendant cette période, les travaux de réparation nécessaires perturbent au minimum la circulation. À défaut, l'accord de projet peut contenir une clause prévoyant l'application d'une pénalité forfaitaire si les travaux de réparation conduisent à fermer des voies de circulation. Les systèmes de paiement utilisés dans certains pays sont plus perfectionnés et subdivisent la circulation en un certain nombre de "plages" caractérisées par des densités différentes de circulation selon la période de l'année et des versements variables par véhicule, ceux-ci étant plus élevés lorsque la circulation diminue et inversement. Ces plages elles-mêmes peuvent être accrues périodiquement pour suivre l'augmentation prévisible de la circulation. Des plages distinctes peuvent être fixées selon la longueur du véhicule. Habituellement, le concessionnaire est tenu de procéder à un recensement continu de la circulation pour calculer le nombre de véhicules-kilomètres annuels, qui est vérifié périodiquement par l'autorité contractante. Il existe aussi des systèmes mixtes combinant des péages virtuels et des péages acquittés directement par les usagers; en pareil cas, les péages virtuels ne sont payés par l'autorité contractante que si, pendant une certaine période, la circulation tombe en dessous du seuil dont il a été convenu qu'il représente le minimum nécessaire à une exploitation rentable de la route.

ii) Engagements d'achat

20. Dans le cas de projets d'infrastructure à financement privé qui génèrent des biens ou des services pouvant être fournis sur une base à long terme à un acheteur identifiable, des arrangements contractuels garantissant l'achat de l'ensemble ou d'une partie minimale convenue de la production de l'ouvrage peuvent contribuer à réduire les risques que des fluctuations défavorables de la demande des prix risquent de représenter pour le concessionnaire. Lorsque l'autorité contractante ou un autre organisme gouvernemental est le seul client pour les biens ou les services fournis par le concessionnaire, la législation stipule parfois que ces organismes ont l'obligation d'acheter, sur la base d'un tarif convenu, tous les deux des services offerts par le concessionnaire. Les contrats de ce type sont habituellement appelés "contrats d'enlèvement" et sont souvent, mais pas exclusivement, utilisés pour encourager la génération d'énergie par des producteurs indépendants. Ces contrats d'enlèvement prévoient souvent deux types de paiements: des paiements visant à rémunérer la mise à disposition de la capacité de production et des paiements fondés sur la consommation effective. Dans le cas d'un projet de génération d'électricité, par exemple, le contrat d'achat pourra prévoir les droits suivants:

a) D*roits de capacité*. Ces droits sont dus quelle que soit la production effective pendant la période de facturation et sont fixés à un niveau suffisant pour couvrir tous les coûts fixes encourus par le concessionnaire pour financer et exploiter la centrale, y compris le service de la dette et les autres frais financiers récurrents, les frais fixes d'exploitation et de maintenance et un certain bénéfice. Le paiement des droits de capacité est souvent subordonné à l'observation de certaines normes de performance ou de disponibilité;

b) D*roits de consommation*. Ces droits ne sont pas censés couvrir l'intégralité des coûts fixes du concessionnaire, mais plutôt rémunérer les coûts variables ou marginaux que le concessionnaire doit assumer pour générer et livrer une unité donnée du service ou du produit dont il s'agit (par exemple, un kilowattheure d'électricité). Les droits de consommation sont habituellement calculés de manière à couvrir les frais d'exploitation variables du concessionnaire, comme les dépenses afférentes au combustible consommé pendant l'exploitation de la centrale, les coûts de l'épuration des eaux et le coût des fournitures consomptibles. Les paiements variables sont souvent liés aux frais d'exploitation variables du concessionnaire lui-même ou à un indice reflétant assez fidèlement l'évolution des coûts d'exploitation.

21. Du point de vue du concessionnaire, un mécanisme de paiements combinant des droits de capacité et des droits de consommation est particulièrement utile dans la mesure où il garantit la couverture de ses coûts tout en lui donnant le monopole de la transmission ou de la distribution de ses biens ou services. Toutefois, les droits de capacité prévus par un contrat d'enlèvement doivent tenir compte des autres sources de génération auxquelles peut avoir recours l'autorité contractante ou qu'elle utilise effectivement. Des droits de capacité élevés grèvent la capacité d'achat de l'autorité contractante et accroissent le risque de défaillances ou de résiliation du contrat, par exemple, pour des motifs d'intérêt public. Si l'on veut que des fonds soient à tout moment disponibles pour permettre à l'autorité contractante de procéder aux paiements prévus par l'accord d'enlèvement, il y a lieu de déterminer si des dispositions budgétaires appropriées doivent être prises à l'avance. Les paiements dus au titre d'un contrat d'enlèvement peuvent être garantis par les autorités du pays hôte ou par un organisme national ou international de garantie (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ____).

2. *Site du projet*

22. Lorsqu'un nouvel ouvrage doit être construit sur un terrain appartenant à l'autorité contractante ou qu'un ouvrage existant doit être modernisé ou rénové (projets "modernisation-exploitation-transfert" et "rénovation-exploitation-transfert"), c'est normalement à l'autorité contractante, en sa qualité de propriétaire du terrain ou de

l'ouvrage, de mettre celui-ci à la disposition du concessionnaire. L'autorité contractante cède souvent à celui-ci le titre de propriété du terrain ou de l'ouvrage, mais peut le conserver en donnant au concessionnaire un droit d'usage sur le terrain ou l'ouvrage et le droit d'y procéder à des travaux. Indépendamment de l'autorisation de caractère général que le législateur pourra être amené à accorder pour que l'autorité contractante puisse céder un bien relevant du domaine public au concessionnaire ou accorder à celui-ci le droit d'utiliser un tel bien (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", ____), il importe de tenir compte du régime de propriété auquel seront soumises les différentes catégories d'avoirs nécessaires à la réalisation et à l'exploitation de projets d'infrastructure ainsi que les procédures à suivre pour l'acquisition du terrain ou de l'ouvrage s'il n'appartient pas déjà à l'autorité contractante.

a) *Propriété des avoirs du projet*

23. Dans certains pays, la législation stipule que les ouvrages nécessaires à la prestation des services publics demeurent la propriété de l'autorité contractante. Il se peut toutefois que le concessionnaire réalise pendant la durée du projet des travaux importants sur l'ouvrage initialement reçu de l'autorité contractante ou construit par lui. Le concessionnaire peut également acquérir différents autres avoirs qui, sans être indispensables ou rigoureusement nécessaires à la prestation du service dont il s'agit, peuvent permettre d'exploiter l'ouvrage plus commodément ou plus efficacement, ou d'améliorer la qualité du service. Dans l'un et l'autre cas, des doutes peuvent surgir quant à la propriété des avoirs en question. Il faut être précis sur ce point afin de déterminer la nature et l'étendue des sûretés que le concessionnaire pourra constituer sur les avoirs du projet pour mobiliser les financements nécessaires (voir par. 34 à 36). Il faudra être précis aussi pour veiller à assurer un retour méthodique des avoirs à l'autorité contractante ou à un autre concessionnaire lors de l'expiration du projet dans le cas de projets de type "construction-exploitation-transfert" et de projets analogues (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ____). Il se peut que la législation comporte une définition générale des catégories d'avoirs qui doivent normalement demeurer la propriété de l'autorité contractante ou d'un autre organisme gouvernemental ou qui doivent obligatoirement faire retour à l'autorité contractante; il n'est pas absolument nécessaire que la législation comporte des dispositions détaillées sur ce point. En fait, différents pays ont considéré qu'il était nécessaire de stipuler dans la législation que l'accord de projet doit, selon qu'il convient, spécifier les avoirs qui demeureront la propriété de l'autorité contractante ou d'un autre organisme gouvernemental et ceux qui demeureront la propriété privée du concessionnaire.

b) *Acquisition des terrains nécessaires à l'exécution du projet*

24. Que l'ouvrage doive faire retour à l'autorité contractante ou qu'il doive rester définitivement la propriété du concessionnaire, il est souhaitable que les parties procèdent à un état des lieux au moment où il sont transférés au concessionnaire. Cette opération permet de réduire les litiges au moment où l'ouvrage est restitué à l'autorité contractante. L'accord de projet doit donc prévoir que les terrains et les ouvrages existants seront inspectés, métrés et délimités avant d'être remis au concessionnaire ou mis à sa disposition. Parmi les autres questions que règle normalement l'accord de projet figurent celle des procédures de transfert des terrains ou ouvrages et celle de la production des pièces documentaires nécessaires.

25. La situation peut être plus complexe quand les terrains n'appartiennent pas à l'autorité contractante et qu'il faut donc les acheter à leurs propriétaires. Le plus souvent, le concessionnaire n'est pas le mieux placé pour assumer la responsabilité de cet achat. Il risque de craindre les retards et les dépenses que peuvent entraîner les négociations avec différents propriétaires, souvent nombreux, et, dans certaines régions du monde, les recherches à entreprendre dans le cadastre pour analyser tous les transferts de propriété précédents et établir ainsi la validité du titre des différents propriétaires. Habituellement, par conséquent, c'est l'autorité contractante qui assume la responsabilité de fournir les terrains nécessaires à la réalisation du projet de façon à éviter les retards inutiles ou le renchérissement du coût du projet que peut entraîner l'acquisition des terrains. L'autorité contractante peut acheter ces derniers à leurs propriétaires ou, si besoin est, les exproprier. La procédure d'expropriation de biens privés moyennant le versement d'une indemnisation appropriée à leurs propriétaires, conformément à la législation en vigueur dans le pays hôte et aux règles pertinentes du droit international, est appelée de différentes façons dans la législation interne des divers pays mais, dans le *Guide*, elle est qualifiée simplement d'"expropriation".

26. 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 pourra être souhaitable de stipuler que toutes les évictions liées à un projet d'infrastructure à financement privé devront être réalisées par les voies les plus expéditives, par exemple, la procédure spéciale de déclaration d'utilité publique que connaissent certains pays (voir chap. VII, "Droit applicable" ____).

27. Le droit d'expropriation est en général dévolu à la puissance publique, mais la législation de certains pays autorise aussi des établissements publics ou prestataires de services publics (sociétés nationales de chemin de fer, compagnies d'électricité ou de téléphone, etc.) à prendre certaines mesures d'expropriation des biens privés nécessaires de 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, en particulier, il s'est révélé particulièrement utile de déléguer à la société concessionnaire le pouvoir d'entreprendre certaines démarches d'expropriation, l'État restant responsable 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 à l'État, encore que, dans certains cas, la loi autorise l'autorité contractante et le concessionnaire à s'entendre sur des arrangements différents, compte tenu du partage entre eux du coût de l'expropriation.

3. *Servitudes*

28. Dans certains cas, il faut non seulement acquérir les terrains sur lesquels sera aménagé l'ouvrage, mais encore s'assurer que le concessionnaire pourra y avoir accès lorsque l'ouvrage est ainsi situé que, pour s'y rendre, il faut traverser la propriété de tiers. De par sa nature même, le projet peut obliger le concessionnaire 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 et entretenir des postes de transformation ou de commutation, émonder les arbres qui gênent les lignes téléphoniques sur les terrains voisins, etc. Ce droit d'utiliser les biens de tiers à des fins précises ou pour y procéder à des travaux est dans le présent *Guide* qualifié du terme général de "servitudes".

29. 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, il n'est en général ni rapide ni économique de laisser le concessionnaire l'acquérir directement auprès des propriétaires. Le plus souvent, ce sont les pouvoirs publics qui procèdent à l'opération en même temps qu'ils procèdent à l'expropriation du site lui-même. L'acquisition forcée de servitudes est habituellement subordonnée, pour l'essentiel, aux mêmes conditions que l'expropriation, à savoir l'existence d'un intérêt public et le paiement d'une indemnisation appropriée conformément aux règles en vigueur dans le pays hôte et aux règles pertinentes du droit international.

30. On peut songer à une solution quelque peu différente: la loi elle-même prévoit les types de servitudes accordés au concessionnaire sans nécessairement exiger l'expropriation des terrains concernés. Cette solution peut s'appliquer dans le cadre de législations sectorielles, lorsque l'État pense être en mesure de déterminer à l'avance le minimum de servitudes qui seront nécessaires au concessionnaire. Par exemple, la loi régissant le secteur de la production de l'électricité peut fixer les conditions dans lesquelles le 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 ou aériennes, ou encore faire disparaître les obstacles situés le long des lignes ou empiétant sur la zone de sécurité.

31. Dans certains systèmes juridiques, cependant, le concessionnaire peut être tenu 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.

4. *Sûretés*

32. D'une manière générale, la constitution d'une sûreté sur les biens du débiteur donne au créancier privilégié essentiellement deux types de droits: un droit réel qui lui permet, en principe, de saisir ou de faire saisir par un tiers le bien grevé et de le vendre, et le droit d'être payé par priorité sur le produit de la vente du bien en cas de défaillance du débiteur. Selon la pratique financière habituelle, les prêteurs négocient des sûretés qui leur permettent de déclarer le débiteur défaillant et de prendre possession d'une entreprise qu'ils peuvent reprendre soit pour l'exploiter de manière à la remettre sur pied et de la revendre le moment venu, soit pour la conserver indéfiniment et percevoir les revenus qu'elle engendre. En outre, une sûreté peut jouer un rôle défensif ou préventif en veillant à ce qu'au cas où une tierce partie acquerrait les opérations du débiteur (par suite, par exemple, de défaillance ou de faillite ou directement du débiteur) l'intégralité du produit résultant de la vente de ces avoirs soit affectée en priorité au remboursement de l'encours des prêts.

33. Les sûretés jouent un rôle de premier plan dans le financement des projets d'infrastructure, en particulier lorsque le financement est structuré selon la modalité du "financement sur recettes". Le dossier de financement d'un projet d'infrastructure à financement privé comporte habituellement des dispositions détaillées en matière de garanties, lesquelles comprennent à la fois une sûreté sur les biens corporels utilisés aux fins du projet et une sûreté sur les avoirs incorporels détenus par le concessionnaire. Certaines des principales conditions auxquelles doit répondre une sûreté pour qu'elle puisse véritablement jouer son rôle sont exposées ci-dessous.

a) *Sûreté sur des biens corporels*

34. La négociation des dispositions à prendre en matière de garantie pour que le concessionnaire puisse obtenir un financement pour le projet peut généralement être facilitée si la législation du pays hôte autorise expressément la constitution de sûretés sur les avoirs corporels qui constituent l'ouvrage d'infrastructure. Toutefois, il peut y avoir des obstacles juridiques à la constitution de telles sûretés, en particulier lorsque les avoirs demeurent la propriété de l'autorité contractante ou d'un autre organisme gouvernemental pendant toute la durée du projet. Dans nombre de systèmes juridiques, le concessionnaire, s'il n'est pas investi du titre de propriété, ne sera pas autorisé à grever de tels avoirs ou n'aura qu'un droit limité de le faire.

35. Lorsqu'il existe des restrictions de ce type, la loi peut néanmoins faciliter la négociation d'une sûreté, par exemple, en indiquant les types d'avoirs sur lesquels elle peut être constituée ou les types de sûretés qui sont autorisés. Dans certains systèmes juridiques, le concessionnaire auquel a été accordé un bail ou un droit d'utilisation de certains avoirs peut constituer une sûreté sur ce bail ou sur ce droit d'utilisation. En outre, il peut également être constitué des sûretés lorsque la concession englobe différents types de biens du domaine public, par exemple, lorsqu'une société de chemin de fer, outre le droit d'utilisation de l'infrastructure publique, se voit accorder le titre de propriété des terrains adjacents (et pas seulement le droit de les utiliser).

36. Lorsqu'il est possible de créer une sûreté quelconque sur des avoirs appartenant à l'autorité contractante ou devant lui être retournés, ou sur des avoirs sur lesquels l'autorité contractante a contractuellement une option d'achat (voir chap. VI, "Achèvement du projet, proroga-

tion et résiliation", ____), la législation peut subordonner le droit pour le concessionnaire de créer de telles sûretés à l'approbation de l'autorité contractante. Afin de faciliter la constitution de sûretés, il peut être utile, en pareilles situations, d'habiliter l'autorité contractante à donner une telle approbation en insérant une disposition générale à cet effet dans l'accord de projet plutôt que d'exiger des approbations spécifiques pour chacun des avoirs sur lesquels une sûreté est constituée.

b) *Sûreté sur des avoirs incorporels*

37. Dans le cas d'un projet d'infrastructure, le principal avoir incorporel est la concession elle-même, c'est-à-dire le droit du concessionnaire d'exploiter l'ouvrage ou de fournir les services dont il s'agit. Dans la plupart des systèmes juridiques, la concession donne à son titulaire le droit d'administrer l'ensemble du projet et de conserver par devers lui les recettes qu'il génère. Ainsi, la valeur de la concession dépasse de beaucoup la valeur globale de tous les avoirs corporels faisant partie du projet. Comme le titulaire de la concession a habituellement le droit de posséder et d'aliéner tous les avoirs affectés au projet (à l'exception, le cas échéant, de ceux qui appartiennent à d'autres parties, comme l'autorité contractante ou un autre organisme gouvernemental), la concession englobe habituellement des avoirs corporels ou incorporels aussi bien actuels que futurs. Les prêteurs peuvent par conséquent considérer la concession comme un élément essentiel de la sûreté négociée avec le concessionnaire. Le nantissement de la concession elle-même peut avoir différents avantages pratiques pour le concessionnaire et les prêteurs, en particulier dans le cas des systèmes juridiques qui, autrement, n'autoriseraient pas la constitution d'une sûreté sur l'ensemble des avoirs d'une société ou qui ne reconnaissent généralement pas des sûretés non possessoires (voir chap. VII, "Droit applicable", ____). Ces avantages peuvent notamment être d'éviter la nécessité de créer une sûreté distincte pour chacun des avoirs affectés au projet, de permettre au concessionnaire de continuer à utiliser ces avoirs dans ses activités normales et de permettre le nantissement de certains avoirs sans en transférer la possession effective aux créanciers. De plus, un nantissement de la concession peut permettre aux prêteurs, en cas de défaillance du concessionnaire, d'éviter qu'il soit mis fin au projet en reprenant la concession et en faisant poursuivre le projet par un autre concessionnaire. Un nantissement de la cession peut par conséquent compléter utilement ou, dans certaines circonstances, remplacer un accord direct entre les prêteurs et l'autorité contractante concernant les droits de subrogation des prêteurs (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ____).

38. Dans certains systèmes juridiques, toutefois, certains obstacles peuvent empêcher le nantissement de la concession en l'absence d'autorisation expresse du législateur. Dans divers systèmes, des sûretés ne peuvent être constituées que sur des avoirs que le débiteur est libre d'aliéner. Comme, le plus souvent, le droit d'exploiter l'ouvrage n'est pas cessible sans le consentement de l'autorité contractante (voir par. 52 à 55), il se peut que certains systèmes juridiques empêchent le concessionnaire de constituer une sûreté sur la concession elle-même. Certains pays de tradition romaniste ont récemment publié des lois qui ont éliminé cet obstacle en créant une catégorie spéciale de sûretés, parfois désignées par des expressions comme "*hipoteca de concesión de obra pública*" ou "*prenda de concesión de obra pública*" ("hypothèque sur une concession de services publics" ou "nantissement de concession de services publics"), qui donnent généralement aux prêteurs une sûreté exécutoire sur l'ensemble des droits accordés au concessionnaire par l'accord de projet. Pour protéger l'intérêt général, la loi stipule que toute mesure des prêteurs tendant à faire valoir ce droit, dans les conditions à convenir d'un commun accord entre l'autorité contractante et les prêteurs, est subordonnée au consentement de l'autorité contractante. Certains pays de *common law* ont trouvé une solution un peu plus limitée consistant à établir une distinction entre le droit non cessible de réaliser une certaine activité en vertu d'une licence de l'État (c'est-à-dire les "droits publics" découlant de la licence) et le droit de percevoir les droits produits par la licence (c'est-à-dire les "droits privés").

39. Dans les pays où il peut ne pas être juridiquement possible d'autoriser la constitution d'une sûreté sur la concession elle-même, la législation pourra utilement habiliter expressément le concessionnaire à constituer une sûreté sur les droits économiques découlant de la concession ou sur les recettes en provenant. Ces recettes sont habituellement les droits perçus du public pour l'utilisation de l'ouvrage (par exemple, les péages sur une autoroute) ou le prix payé par les usagers des biens ou des services fournis par le concessionnaire (par exemple, les redevances d'électricité). Elles peuvent également comprendre les recettes de concessions accessoires. Une telle sûreté est fréquente dans les contrats de financement négociés avec les prêteurs. Elle peut également beaucoup faciliter l'émission d'obligations et d'effets négociables par le concessionnaire. Des dispositions légales reconnaissant le droit du concessionnaire de nantir les recettes provenant de projets d'infrastructure ont été promulguées récemment dans plusieurs pays.

c) *Nantissement des actions du concessionnaire*

40. La constitution d'une sûreté sur les actions du concessionnaire soulève en principe les mêmes questions que la cession de la concession (voir par. 52 à 55). Lorsque la concession ne peut être cédée ni dévolue à un tiers sans le consentement de l'autorité contractante, la législation interdit parfois la constitution d'une sûreté sur les actions du concessionnaire. Il convient cependant de noter que le nantissement des actions du concessionnaire est une forme de sûreté que les prêteurs utilisent fréquemment pour le financement de projets et qu'une interdiction générale de ce procédé limite inutilement les capacités qu'a le concessionnaire de mobiliser des capitaux pour le projet. Il peut donc être souhaitable, comme pour les autres formes de sûretés, que la législation autorise les actionnaires du concessionnaire à constituer une telle sûreté, sous réserve de l'approbation préalable de l'autorité contractante, lorsque celle-ci doit également approuver la cession de parts dans la société concessionnaire (voir par. 62).

5. *Statut juridique du concessionnaire*

41. 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 peut être attribué à titre collectif à un consortium. De telles dispositions se trouvent fréquemment aussi dans la législation nationale régissant les projets d'infrastructure à financement privé.

42. Dans la pratique des affaires, un consortium est un dispositif contractuel dans le cadre duquel un groupe d'entreprises s'engage 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 des travaux publics pour les grands travaux mobilisant des capitaux importants et exigeant des compétences techniques dans plusieurs domaines. Ils sont en général considérés comme une formation purement contractuelle qui n'a pas de personnalité juridique propre. Toutefois, il n'existe pas de régime juridique uniforme régissant les consortiums, lesquels peuvent relever de catégories différentes du droit des contrats et leur statut juridique, et les droits et les obligations des sociétés qui les composent varient d'un système juridique à un autre.

43. La constitution d'un consortium de projets présente des avantages en ce qu'elle donne, par exemple, à ses membres plus de latitude pour traiter entre eux. Le souci d'éviter la double imposition peut également dissuader de créer une personne morale 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. Il peut y avoir des cas aussi où l'autorité contractante souhaite conserver la faculté d'engager un consortium pour se doter d'une infrastructure en considération de l'ampleur ou de la nature du projet ou pour que tous les membres du consortium soient tenus solidairement responsables de la totalité de sa réalisation.

44. Pour les pays qui souhaitent se réserver cette faculté, la législation peut donner à l'entité adjudicatrice la possibilité d'attribuer le projet à un consortium ou d'exiger la constitution d'une personne morale indépendante par le consortium sélectionné, selon les 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 voulue entre les membres du consortium et la liaison avec l'autorité contractante et préciser l'étendue des responsabilités et des obligations de chacun des membres du consortium en ce qui concerne l'exécution du projet[2].

[2]Les questions liées à l'attribution de marchés 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 tenter une action contre des membres du consortium provenant de pays différents? Comment formuler les clauses de règlement de différend pour que tout litige entre l'autorité contractante 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 exécution données par des tiers et des garanties de qualité que doivent donner les membres du consortium? Quels accords secondaires doit éventuellement conclure l'autorité contractante? Y a-t-il des dispositions légales impératives qui régissent les accords conclus avec des groupes d'entreprises?

45. Le plus souvent, toutefois, la législation exige que le concessionnaire soit une personne morale indépendante. Du point de vue de l'autorité contractante, 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 peut être d'autant plus déterminante que les services ou les biens que ses membres doivent fournir sont plus importants. Comme en général une bonne part des éléments du passif et des obligations du concessionnaire, y compris à long terme (accord de projet, accords de prêts, garanties, marchés de travaux de construction), sont définis assez tôt, il est bon pour le concessionnaire d'avoir une personnalité indépendante dès le moment où ces instruments sont négociés.

46. Souvent, la législation du pays hôte exige que les entités auxquelles il est attribué des concessions de services publics soient constituées en personne morale de droit interne. Étant donné que les activités du concessionnaire présentent un intérêt général, l'autorité contractante exige souvent que le concessionnaire se conforme à la réglementation nationale en matière de comptabilité et de divulgation d'informations (par exemple, publication d'états financiers ou règles de publicité concernant certains actes sociaux). Toutefois, cela rend donc nécessaire l'existence dans le pays hôte d'un cadre égal approprié (voir chap. VII, "Droit applicable", ____). Si le concessionnaire peut se constituer facilement en société, compte dûment tenu des exigences de l'intérêt général bien compris, cela peut éviter des retards inutiles dans la réalisation du projet.

47. La date à laquelle le concessionnaire doit se constituer en société est une question à considérer à la lumière des divers intérêts que fait intervenir le projet. Soucieuses de passer aussi rapidement que possible à la phase d'exécution, les autorités contractantes peuvent être tentées d'exiger que le concessionnaire soit constitué aussi tôt que possible. Il importe néanmoins de ne pas oublier qu'avant l'attribution finale de la concession l'engagement ferme et définitif des prêteurs et autres bailleurs de fonds n'est pas nécessairement acquis, spécialement quand la mobilisation des fonds doit être faite par une personne morale distincte, comme c'est le cas pour le financement sur recettes (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. ___). Par conséquent, lorsque l'autorité contractante exige que les membres du consortium soumissionnaire retenu constituent une personne morale indépendante pour exécuter le projet, il est généralement souhaitable d'exiger que le concessionnaire soit constitué peu de temps après, mais pas avant, l'attribution du marché.

48. Une autre question importante se pose à propos de la constitution en société du concessionnaire: celle des apports de fonds propres nécessaires pour sa constitution. L'autorité contractante peut à bon droit exiger un montant de fonds propres de nature à assurer la solidité financière du concessionnaire et à garantir sa capacité de s'acquitter de ses obligations. L'investissement total requis ainsi que le rapport idéal entre l'endettement et les fonds propres varient d'un projet à l'autre, de sorte qu'il est habituellement 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 sans doute à déconseiller. Une solution plus souple consiste à indiquer dans l'appel d'offres le capital minimal requis pour la constitution du concessionnaire en société sous forme de pourcentage du coût total du projet. Si l'autorité contractante préfère négocier le montant ou le ratio de fonds propres proposé par le consortium soumissionnaire retenu, elle voudra sans doute se réserver le droit de parvenir à un capital minimal suffisant lors du processus de sélection.

49. Outre cette question du capital social minimal, les législations nationales peuvent régir les formes dans lesquelles le concessionnaire doit être constitué. Certaines législations exigent expressément une forme particulière, tandis que d'autres restent muettes. 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 leurs mises de fonds. Pour éviter l'apparition d'une responsabilité subsidiaire à l'égard des dettes du concessionnaire, les actionnaires de celui-ci préfèrent normalement lui donner une structure dans laquelle leur responsabilité se limite à la valeur de leurs parts du capital, celles d'une société anonyme, par exemple. Ils n'accepteront pas, normalement, d'entreprendre un projet qui leur impose une responsabilité illimitée à l'égard des dettes du concessionnaire.

50. Dans certains pays, la législation régit la portée des activités du concessionnaire et exige, par exemple, qu'elles se limitent 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 et ceux d'autres projets ou d'autres activités en rapport avec lui. Elles peuvent faciliter l'évaluation des résultats de chaque projet puisque les bénéfices ou déficits d'un projet ne peuvent venir en compensation des dettes ou des recettes d'autres projets ou activités.

51. Il se peut aussi que l'autorité contractante souhaite que les statuts du concessionnaire reflètent comme il convient les obligations que celui-ci assume dans l'accord de projet, lequel statue donc parfois qu'aucune modification des statuts du concessionnaire ne produit d'effet tant qu'elle n'a pas été approuvée par l'autorité contractante. Lorsque celle-ci ou un autre organisme gouvernemental participe à la société concessionnaire, il est parfois stipulé que certaines décisions exigent un vote positif de l'autorité contractante à l'assemblée générale ou au conseil d'administration. Quoi qu'il en soit, il importe de peser l'intérêt public représenté par l'État au regard de la nécessité de laisser au concessionnaire la marge de manœuvre dont il a besoin pour conduire ses affaires. La gestion courante du projet aurait à souffrir si des questions même mineures touchant les affaires internes de la société devaient systématiquement être préalablement approuvées par l'État. De plus, les dispositions de ce type risquent d'aggraver le risque que des pressions indues soient exercées sur le concessionnaire. S'il est jugé nécessaire d'exiger que l'autorité contractante approuve les amendements qu'il est proposé d'apporter aux statuts du concessionnaire, il est bon de limiter cette exigence aux dispositions considérées comme revêtant une importance essentielle, par exemple, celles qui concernent le montant du capital social, les catégories d'actions et les droits dont elles sont assorties, les procédures de liquidation, etc., lesquelles devront être précisées dans l'accord de projet.

6. *Cession de la concession*

52. Les concessions sont attribuées au regard des qualifications et de la réputation du concessionnaire et, dans la plupart des pays, elles ne sont pas librement cessibles. Les législations nationales, en fait, interdisent souvent toute cession de la concession sans l'assentiment de l'autorité contractante. Ces restrictions ont habituellement pour objet de faire en sorte que l'autorité contractante puisse contrôler les qualifications d'ouvrages ou de prestataires de services publics.

53. Il s'est révélé nécessaire dans certains pays de mentionner dans la législation les conditions dans lesquelles la cession d'une concession peut être approuvée avant l'échéance du contrat, par exemple, l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations prévues dans l'accord de projet et l'attestation que le nouveau concessionnaire dispose des capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service dont il s'agit. Des dispositions de ce type, qui sont de caractère général, peuvent être complétées dans l'accord de projet par des dispositions plus précises qui délimitent la portée des restrictions et indiquent les conditions dans lesquelles l'autorité contractante peut consentir à la cession. Il convient de noter toutefois que ces restrictions s'appliquent habituellement à la cession volontaire de ses droits par le concessionnaire et qu'elles n'écartent pas la possibilité d'une cession obligatoire de la concession à une entité désignée par les prêteurs à la suite d'un accord direct entre eux et l'autorité contractante, en vue d'éviter qu'il soit mis fin à la concession en raison d'une grave défaillance du concessionnaire (pour de plus amples détails, voir chap. V, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___).

54. Une autre situation qu'il peut y avoir lieu de réglementer par la loi concerne celle du transfert à un tiers de la responsabilité d'exécuter une des activités couvertes par l'accord de projet plutôt que de lui céder purement et simplement la concession. Lorsque le concessionnaire a le droit de fournir des services accessoires ou lorsque la concession porte sur des activités multiples qui peuvent être effectuées séparément, le concessionnaire peut souhaiter confier à une autre entité le soin de réaliser certaines de ses activités au moyen d'une cession partielle de ses droits en vertu de l'accord de projet. Cette session partielle est appelée "sous-concession" dans certains systèmes juridiques: 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, l'autorité contractante n'aura pas de raison impérieuse d'exclure totalement la possibilité d'une sous-concession à condition qu'elle puisse s'assurer de la solvabilité ou des compétences du sous-concessionnaire.

55. Une autre question connexe a trait à la méthode de sélection du concessionnaire. Dans certains pays, il existe une réglementation particulière qui régit l'attribution des marchés à des prestataires de services publics, et, dans certains pays, la législation exige expressément des appels d'offres pour l'attribution de sous-concessions. Ce type de mécanisme a souvent été mis en place à un moment où la quasi-totalité des infrastructures appartenaient à l'État ou étaient exploitées par lui, le secteur privé n'ayant dans l'investissement qu'un rôle mineur et marginal: il visait à garantir l'emploi mesuré, efficace, transparent et honnête des deniers publics. Cependant, lorsque les ouvrages d'infrastructure sont réalisés par les entités privées, il n'est peut-être plus aussi impératif, du point de vue de l'intérêt général, d'imposer au concessionnaire une procédure déterminée pour l'attribution de sous-concessions.

7. *Cessibilité des actions de la société de projet*

56. L'autorité contractante doit être soucieuse de veiller à ce que les membres originels du consortium de soumissionnaires retenus restent engagés dans la réalisation du projet pendant toute sa durée et que le contrôle assuré sur le concessionnaire ne soit pas transféré à des entités qui lui sont inconnues. Les concessionnaires sont sélectionnés pour la réalisation de projets d'infrastructure tout au moins en partie sur la base de leur expérience et de la capacité qu'ils ont de réaliser ce type de projet (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", ___). L'autorité contractante peut donc craindre à juste titre que, si les actionnaires du concessionnaire sont totalement libres de céder leurs investissements dans le projet, rien ne garantisse la capacité de l'entité qui fournira en fait les services dont il s'agit.

57. Certains pays ont introduit des restrictions concernant la cessibilité des actions de sociétés de prestations de services publics pour veiller à ce que celles-ci soient effectivement capables de fournir les services conformément aux normes et conditions convenues. Du point de vue du législateur, toutefois, il importe de tenir compte des inconvénients que peut avoir le fait d'imposer des limites à la cessibilité des investissements dans les sociétés concessionnaires ainsi que de la mesure dans laquelle de telles limites peuvent garantir la prestation des services promis.

58. Il se peut que l'autorité contractante soit rassurée par l'expérience dont le consortium retenu a apporté la preuve pendant la phase de présélection ainsi que par les garanties de bonne exécution fournies par les organisations dont relèvent le consortium originel et ses sous-traitants. Dans la pratique, toutefois, l'assurance que peut donner l'expérience apparente des actionnaires de la société concessionnaire ne doit pas être surestimée. Lorsqu'une personne morale distincte est créée pour réaliser le projet, ce qui est souvent le cas (voir par. 41 à 51), l'appui des actionnaires de la société concessionnaire au cas où le projet se trouverait en difficulté peut être limité à leurs apports de fonds. Ainsi, en soi, les restrictions imposées à la cessibilité des investissements dans la société concessionnaire peuvent ne pas constituer une protection suffisante contre le risque de défaillance du concessionnaire. En particulier, de telles restrictions ne sauraient se substituer à l'insertion dans l'accord de projet de clauses prévoyant des recours contractuels appropriés, ces clauses pouvant prévoir notamment la surveillance et la qualité des services fournis (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___), la résiliation de la concession sans indemnisation en cas de services non satisfaisants (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___) ou le remplacement du concessionnaire par un autre concessionnaire désigné par les prêteurs en accord avec l'autorité contractante (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___).

59. Il convient de noter en outre que, dans une certaine mesure, ce n'est pas seulement l'autorité contractante qui peut éprouver des craintes quant à la capacité du concessionnaire de s'acquitter comme il convient des obligations qui lui incombent en vertu de l'accord de projet. Les partenaires du concessionnaire, y compris les prêteurs, ont tout aussi intérêt que l'autorité contractante à veiller à ce que le concepteur, l'entrepreneur de travaux publics et la société d'exploitation honorent leurs obligations. Dans la pratique, des garanties contractuelles, des garanties de bonne exécution et des polices d'assurance (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure",___) peuvent assurer une meilleure protection contre un risque de défaillance que le fait d'obliger un partenaire défaillant à conserver ses actions.

60. Qui plus est, imposer des restrictions à la cessibilité des actions d'entreprises de services publics peut également avoir des inconvénients pour l'autorité contractante. Limiter le droit d'entreprises du secteur privé de céder leurs parts dans des projets d'infrastructure à financement privé risque aussi de restreindre la gamme des types d'investissements et des investisseurs éventuels et, ainsi, de renchérir le financement. Dans une perspective à long terme, le développement d'un marché sur lequel puissent s'échanger des investissements dans des projets d'infrastructure pourrait être entravé si des limites injustifiées sont apportées au droit des investisseurs de céder leurs participations dans des projets d'infrastructure à financement privé.

61. Comme indiqué ci-dessus (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", ___), de nombreux types de financements peuvent être fournis par des investisseurs différents, selon le profil des risques et la rémunération de l'investissement. Les investisseurs originels, comme entreprises de travaux publics ou fournisseurs de matériel, veilleront à ce que les risques plus élevés qu'ils assument soient rémunérés comme il convient, tandis que les investisseurs suivants pourront accepter un rendement moindre, dans la mesure où ils assument des risques qui sont moindres eux aussi. La plupart des investisseurs originels disposent de ressources limitées et doivent recycler leurs capitaux pour pouvoir participer à de nouveaux projets. Par conséquent, ils essaieront habituellement d'éviter d'immobiliser leurs capitaux dans des projets à longue échéance. À la fin de la période de construction, ils préféreront souvent vendre leurs participations à un bailleur de fonds secondaire qui peut accepter un rendement inférieur. Une fois les condi-

tions d'utilisation mieux assurées, l'opération pourra être refinancée. Toutefois, si le droit des investisseurs d'investir et de réinvestir leurs capitaux dans l'élaboration de projets est restreint par des contraintes concernant la transférabilité de leurs parts dans des projets d'infrastructure, on risque de renchérir le financement et il se peut même que, dans certaines circonstances, le financement d'un projet soit totalement impossible si certains investisseurs dont la participation peut être cruciale pour l'exécution du projet ne sont pas disposés à y prendre part.

62. Pour toutes ces raisons, il conviendra de ne réglementer la cession d'actions de la société concessionnaire qu'aux cas où de telles restrictions sont justifiées par d'impérieuses raisons liées à l'intérêt général. Un exemple peut être celui d'une autorité contractante ou d'un autre organisme public ayant confié à un concessionnaire des avoirs du domaine public (voir par. 23) ou d'un concessionnaire qui reçoit des prêts, des subventions, un apport de fonds ou d'autres formes de soutien direct des pouvoirs publics (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics",___). En pareil cas, l'autorité contractante, étant responsable de la bonne utilisation des deniers publics, doit avoir l'assurance que les fonds et les avoirs de l'État sont confiés à une société solide à laquelle les investisseurs originels s'engagent à participer pendant une période raisonnable. Une autre situation dans laquelle il pourrait être justifié d'imposer des restrictions à la cession d'actions de la société concessionnaire serait le cas dans lequel l'autorité contractante souhaiterait empêcher que les actions soient cédées à des investisseurs déterminés, par exemple, pour éviter la constitution d'oligopoles ou de monopoles des secteurs déréglementés (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", ___). Il peut y avoir lieu aussi d'éviter, par exemple, qu'une société qui s'est rendue coupable de malversation dans ses rapports avec un organisme public ne soit employée par un autre par le biais de l'acquisition d'une société concessionnaire.

63. Dans ces cas exceptionnels, l'on peut exiger des investisseurs originels qu'ils obtiennent le consentement préalable de l'autorité contractante avant de céder leurs parts. Il conviendra néanmoins de stipuler dans l'accord de projet que ce consentement ne devra pas être refusé ou retardé sans raison valable. Dans un souci de transparence, il pourra y avoir lieu aussi de stipuler dans la législation les motifs pour lesquels l'approbation peut être retirée et d'exiger de l'autorité contractante qu'elle motive tout refus. La durée de telles restrictions (qui peuvent, par exemple, s'appliquer à une phase déterminée du projet ou à toute période couverte par la concession) est une question qui devra être examinée à la lumière des circonstances. Dans le cas de certains projets, il pourra être possible de relâcher ces restrictions après l'achèvement de l'ouvrage. Il conviendra aussi d'indiquer dans l'accord de projet si ces restrictions éventuelles s'appliquent à la cession de toutes les actions dans la société concessionnaire ou si elles ne s'appliquent qu'à un investisseur déterminé (par exemple, une entreprise de travaux publics ou le concepteur de l'ouvrage) pendant la durée des travaux ou pendant une longue période après la fin des travaux.

8. *Durée de l'accord de projet*

64. La législation de certains pays contient des dispositions qui limitent la durée des concessions de services publics à un certain nombre d'années. Certaines législations posent une limite générale pour la plupart des projets d'infrastructure et des limites spéciales pour les projets réalisés dans des secteurs spécifiques. Dans d'autres pays, enfin, il n'est imposé de durée maximale que dans certains secteurs de l'infrastructure.

65. 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, la période pendant laquelle les services à fournir seront requis, la durée de vie utile des avoirs affectés au projet, la rapidité de l'évolution des technologies utilisées ou le temps que le concessionnaire mettra à rembourser ses dettes et à amortir ses investissements de départ. Comme il est difficile de fixer par la voie législative une limite de durée qui s'appliquerait à tous les projets d'infrastructure, il conviendra d'envisager d'adopter des solutions qui laissent à l'autorité contractante une certaine marge de manœuvre pour négocier, dans chaque cas, une durée appropriée compte tenu des caractéristiques du projet dont il s'agit.

66. Dans certains systèmes juridiques, il existe des dispositions qui exigent que toutes les concessions soient sujettes à une limitation de durée, sans toutefois spécifier le nombre d'années. Parfois, la loi se borne à indiquer les éléments qui doivent être pris en compte pour déterminer la durée de la concession (par exemple, nature et montant de l'investissement que doit effectuer le concessionnaire ou période normale d'amortissement des ouvrages et installations dont il s'agit). Certaines lois portant sur des projets ou des secteurs spécifiques prévoient un système mixte, dans lequel l'accord de projet fixe l'échéance de la concession à la fin d'une certaine période ou à la date, si celle-ci est antérieure, à laquelle le concessionnaire a remboursé intégralement ses dettes et à laquelle il a été enregistré un certain niveau de revenus, un certain niveau de production ou un certain niveau d'utilisation.

67. Toutefois, lorsqu'il est jugé nécessaire d'adopter par la loi une disposition limitative de la durée de la concession, le délai fixé doit être assez long pour laisser au concessionnaire le temps de rembourser intégralement ses dettes et de dégager un profit raisonnable. Enfin, il peut être utile d'autoriser l'autorité contractante, dans des cas exceptionnels, à convenir de périodes plus longues, compte tenu du montant de l'investissement à effectuer et du temps qu'il faudra pour l'amortir, et sous réserve de procédures d'approbation spéciales.

[A/CN.9/458/Add.6]

CHAPITRE V. CONSTRUCTION ET EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE

Recommandations concernant la législation

1. *Sous-traitance (voir par. 2 à 4)*

1. Le pays hôte voudra peut-être prévoir:

a) Que le concessionnaire soit autorisé à conclure des contrats, au besoin, pour l'exécution de travaux publics ainsi que pour l'exploitation et la maintenance de l'infrastructure. L'autorité contractante devrait être informée des noms et qualifications des sous-traitants engagés par le concessionnaire;

b) Que, sans préjudice de ce qui précède, l'autorité contractante puisse se réserver le droit d'examiner et d'approuver les contrats que le concessionnaire a conclus avec ses propres actionnaires ou associés. En principe, l'autorité contractante ne devrait pas refuser de donner son approbation, sauf si lesdits contrats contiennent des dispositions manifestement contraires à l'intérêt public ou aux règles impératives relevant du droit public.

2. *Projets de construction (voir par. 5 à 17)*

2. Le pays hôte voudra peut-être prévoir:

a) Que, le cas échéant, l'accord de projet détermine les procédures d'examen et d'approbation, par l'autorité contractante, des plans et spécifications de l'ouvrage;

b) Que l'accord de projet indique les circonstances précises dans lesquelles l'autorité contractante peut ordonner une modification des modalités de construction; l'indemnité devant, le cas échéant, être versée au concessionnaire afin de couvrir les dépenses supplémentaires occasionnées par une telle modification; les procédures permettant de vérifier le montant de ces dépenses et de les couvrir; ainsi que les circonstances et les montants en dehors desquels le concessionnaire ne devrait plus être tenu d'effectuer la modification;

c) Que l'autorité contractante puisse, au besoin, se réserver le droit de surveiller la construction de l'infrastructure ou les améliorations apportées à celle-ci afin de veiller au respect des normes techniques ayant reçu son agrément. Toute suspension du projet ordonnée par l'autorité contractante ne devrait pas excéder la durée nécessaire, compte tenu des circonstances à l'origine de la demande de suspension du projet;

d) Que les accords de projet établissent les procédures d'essai et d'inspection finale de l'ouvrage, de ses équipements et dépendances. Lorsque la loi exige que l'ouvrage reçoive l'agrément de l'autorité contractante, cet agrément ne devrait être refusé que si l'ouvrage s'avère incomplet ou défectueux.

3. *Exploitation de l'infrastructure (voir par. 18 à 46)*

3. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet détermine, au besoin, l'étendue des obligations auxquelles doit satisfaire le concessionnaire pour assurer:

a) L'expansion du service afin de répondre à la demande de la communauté ou du territoire desservis;

b) La continuité du service, sauf lorsqu'il est impossible de fournir ce service en raison d'un empêchement exonératoire, comme prévu dans l'accord de projet;

c) La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques à tous les usagers, à l'exception de distinctions raisonnables entre les catégories d'usagers fondées sur des motifs objectifs, comme prévu dans l'accord de projet;

d) L'accès non discriminatoire, le cas échéant, d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructure publique exploité par le concessionnaire, selon les conditions fixées dans l'accord de projet.

4. Si les prix pratiqués par le concessionnaire sont soumis à un contrôle externe assuré par un organisme réglementaire, le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet détermine les mécanismes permettant de modifier périodiquement ou exceptionnellement les formules de révision des prix.

5. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet détermine:

a) La mesure dans laquelle le concessionnaire est tenu de fournir à l'autorité contractante ou à un organisme réglementaire, selon le cas, des rapports et d'autres éléments d'information sur ses activités;

b) Les procédures permettant de contrôler les résultats du concessionnaire et de prendre les mesures raisonnables que l'autorité contractante jugera nécessaires pour faire en sorte que l'infrastructure soit correctement entretenue et que les services soient fournis conformément aux dispositions légales et contractuelles applicables.

6. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que, sous réserve de l'approbation de l'autorité contractante, le concessionnaire puisse édicter et appliquer des règles relatives à l'utilisation de l'infrastructure.

4. *Garanties de bonne fin et assurance (voir par. 47 à 58)*

7. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet détermine:

a) La nature, la durée et le montant des garanties de bonne fin que le concessionnaire sera éventuellement tenu de fournir en rapport avec la construction et l'exploitation de l'infrastructure;

b) La nature et le montant des polices d'assurance que le concessionnaire sera éventuellement tenu de souscrire pour se couvrir contre les accidents du travail, les atteintes à l'environnement, les fautes engageant sa responsabilité civile envers le public et les employés, les dommages matériels ainsi que d'autres assurances pouvant être nécessaires pour permettre l'exploitation continue de l'infrastructure.

5. *Changements de circonstances (voir par. 59 à 68)*

8. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet détermine les mécanismes permettant de revoir les conditions fixées dans celui-ci à la suite d'une modification de la législation ayant une incidence particulière sur le projet, sur une catégorie de projets similaires ou sur les projets d'infrastructure à financement privé en général, ou à la suite d'autres changements d'ordre économique ou financier qui, s'ils n'empêchent pas le concessionnaire de s'acquitter des obligations qu'il a souscrites, rendent le respect de ces obligations bien plus onéreux que prévu au départ.

6. *Clauses exonératoires (voir par. 69 à 79)*

9. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet détermine les circonstances dans lesquelles l'une ou l'autre partie peut être exonérée de responsabilité si elle ne s'acquitte pas d'une quelconque obligation au titre de l'accord ou s'en acquitte avec retard en raison d'un événement échappant à son contrôle raisonnable qui l'empêche de respecter ses obligations et qu'elle n'a pas pu surmonter en exerçant la diligence voulue.

7. *Défaillances et recours (voir par. 80 à 91)*

10. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet détermine les recours dont peuvent se prévaloir l'autorité contractante et le concessionnaire en cas de défaillance de l'autre partie.

11. Le pays hôte voudra peut-être prévoir en particulier:

a) Que, si le concessionnaire manque gravement aux obligations qu'il a souscrites au titre de l'accord de projet, l'autorité contractante puisse reprendre provisoirement l'exploitation de l'infrastructure afin d'assurer la prestation efficace et ininterrompue du service;

b) Que l'autorité contractante puisse conclure avec les prêteurs des accords leur permettant de désigner un nouveau concessionnaire dans le cadre de l'accord de projet en vigueur si le concessionnaire manque gravement à l'obligation de fournir le service requis au titre de cet accord ou si surviennent d'autres événements donnés qui pourraient justifier la résiliation de l'accord de projet.

Notes sur les recommandations concernant la législation

A. *Observations générales*

1. Les conditions de construction et d'exploitation d'une infrastructure peuvent varier considérablement d'un projet à l'autre. Par conséquent, il n'est généralement pas souhaitable d'essayer de réglementer, au moyen d'une législation générale, tel ou tel aspect des droits et obligations mutuels du concessionnaire et de l'autorité contractante. Néanmoins, dans la plupart des projets d'infrastructure se poseront des problèmes sur lesquels devront probablement se pencher les organes législatifs. Par exemple, il faudrait peut-être conférer à l'autorité contractante des pouvoirs particuliers lui permettant de conclure les arrangements contractuels nécessaires pour traiter convenablement certains problèmes. En outre, les pouvoirs publics souhaiteront peut-être faire en sorte que certaines questions récurrentes liées à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé soient résolues de manière prévisible et cohérente.

B. *Sous-traitance*

2. En raison de la complexité des projets d'infrastructure, le concessionnaire s'assure généralement les services d'une ou plusieurs entreprises de construction qui exécutent en tout ou en partie les travaux dans le cadre de l'accord de projet. En outre, le concessionnaire souhaitera peut-être aussi s'assurer les services d'entrepreneurs expérimentés dans l'exploitation et la maintenance d'infrastructures pendant la phase d'exploitation du projet. Les lois de certains pays reconnaissent généralement au concessionnaire le droit de conclure les contrats nécessaires à l'exécution des travaux de construction. Une disposition législative reconnaissant au concessionnaire le droit de sous-traiter peut être particulièrement utile dans les pays où la possibilité pour les entrepreneurs publics de conclure des contrats de sous-traitance est restreinte.

3. Dans certains pays, la liberté dont jouit le concessionnaire pour engager des sous-traitants est limitée par des règles qui prescrivent le recours à des appels d'offres et à des procédures similaires pour l'octroi de contrats de sous-traitance par les prestataires de services publics. Ces dispositions législatives ont souvent été adoptées à une époque où les infrastructures étaient principalement ou exclusivement exploitées par l'État et où les investissements du secteur privé étaient peu importants, voire marginaux. Elles avaient pour but d'assurer une utilisation parcimonieuse, rationnelle, intègre et transparente des fonds publics. Toutefois, dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé, il n'existe probablement plus aucun motif impérieux d'intérêt public pour indiquer au concessionnaire la procédure à suivre en vue de l'octroi de contrats. Au contraire, ce type de disposition risque de décourager les investisseurs potentiels, étant donné que les promoteurs du projet comptent généralement parmi eux des sociétés d'ingénierie et des entreprises de construction qui participent au projet dans l'espoir de se voir attribuer les principaux contrats pour l'exécution des travaux de construction et autres.

4. La latitude dont dispose le concessionnaire pour sélectionner ses sous-traitants n'est pas illimitée pour autant. Dans certains pays, le concessionnaire doit indiquer, dans sa proposition, les entrepreneurs qui seront retenus et fournir des informations sur leurs compétences techniques et leur situation financière. D'autres pays soit exigent que ces éléments d'information soient communiqués lors de la conclusion de l'accord de projet, soit soumettent ce type de contrat à l'examen et à l'approbation préalables de l'autorité contractante. Ces dispositions visent à éviter d'éventuels conflits d'intérêt entre la société de projet et ses actionnaires, aspect qui, en principe, intéresse également les prêteurs, qui souhaiteront peut-être s'assurer que les entrepreneurs de la société de projet ne sont pas surpayés. En tout état de cause, si l'on juge nécessaire de

conférer à l'autorité contractante le droit d'examiner et d'approuver les contrats de sous-traitance de la société de projet, l'accord de projet devra déterminer clairement le but de ces procédures d'examen et d'approbation ainsi que les circonstances dans lesquelles l'autorité contractante peut refuser de donner son approbation. En règle générale, aucun refus ne doit normalement être opposé sauf s'il apparaît que les contrats de sous-traitance contiennent des dispositions manifestement contraires à l'intérêt public (par exemple, rémunération excessive des sous-traitants ou limitation abusive de la responsabilité) ou contraires aux règles impératives relevant du droit public applicables à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé dans le pays hôte.

C. *Projets de construction*

5. Les lois et réglementations nationales relatives aux contrats traditionnels de travaux publics contiennent souvent des dispositions détaillées sur l'exécution des travaux et les procédures permettant de s'assurer que les entrepreneurs se conforment aux études et autres spécifications du projet. Les autorités passant un contrat pour la construction d'un ouvrage jouent généralement le rôle de l'employeur dans le cadre dudit contrat et exercent des droits de surveillance et d'inspection étendus, qu'il s'agisse du droit d'examiner le projet de construction et d'en demander la modification, de surveiller étroitement les travaux de construction et leur avancement par rapport au calendrier, d'inspecter et d'approuver officiellement l'ouvrage achevé et de donner l'autorisation finale d'exploitation.

6. À l'inverse, dans de nombreux projets d'infrastructure à financement privé, l'autorité contractante peut envisager une répartition différente des tâches entre le secteur public et le secteur privé. Au lieu d'assurer directement la gestion des différents aspects du projet, elle préférera probablement confier cette mission au concessionnaire en lui demandant d'assumer la pleine responsabilité de l'achèvement des travaux de construction dans les délais. Le concessionnaire souhaitera lui aussi que le projet soit achevé dans les temps et que les estimations de coût ne soient pas dépassées, et négociera en principe des contrats clefs en main forfaitaires à délais fixes assortis de garanties de bonne fin fournies par les constructeurs. Par conséquent, s'agissant des projets d'infrastructure à financement privé, c'est le concessionnaire qui, dans l'essentiel, joue le rôle de l'employeur dans le cadre des contrats de construction.

7. Il s'ensuit que les lois et réglementations régissant les contrats traditionnels de travaux publics ne conviennent probablement pas toujours aux projets d'infrastructure à financement privé. C'est pourquoi, dans certains pays, les dispositions législatives concernant la construction d'infrastructures à financement privé se limitent à énoncer en termes généraux l'obligation qu'a le concessionnaire d'exécuter les travaux publics conformément aux dispositions de l'accord de projet et confèrent à l'autorité contractante le droit général de surveiller l'avancement des travaux afin de veiller au respect des dispositions dudit accord. Des dispositions plus détaillées sont ensuite élaborées dans le cadre de l'accord de projet.

1. *Examen et approbation des plans de construction*

8. Si l'on juge nécessaire de légiférer sur les projets de construction et les questions connexes, il est souhaitable de mettre au point des procédures tendant à éviter que les délais d'exécution et les coûts de construction ne dépassent les estimations et à réduire les risques de différends entre le concessionnaire et les autorités publiques concernées. Par exemple, lorsque les dispositions législatives exigent que l'autorité contractante examine et approuve le projet de construction, l'accord de projet devrait fixer un délai pour l'examen du projet de construction et disposer que ce dernier est considéré comme approuvé si l'autorité contractante n'a formulé aucune objection dans ce délai. Il serait également utile de préciser, dans l'accord de projet, les motifs (sécurité, défense, sûreté, protection de l'environnement ou non-respect des spécifications) pour lesquels l'autorité contractante peut soulever des objections ou demander la modification du projet.

9. On notera que, dans certains systèmes juridiques, la partie exerçant un contrôle absolu sur l'établissement des plans ou spécifications d'un projet de construction peut assumer une certaine part de responsabilité pour les défauts découlant des insuffisances des plans ou spécifications approuvés. Il peut donc être souhaitable de préciser dans l'accord de projet que l'autorité contractante n'assume aucune responsabilité à cet égard sauf si elle a elle-même fourni les plans et spécifications au départ (voir également chap. III, "Sélection du concessionnaire", ___).

2. *Modification des modalités du projet*

10. Pendant la construction d'une infrastructure, il n'est pas rare qu'il soit nécessaire, voire souhaitable, de modifier certains aspects de la construction. L'autorité contractante souhaitera donc peut-être conserver le droit d'ordonner la modification d'aspects comme l'étendue de la construction, les caractéristiques techniques des équipements ou matériaux à incorporer dans l'ouvrage ou encore les services liés à la construction qui sont requis compte tenu des spécifications. Ces changements sont appelés "modifications" dans le *Guide*. Au sens du *Guide*, le mot "modifications" ne désigne pas les ajustements ou révisions de tarifs et de prix découlant de la variation des coûts ou de la fluctuation des monnaies (voir par. 32 à 37). De même, la renégociation de l'accord de projet en cas d'importants changements de circonstances (voir par. 59 à 68) n'est pas considérée dans le *Guide* comme une modification.

11. Étant donné la complexité de la plupart des projets d'infrastructure, la nécessité de modifier les spécifications de l'ouvrage ou d'autres modalités du projet n'est pas à exclure. Toutefois, une telle modification retarde souvent l'exécution du projet ou la fourniture du service public; elle risque aussi de rendre l'exécution de l'accord de projet plus onéreuse pour le concessionnaire. En outre, les frais occasionnés par la réalisation de vastes modifications peuvent excéder la capacité financière du concessionnaire, ce qui exigera l'apport de fonds supplémentaires importants qu'il ne sera peut-être pas possible de se procurer à un coût acceptable. Aussi est-il souhaitable que l'autorité contractante envisage des mesures permettant de limiter la nécessité d'éventuelles modifications. La qualité des

études de faisabilité réalisées par l'autorité contractante et des spécifications fournies pendant la procédure de sélection (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", ___) est un facteur essentiel si l'on veut éviter d'avoir à modifier ultérieurement le projet.

12. Il faudra donner au concessionnaire l'assurance qu'il n'assumera pas de frais ou une responsabilité supplémentaires en cas de retard dû à des modifications demandées par l'autorité contractante. Aussi est-il souhaitable d'exiger que l'accord de projet indique les circonstances précises dans lesquelles l'autorité contractante peut ordonner une modification des modalités de construction ainsi que l'indemnité devant, le cas échéant, être versée au concessionnaire pour couvrir les frais supplémentaires occasionnés par cette modification. L'accord de projet devrait également préciser dans quelle mesure le concessionnaire est tenu d'effectuer ces modifications, s'il peut s'y opposer et pour quels motifs. De plus, conformément à une pratique contractuelle courante dans certains systèmes juridiques, il serait souhaitable d'indiquer dans l'accord de projet que le concessionnaire sera dégagé de ses obligations si le montant des frais supplémentaires occasionnés par la modification dépasse un plafond donné.

13. À cet égard, plusieurs solutions d'ordre contractuel ont été appliquées dans des contrats de construction de grands ouvrages afin de déterminer dans quelle mesure l'entrepreneur est tenu d'effectuer des modifications et quels ajustements doivent être apportés au prix ou à la durée du contrat[1]. Ces mêmes solutions peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* aux modifications demandées par l'autorité contractante dans le cadre de l'accord de projet. Il faut toutefois noter que, dans les concessions d'infrastructure, la société de projet est rémunérée sous la forme de droits versés par les usagers ou de montants perçus en échange de produits fournis par l'infrastructure et non sous la forme d'une somme globale pour les travaux de construction. C'est pourquoi les mécanismes d'indemnisation utilisés dans le cas des concessions d'infrastructure combinent parfois plusieurs éléments allant du versement de sommes forfaitaires à l'augmentation des tarifs en passant par l'extension de la période de concession. Par exemple, certaines modifications risquent d'entraîner des frais supplémentaires que le concessionnaire pourrait prendre à sa charge ou financer lui-même et amortir en ajustant les tarifs ou le mode de paiement selon le cas. Si le concessionnaire n'est pas en mesure de financer les modifications à lui seul, les parties souhaiteront peut-être envisager le versement de sommes forfaitaires au lieu de mettre en place une structure de refinancement coûteuse et complexe.

3. *Pouvoirs de surveillance de l'autorité contractante*

14. Dans certains systèmes juridiques, les organismes publics achetant des projets de construction se réservent habituellement le droit d'ordonner la suspension ou l'interruption des travaux pour des motifs d'intérêt public. Toutefois, afin de rassurer les investisseurs potentiels, il peut être utile de limiter la possibilité d'une telle intervention aux seules circonstances exceptionnelles et de stipuler que cette interruption ne doit pas dépasser la durée ou l'étendue nécessaire, compte tenu des circonstances ayant donné lieu à la demande de suspension ou d'interruption des travaux. Il peut également être utile de fixer une durée maximale de suspension et de prévoir l'indemnisation du concessionnaire pour toute suspension dépassant cette durée. En outre, des garanties peuvent être données pour assurer l'indemnisation du concessionnaire en cas de pertes occasionnées par la suspension du projet (voir également chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ___).

15. Les dispositions concernant l'inspection finale et l'approbation de l'ouvrage par l'autorité contractante peuvent revêtir une importance particulière au regard de la réglementation en matière de santé, de sécurité, de construction ou de travail. Elles peuvent également présenter de l'importance dans le cas d'installations soumises à un contrôle réglementaire (pour des raisons de sécurité ou d'autres raisons similaires) ou lorsque les pouvoirs publics sont directement ou résiduellement responsables envers le public des dommages ou blessures imputables à des défauts de construction de l'installation.

16. L'accord de projet devrait déterminer précisément quels seront la nature des essais d'achèvement ou de l'inspection dont l'ouvrage achevé fera l'objet, le calendrier de ces essais (par exemple, il pourrait être opportun d'entreprendre des essais partiels étalés dans le temps plutôt qu'un seul essai final), les conséquences à supporter en cas d'essai non concluant, et qui se chargera d'organiser les ressources utilisées pour les essais et de financer les dépenses correspondantes. L'approbation finale de l'ouvrage par l'autorité contractante est généralement une condition préalable à l'autorisation d'exploitation. Dans certains pays, on a jugé utile d'autoriser l'exploitation de l'installation à titre provisoire en attendant l'approbation finale de l'autorité contractante et de laisser au concessionnaire la possibilité de corriger les vices pouvant être découverts à ce stade. Lorsque les questions de réglementation ou de responsabilité ne sont pas la préoccupation immédiate de l'autorité contractante, celle-ci peut se contenter de demander au concessionnaire de réaliser lui-même ces essais et de garantir dûment que l'installation remplit toutes les conditions pour être exploitée.

17. S'agissant des projets exigeant la remise de l'installation et des actifs connexes à l'autorité contractante à l'issue de la période de concession (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___), tels que les projets "construction-exploitation-transfert" (CET) et d'autres projets similaires, ou lorsque l'exploitation est confiée à l'autorité contractante immédiatement après l'achèvement des travaux de construction, il importe de fixer dans l'accord de projet les conditions requises pour assurer la durabilité de l'installation en cours de construction au-delà de la période de concession. De même, l'autorité contractante doit être certaine qu'elle recevra tous les éléments nécessaires pour exploiter l'installation sur le long terme, en particulier les dessins, les registres et fichiers de maintenance tenus lorsque l'installation était exploitée par le concessionnaire ainsi que tout manuel d'exploitation et de maintenance mis

[1]Pour un examen des approches et solutions possibles utilisées dans les contrats de construction d'installations industrielles complexes, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.10), chap. XXIII, "Clauses de modification".

au point. Il importe également de prévoir une formation adaptée pour le personnel de l'autorité contractante avant la remise définitive de l'installation.

D. *Exploitation de l'infrastructure*

18. Pendant la phase d'exploitation, le concessionnaire se charge d'exploiter et d'entretenir l'infrastructure ainsi que d'encaisser les recettes provenant des usagers. Les conditions d'exploitation et de maintenance de l'infrastructure ainsi que les normes de qualité et de sécurité sont souvent fixées dans la loi et énoncées de manière détaillée dans l'accord de projet. Dans les pays disposant d'une législation générale sur les concessions, la loi pourrait, par exemple, se limiter à décrire brièvement les principales obligations incombant aux prestataires de services publics et renvoyer à l'accord de projet. Lorsqu'une législation spécifique est nécessaire pour permettre à l'autorité contractante de mener à bien certains types de projets, celle-ci prend la forme d'une loi qui fixe généralement les conditions d'exploitation et de maintenance des infrastructures concernées et que viennent compléter des dispositions plus détaillées énoncées dans des réglementations régissant le type d'infrastructure visé ainsi que dans l'accord de projet. Cette approche est commune à plusieurs systèmes juridiques. En outre, plus particulièrement dans les secteurs de l'électricité, de l'eau, de l'assainissement et des transports publics, l'autorité contractante ou un organisme réglementaire indépendant peut exercer une fonction de surveillance de l'exploitation de l'installation. Un examen approfondi des aspects juridiques relatifs aux conditions d'exploitation des infrastructures dépasserait le cadre du présent *Guide*. C'est pourquoi seuls quelques-uns des principaux aspects sont brièvement présentés dans les paragraphes qui suivent.

19. Les dispositions réglementaires concernant l'exploitation des infrastructures et les conditions fixées par la loi pour fournir des services publics répondent à plusieurs objectifs d'intérêt public. Étant donné la durée habituellement longue des projets d'infrastructure, ces dispositions et conditions risquent de devoir être modifiées pendant l'existence de l'accord de projet. Il ne faut toutefois pas oublier que le secteur privé a besoin d'un cadre réglementaire stable et prévisible. Modifier les réglementations ou introduire fréquemment des règles nouvelles et plus strictes risque d'entraver l'exécution du projet et d'en compromettre la viabilité financière. Par conséquent, si les parties peuvent conclure des arrangements contractuels pour parer aux effets préjudiciables de changements apportés ultérieurement aux réglementations (voir par. 60 à 63), les organismes réglementaires n'en ont pas moins tout intérêt à éviter d'adopter trop de réglementations ou de modifier trop fréquemment les règles en vigueur.

1. *Obligations générales des prestataires de services publics*

20. Dans plusieurs systèmes juridiques, les entités qui fournissent des services publics ont certaines obligations particulières envers leurs usagers ou clients ou envers d'autres prestataires de services publics. Les obligations les plus courantes sont examinées ci-après.

a) *Extension des services*

21. Dans certains systèmes juridiques, une entité qui, dans le cadre d'une concession publique, fournit certains services essentiels (par exemple, de l'électricité ou de l'eau potable) à une collectivité ou à un territoire et à ses habitants est considérée comme souscrivant à l'obligation de disposer d'une installation raisonnablement adaptée pour satisfaire la demande de la collectivité ou du territoire en question. Cette obligation non seulement se rapporte à la demande initiale au moment où la concession a été accordée, mais implique également la nécessité de tenir compte de la croissance de la collectivité ou du territoire desservi et de développer progressivement l'installation dans la mesure nécessaire pour répondre à la demande raisonnable de cette collectivité ou de ce territoire. Dans certains systèmes juridiques, l'obligation relève d'un devoir public qui peut être invoqué par tout membre de la collectivité ou résident du territoire concerné. Dans d'autres systèmes juridiques, il s'agit d'une obligation légale ou contractuelle que peuvent faire respecter l'autorité contractante ou un organisme réglementaire, selon le cas.

22. Cette obligation, lorsqu'elle existe, n'est ni absolue ni illimitée. Le devoir qu'a le concessionnaire de développer ses installations dépend, dans certains systèmes juridiques, de plusieurs facteurs tels que la nécessité et le coût d'une telle extension ainsi que les recettes que l'on compte en tirer; la situation financière du concessionnaire; l'intérêt public que présente l'extension; et l'étendue des obligations assumées à cet égard par le concessionnaire au titre de l'accord de projet. Dans certains systèmes juridiques, le concessionnaire peut être tenu de développer ses installations même si cette extension n'est pas rentable dans l'immédiat ou même si, du fait de l'extension, le territoire desservi par le concessionnaire risque à terme d'inclure des zones non rentables. Cette obligation est néanmoins soumise à certaines restrictions, puisque le concessionnaire n'est pas tenu de procéder à des extensions qui constituent une charge excessive pour lui ou ses clients. Suivant le cas, le coût des extensions peut être pris en charge par le concessionnaire, répercuté sur les clients ou utilisateurs finaux sous la forme d'augmentations de prix ou de charges exceptionnelles ou encore financé en tout ou en partie par l'autorité contractante ou par un autre organisme public au moyen de subventions ou d'aides. Étant donné la diversité des facteurs devant éventuellement être pris en considération pour évaluer le caractère raisonnable d'une extension donnée, il est souhaitable d'exiger que l'accord de projet détermine les circonstances dans lesquelles le concessionnaire peut être contraint de développer ses installations de service ainsi que les méthodes appropriées permettant de financer les dépenses occasionnées par une telle extension.

b) *Continuité du service*

23. Les prestataires de services publics ont également pour obligation d'assurer la fourniture continue du service dans la plupart des circonstances, sauf lorsque surviennent des événements exonératoires bien définis (voir également par. 70 à 73). Dans certains systèmes juridiques, il s'agit d'une obligation légale qui s'applique même lorsqu'elle n'est pas expressément stipulée dans l'accord de projet. Le corollaire de cette règle, dans les systèmes juridiques où elle

existe, est que les différentes circonstances qui, conformément aux principes généraux du droit des contrats, pourraient autoriser l'une des parties au contrat à suspendre ou à interrompre l'exécution de ses obligations (difficultés économiques ou non-respect des obligations par l'autre partie) ne peuvent être invoquées par le concessionnaire pour suspendre ou interrompre, en tout ou en partie, la prestation d'un service public. Dans certains systèmes juridiques, l'autorité contractante peut même jouir de pouvoirs d'exécution spéciaux l'autorisant à obliger le concessionnaire à reprendre sa prestation en cas d'interruption illégale.

24. Cette obligation doit, elle aussi, revêtir un caractère raisonnable. Plusieurs systèmes juridiques reconnaissent au concessionnaire le droit de recevoir une juste indemnité s'il doit fournir ses services dans des situations difficiles (voir par. 74 à 79). En outre, dans certains systèmes juridiques, on considère qu'un prestataire de services publics peut ne pas être tenu de fournir ses services s'il encourt des pertes. Si le service public dans son ensemble, et pas seulement une ou plusieurs de ses branches ou encore un ou plusieurs territoires desservis par lui, n'est plus rentable, le concessionnaire peut prétendre à une indemnité directement versée par l'autorité contractante ou être habilité à résilier l'accord de projet. Or, la résiliation de l'accord exige en principe le consentement de l'autorité contractante ou une décision judiciaire. Il est donc souhaitable de préciser dans l'accord de projet quelles circonstances exceptionnelles justifieront la suspension du service, voire libéreront le concessionnaire des obligations qu'il a souscrites au titre de l'accord de projet (voir également chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___).

c) *Égalité de traitement des clients ou usagers*

25. Les entités fournissant certains services au grand public sont, dans certains systèmes juridiques, tenues d'accorder des conditions essentiellement identiques à tous les usagers et clients appartenant à la même catégorie. Ces systèmes juridiques acceptent toutefois les distinctions fondées sur une classification raisonnable et objective des clients et usagers à condition que les mêmes services soient fournis au même moment aux consommateurs et usagers exerçant les mêmes activités dans les mêmes circonstances. Il n'est donc probablement pas contraire au principe de l'égalité de traitement de pratiquer des prix ou d'offrir des conditions d'accès différents à différentes catégories d'usagers (par exemple, les particuliers d'une part et les entreprises et industries de l'autre), pourvu que cette distinction se fonde sur des critères objectifs et corresponde à des différences réelles dans la situation des consommateurs ou dans les conditions auxquelles leur sont fournis les services. Néanmoins, si les tarifs ou d'autres conditions peuvent varier compte tenu de réelles différences dans les services fournis (par exemple, tarification plus élevée pour les services fournis aux heures de pointe), ils doivent en principe le faire proportionnellement à ces différences.

26. Outre les distinctions établies par le concessionnaire lui-même, certains usagers ou clients peuvent bénéficier d'un traitement différent suite à l'intervention du législateur. Dans de nombreux pays, la loi exige que certains services soient fournis à des conditions particulièrement favorables à certaines catégories d'usagers et de clients (par exemple, services de transports à prix réduits pour les écoliers ou les personnes âgées, ou encore prix de l'eau ou de l'électricité pour les usagers à faibles revenus ou vivant en zone rurale). Les prestataires de services publics peuvent compenser les charges ou coûts liés à ces services de plusieurs manières, notamment au moyen de subventions publiques, de fonds ou d'autres mécanismes officiels créés pour répartir la charge financière découlant de ces obligations entre tous les prestataires de services publics ou encore grâce à des subventions internes de type croisé provenant d'autres services rentables (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ___).

d) *Raccordement et accès aux réseaux d'infrastructure*

27. Les sociétés exploitant des réseaux d'infrastructure dans des secteurs comme les transports ferroviaires, les télécommunications ou la distribution d'électricité ou de gaz sont parfois tenues d'autoriser d'autres sociétés à accéder à ces réseaux. Cette obligation peut être énoncée dans l'accord de projet ou dans des lois ou réglementations propres à chaque secteur. Des règles de raccordement et d'accès aux réseaux ont soit été introduites dans certains secteurs d'infrastructure afin de compléter les mesures de fragmentation verticale, soit été adoptées pour stimuler la concurrence dans des secteurs qui demeuraient pleinement ou partiellement intégrés (pour une brève analyse de la structure des marchés, voir ci-dessus "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", ___).

28. Les exploitants de réseaux sont souvent tenus d'offrir un 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 de l'exploitant à des conditions au moins aussi favorables que ce dernier accorde à ses propres services ou à ceux des prestataires concurrents. Il est cependant à noter que de nombreux régimes d'accès aux pipelines, par exemple, n'imposent pas de conditions rigoureusement égales au transporteur et aux utilisateurs concurrents. L'obligation d'accès peut en quelque sorte être pondérée: elle peut, par exemple, se limiter à la capacité non utilisée ou être soumise à des conditions raisonnables plutôt qu'égales.

29. L'établissement des prix d'accès se fondant généralement sur les coûts d'utilisation, les organismes réglementaires souhaiteront conserver le droit de contrôler les prix d'accès afin de s'assurer qu'ils sont suffisamment élevés pour inciter à investir dans l'infrastructure nécessaire et suffisamment bas pour permettre aux nouveaux entrants de soutenir la concurrence dans des conditions équitables. Lorsque l'exploitant du réseau offre des services en concurrence avec d'autres prestataires, il peut se révéler nécessaire de comptabiliser ses activités à part afin de déterminer le coût réel de l'utilisation, par les tierces parties, du réseau ou d'éléments de ce dernier.

30. Les conditions techniques d'accès peuvent également être déterminantes et il peut être demandé aux exploitants 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 États 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, qu'il s'agisse d'un circuit local de télécommunications, de la capacité de transmission pour la distribution d'électricité ou de l'utilisation d'un tronçon de voie ferrée.

2. *Contrôle des prix*

31. Si, dans certains cas, le concessionnaire est libre de déterminer sa politique tarifaire et commerciale, les prix qu'il pratique sont souvent soumis, dans la législation nationale, à un mécanisme de contrôle. De nombreux pays ont choisi de n'énoncer dans leur législation que les principes généraux d'établissement des prix, ces principes étant ensuite appliqués par l'organisme réglementaire concerné et repris dans les conditions fixées dans les licences ou concessions. Lorsque des mesures de contrôle sont appliquées, la loi exige habituellement que la formule utilisée soit indiquée dans la sollicitation de propositions et incorporée dans l'accord de projet. Les mécanismes de contrôle des prix s'appuient généralement sur des formules d'ajustement des prix assorties de mesures de contrôle permettant de vérifier l'application desdites formules.

a) *Méthodes de contrôle des prix*

32. Les méthodes de contrôle des prix les plus couramment utilisées dans les législations nationales sont la méthode du taux de rendement et celle du plafonnement des prix, à quoi s'ajoutent des systèmes hybrides combinant des éléments empruntés à ces deux méthodes. Ces différents mécanismes sont brièvement présentés ci-dessous.

i) Méthode du taux de rendement

33. La méthode du taux de rendement est un mécanisme d'ajustement des prix conçu de manière à autoriser le concessionnaire à tirer un rendement donné de ses investissements, généralement exprimé en pourcentage et représentant une moyenne pondérée du coût de la dette et du coût des fonds propres. Les tarifs pour une période donnée sont fixés en fonction des recettes globales que le concessionnaire doit tirer pour exploiter l'infrastructure, ce qui exige de déterminer ses dépenses, les investissements réalisés pour fournir les services et le taux de rendement autorisé. Les tarifs sont revus périodiquement, parfois lorsque l'autorité contractante ou d'autres parties intéressées considèrent que les prix pratiqués génèrent plus ou moins de recettes qu'il n'en faut pour exploiter l'infrastructure. À cette fin, l'autorité contractante vérifie les dépenses liées à l'infrastructure, détermine dans quelle mesure les investissements réalisés par le concessionnaire peuvent être inclus dans la base tarifaire et calcule les recettes devant être générées pour couvrir les dépenses admissibles et atteindre le taux de rendement convenu.

34. La méthode du taux de rendement requiert d'importants volumes d'informations et de longues négociations (concernant, par exemple, les dépenses admissibles et la répartition des coûts). Elle est très rassurante pour les exploitants d'infrastructures, puisque le concessionnaire est certain que les tarifs pratiqués seront suffisants pour couvrir ses dépenses d'exploitation et atteindre le taux de rendement convenu. Étant donné que les prix sont ajustés régulièrement, ce qui permet au concessionnaire d'obtenir un taux de rendement pratiquement constant, les investissements dans les sociétés prestataires de services publics ne sont guère exposés au risque du marché. De ce fait, les coûts d'investissement sont habituellement plus bas. La méthode du taux de rendement peut présenter un inconvénient, à savoir qu'elle n'incite guère les exploitants d'infrastructures à réduire au minimum leurs dépenses qu'ils sont certains de recouvrer grâce aux ajustements de tarifs. Toutefois, elle peut être quelque peu incitative si les tarifs ne sont pas ajustés immédiatement ou si l'ajustement n'est pas rétroactif.

ii) Méthode du plafonnement des prix

35. La méthode du plafonnement des prix consiste à fixer un barème de prix pour une période donnée (par exemple, quatre ou cinq ans) compte tenu de l'inflation future et des gains d'efficacité que l'on attend de l'infrastructure. Les prix 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 minoré d'un facteur de productivité. Lorsque de nouveaux investissements importants sont nécessaires, 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. Le réajustement périodique du barème se fonde toutefois sur des calculs de type taux de rendement, qui exigent la fourniture de renseignements aussi détaillés que ceux évoqués plus haut, bien qu'à une moindre fréquence.

36. La méthode du plafonnement des prix est probablement moins complexe à appliquer que celle du taux de rendement. Elle est plus stimulante pour les prestataires de services publics, car le concessionnaire conserve les bénéfices réalisés en raison de dépenses plus faibles que prévu jusqu'à la prochaine période d'ajustement. Parallèlement, toutefois, les prestataires de services publics sont généralement exposés à davantage de risques qu'avec la méthode du taux de rendement. En particulier, le concessionnaire encourt des pertes si les dépenses se révèlent plus élevées que prévu, étant donné qu'il ne peut pas relever ses prix avant le prochain ajustement. La prise de risques étant plus élevée, les coûts d'investissement le sont aussi. Si les rendements de la société de projet ne peuvent pas augmenter, il peut alors être difficile d'attirer de nouveaux investissements. En outre, la société peut être tentée d'abaisser la qualité du service fourni afin de réduire les coûts.

iii) Méthodes hybrides

37. De nombreux mécanismes d'ajustement tarifaire actuellement utilisés combinent des éléments empruntés à la fois à la méthode du taux de rendement et à celle du pla-

fonnement des prix, le but étant de réduire les risques encourus par les prestataires de services et d'inciter suffisamment ceux-ci à exploiter l'infrastructure avec efficacité. L'une de ces méthodes hybrides se fonde sur des échelles mobiles permettant de relever les tarifs lorsque le taux de rendement tombe en deçà d'un certain seuil et de les abaisser lorsque ce taux dépasse un certain plafond, aucun ajustement n'étant effectué lorsque le taux de rendement se situe entre ces deux limites. L'autorité contractante peut par ailleurs examiner les investissements réalisés par le concessionnaire pour s'assurer qu'ils satisfont aux critères d'utilité de manière à les prendre en considération lors du calcul des recettes devant être tirées par le concessionnaire. Une autre méthode d'ajustement 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 différents éléments de coût d'un prestataire de services publics à ceux d'un autre prestataire ainsi qu'aux normes internationales, l'autorité contractante peut être en mesure de déterminer si les ajustements tarifaires demandés par le prestataire de services publics sont raisonnables ou non.

b) *Considérations de politique générale*

38. Chacune des principales méthodes d'ajustement tarifaire examinée ci-dessus présente ses avantages et ses inconvénients dont les organes législatifs doivent tenir compte pour déterminer les mécanismes de contrôle des prix se prêtant le mieux à la situation du pays. Des méthodes différentes peuvent également être utilisées pour différents secteurs d'infrastructure. Certaines lois autorisent en effet l'autorité contractante à appliquer soit la méthode des prix fixes, soit celle du taux de rendement dans la procédure de sélection des concessionnaires selon l'importance et la nature des investissements et des services. Quel que soit le mécanisme choisi, il importe d'examiner attentivement si l'autorité contractante peut vérifier dûment que le concessionnaire s'acquitte de ses obligations et appliquer correctement la méthode d'ajustement (voir également chap. I, "Considérations générales sur la législation", ___).

39. Il ne faut pas perdre de vue que les formules d'ajustement des prix ne peuvent pas être fixées une fois pour toutes, car les techniques, les taux de change, les salaires, la productivité et d'autres facteurs évoluent inévitablement de façon importante, voire parfois imprévisible, sur une période donnée. C'est pourquoi de nombreux pays ont établi des mécanismes de révision des formules permettant une révision périodique (par exemple, tous les quatre ou cinq ans) ou une révision au coup par coup s'il est apparu que la formule ne permet pas d'assurer une rémunération adéquate au concessionnaire (voir également par. 59 à 68). Le système tarifaire devra également être suffisamment stable et prévisible pour que les prestataires de services publics et les usagers puissent planifier leur activité en conséquence et que le financement soit fonction des recettes prévisibles. Les investisseurs et les prêteurs craindront plus particulièrement que des modifications apportées aux réglementations n'aient une incidence sur la méthode d'ajustement des prix. C'est pourquoi ils demandent habituellement que la formule d'ajustement soit incorporée à l'accord de projet.

3. *Obligation de divulgation*

40. De nombreuses législations nationales obligent les prestataires de services publics à fournir aux organismes réglementaires des renseignements précis et actualisés sur leur fonctionnement et confèrent à ces mêmes organismes des droits spécifiques leur permettant de faire respecter cette obligation, tels que le droit de procéder à des enquêtes et à des audits, en particulier à une vérification détaillée des résultats et à des enquêtes de conformité, d'imposer des sanctions aux sociétés qui refusent de coopérer et de prononcer des injonctions ou d'infliger des pénalités pour contraindre les sociétés à communiquer les renseignements requis.

41. Les prestataires de services publics ont généralement l'obligation de tenir à jour et de communiquer à l'organisme réglementaire leurs comptes et états financiers ainsi que de tenir une comptabilité détaillée permettant à cet organisme de suivre les différents aspects de leur activité séparément. Il peut aussi être nécessaire de surveiller de près les transactions financières entre la société concessionnaire et ses filiales, car celle-ci peut tenter de transférer des bénéfices vers des entreprises non réglementées ou vers des filiales étrangères. Il peut également être fait obligation aux exploitants d'infrastructures de rendre compte dans le détail de leurs moyens techniques et de leurs résultats. Toutefois, il importe, en règle générale, d'imposer des limites raisonnables à la portée et à la nature des renseignements demandés aux exploitants d'infrastructures. En outre, il faudrait prendre des mesures appropriées pour préserver le secret de toute information confidentielle que la société concessionnaire et ses filiales pourraient fournir à l'organisme réglementaire.

4. *Normes de résultat*

42. Les prestataires de services publics doivent généralement satisfaire à un ensemble de normes techniques et de normes de service. Ces normes sont, dans la plupart des cas, trop détaillées pour figurer dans la législation et peuvent être incluses dans des décrets d'application, des réglementations ou d'autres instruments. Les normes de service sont souvent décrites avec beaucoup de précision dans l'accord de projet. Il s'agit notamment de normes de qualité, telles que des critères de pureté et de pression de l'eau; de plafonds concernant les délais de réparation ou le nombre de défauts ou de plaintes; de l'obligation pour les services de transport de respecter les horaires; de l'exigence de continuité de l'approvisionnement; ainsi que de normes relatives à la santé, à la sécurité et à l'environnement. La législation peut toutefois énoncer les principes de base qui orienteront la rédaction de normes détaillées ou exiger l'application de normes internationales.

43. L'autorité contractante se réserve généralement le droit de vérifier que la société de projet satisfait aux normes de résultat fixées par voie réglementaire. Le concessionnaire souhaitera éviter autant que possible toute interruption dans le fonctionnement de l'infrastructure et se prémunir contre les conséquences d'une telle interruption. Il voudra être certain que l'exercice de pouvoirs de sur-

veillance ou de réglementation par l'autorité contractante ne perturbera ni n'interrompra indûment le fonctionnement de l'infrastructure et ne lui occasionnera pas de frais supplémentaires excessifs.

5. *Pouvoirs conférés au concessionnaire pour faire respecter les obligations*

44. Les organismes publics sont généralement investis de pouvoirs destinés à faciliter la fourniture du service et à faire en sorte que les usagers observent les règles et réglementations pertinentes. Il peut s'agir, par exemple, du droit d'édicter des règles de sécurité ou de veiller au respect de ces règles et du droit de suspendre la fourniture du service en cas d'urgence ou pour des raisons de sécurité. Ces pouvoirs découlent généralement du pouvoir général de l'État et, dans certains systèmes juridiques, sont inhérents à la puissance publique.

45. Dans les pays où l'octroi de concessions pour la fourniture de services publics est une tradition bien établie, le concessionnaire peut être investi des pouvoirs nécessaires qui lui sont délégués par l'État. L'étendue des pouvoirs ainsi délégués étant généralement définie dans l'accord de projet, il n'est pas nécessaire de la déterminer avec précision dans la législation. Toutefois, il peut être utile d'indiquer dans la loi que le concessionnaire est autorisé à édicter des règles régissant l'utilisation de l'infrastructure par le public et à prendre des mesures raisonnables pour s'assurer que le public observe ces règles. Il serait souhaitable de prévoir que ces règles doivent prendre effet sur approbation de l'organisme réglementaire ou de l'autorité contractante, selon le cas. Le droit d'approuver les règles de fonctionnement proposées par le concessionnaire ne devrait toutefois pas être discrétionnaire, et le concessionnaire devrait être habilité à faire appel d'une décision rejetant les règles ainsi proposées (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", ___).

46. Il importe particulièrement au concessionnaire de savoir si la fourniture du service peut être interrompue en cas de défaillance ou de non-respect des obligations de la part des usagers. Bien que le concessionnaire soit généralement tenu d'assurer la continuité du service (voir par. 23 et 24), de nombreux systèmes juridiques reconnaissent aux entités fournissant des services publics le droit d'édicter et de faire appliquer des règles prévoyant l'interruption du service si un consommateur ou usager omet de payer ou enfreint gravement les conditions d'utilisation. Ce droit est souvent jugé indispensable pour prévenir les abus et garantir la viabilité économique du service. Toutefois, étant donné le caractère essentiel de certains services publics, l'exercice de ce droit peut être soumis à l'autorisation des organes législatifs dans certains systèmes juridiques. Il peut également être soumis à un certain nombre de restrictions ou conditions expresses ou implicites, telles que l'obligation de notification préalable et la possibilité pour les consommateurs d'exercer des recours. D'autres restrictions et conditions peuvent découler de l'application des règles générales de protection des consommateurs (voir chap. VII, "Droit applicable", ___).

E. *Garanties de bonne fin et assurance*

47. Les obligations du concessionnaire sont généralement complétées par l'offre d'une forme quelconque de garantie de bonne fin en cas de défaillance et d'assurance contre un certain nombre de risques. La législation de certains pays exige généralement que des garanties de bonne fin suffisantes soient données par le concessionnaire et renvoient, pour les détails, la question à l'accord de projet. Dans d'autres pays, la législation comprend des dispositions plus détaillées, exigeant, par exemple, l'offre d'un certain type de garantie jusqu'à un certain pourcentage de l'investissement de base.

1. *Types, fonctions et nature des garanties de bonne fin*

48. Les garanties de bonne fin sont généralement de deux types. Dans le premier — la garantie de bonne fin monétaire —, le garant s'engage uniquement à verser à l'autorité contractante des fonds jusqu'à une certaine hauteur pour liquider les responsabilités du concessionnaire dans l'éventualité d'une défaillance de ce dernier. Les garanties de bonne fin monétaires peuvent prendre la forme d'une obligation contractuelle, d'une lettre de crédit "stand-by" ou d'une garantie à première demande. Dans l'autre type de garantie — la garantie de bonne exécution —, le garant choisit l'une de deux options: *a)* rectifier une construction défectueuse ou achever une construction incomplète lui-même; ou *b)* obtenir qu'un autre entrepreneur rectifie une construction défectueuse, ou achève une construction incomplète, ou compense l'autorité contractante pour les pertes causées par la défaillance. La valeur d'un tel engagement se limite à un montant spécifié ou à un certain pourcentage de la valeur du contrat. Dans le cadre d'une garantie de bonne exécution, le garant se réserve fréquemment, par ailleurs, la possibilité de s'acquitter de ses obligations uniquement par le versement d'une somme d'argent à l'autorité contractante. Les garanties de bonne exécution sont généralement accordées par des organismes spécialisés tels que des compagnies de garantie et d'assurances. Un type particulier de garantie de bonne exécution est la garantie de maintenance, qui prémunit l'autorité contractante contre des défaillances futures qui pourraient survenir pendant la période de démarrage ou de maintenance et sert à garantir que tout travail de réparation ou de maintenance pendant la période de garantie suivant l'achèvement sera dûment effectué par le concessionnaire.

49. S'agissant de leur nature, les garanties de bonne fin peuvent être généralement classées en garanties indépendantes et garanties accessoires. Une garantie est dite "indépendante" si l'obligation du garant est indépendante des obligations contractées par le concessionnaire au titre de l'accord de projet. En vertu d'une garantie indépendante (souvent appelée garantie à première demande) ou d'une lettre de crédit "stand-by", le garant ou émetteur est tenu d'effectuer un versement à la demande du bénéficiaire, ce dernier étant habilité à faire valoir son droit de recouvrement en vertu de l'instrument s'il présente le ou les documents stipulé(s) dans les conditions de la garantie ou de la lettre de crédit "stand-by". Ce document peut être simplement une déclaration du bénéficiaire selon laquelle l'entrepreneur a fait défaut. Le garant ou émetteur n'est pas auto-

risé à retenir le versement au motif qu'il n'y a eu, en fait, aucune défaillance au titre du contrat principal; cependant, en vertu du droit applicable à l'instrument, le versement peut être, dans des circonstances très exceptionnelles et très étroitement définies, refusé ou retenu (par exemple, lorsque la réclamation du bénéficiaire est manifestement frauduleuse). Par opposition, une garantie est accessoire lorsque l'obligation du garant nécessite davantage que le simple examen d'une demande documentée de versement, en ce que le garant peut avoir à évaluer les preuves de responsabilité de l'entrepreneur pour une défaillance au titre du contrat de travail. La nature du lien peut varier selon les garanties et peut comprendre la nécessité de prouver la responsabilité de l'entrepreneur dans le cadre de procédures d'arbitrage. Par leur nature, les garanties de bonne exécution ont un caractère accessoire au contrat sous-jacent.

2. *Avantages et inconvénients des différents types de garanties de bonne fin*

50. Du point de vue de l'autorité contractante, les garanties de bonne fin monétaires peuvent être particulièrement utiles pour couvrir les coûts supplémentaires pouvant être encourus par l'autorité contractante en cas de retard ou de défaillance du concessionnaire. Les garanties de bonne fin monétaires peuvent également servir à inciter le concessionnaire à achever la construction dans les temps et à s'acquitter de ses autres obligations conformément aux dispositions de l'accord de projet. Cependant, le montant de ces garanties ne représente généralement qu'une fraction de la valeur économique de l'obligation garantie et n'est généralement pas suffisant pour couvrir le coût de l'exécution des travaux par une tierce partie en lieu et place du concessionnaire ou de ses entrepreneurs.

51. Du point de vue de l'autorité contractante, une garantie à première demande présente l'avantage d'assurer un recouvrement rapide des fonds couverts par la garantie sans que l'on ait à prouver la défaillance de l'entrepreneur ni l'ampleur de la perte du bénéficiaire. De surcroît, les garants offrant des garanties de bonne fin monétaires, en particulier les banques, préfèrent des garanties à première demande, car les conditions de mise en jeu de leur obligation de payer sont clairement définies. Ils ne seront donc pas impliqués dans des différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire quant à savoir si oui ou non il y a eu défaillance au titre de l'accord de projet. Un autre avantage, pour une banque émettant une garantie à première demande, est la possibilité d'un recouvrement rapide et efficace des sommes versées au titre d'une garantie à première demande par accès direct aux biens du concessionnaire.

52. L'un des inconvénients, pour l'autorité contractante, d'une garantie à première demande ou d'une lettre de crédit "stand-by" est que ces instruments peuvent majorer le coût total du projet, le concessionnaire étant généralement obligé d'obtenir et de constituer d'importantes contre-garanties en faveur des institutions émettant la garantie à première demande ou la lettre de crédit "stand-by". Par ailleurs, un concessionnaire qui accorde une telle garantie peut souhaiter s'assurer contre le risque d'un recouvrement par l'autorité contractante en vertu de la garantie ou de la lettre de crédit "stand-by" alors qu'il n'y a eu, en fait, aucune défaillance du concessionnaire. Or, le coût de cette assurance est inclus dans le coût du projet. Le concessionnaire peut également inclure dans le coût du projet le coût potentiel de toute action qu'il peut avoir à intenter contre l'autorité contractante pour obtenir le remboursement de la somme injustement réclamée. En outre, dans la mesure où l'autorité contractante peut obtenir la somme payable en vertu de la garantie ou de la lettre de crédit "stand-by" sur la simple déclaration que le concessionnaire a fait défaut, le concessionnaire peut souhaiter fixer la somme payable à un faible pourcentage du coût du projet et limiter ainsi la perte qu'il peut subir du fait d'avoir à rembourser le garant en cas de réclamation de l'autorité contractante lorsqu'il n'y a eu aucune défaillance.

53. L'un des inconvénients, pour le concessionnaire, d'une garantie à première demande ou d'une lettre de crédit "stand-by" est que, s'il y a recouvrement par l'autorité contractante alors qu'il n'y a eu aucune défaillance du concessionnaire, ce dernier peut subir une perte immédiate si le garant ou l'émetteur de la lettre de crédit se rembourse sur les avoirs du concessionnaire après paiement à l'autorité contractante. Le concessionnaire peut également éprouver des difficultés à recouvrer auprès de l'autorité contractante la somme injustement réclamée.

54. Une garantie accessoire exige généralement du bénéficiaire qu'il prouve la défaillance de l'entrepreneur et l'ampleur de la perte subie par le bénéficiaire. De plus, les moyens de défense dont dispose le débiteur, s'il est poursuivi en justice pour défaillance, sont les mêmes que ceux du garant. En conséquence, l'autorité contractante risque de faire face à un différend prolongé si elle émet une réclamation au titre de la garantie. Cependant, à l'image du risque moindre supporté par le garant, qui reflète également le coût plus faible d'une garantie accessoire, la limite monétaire de responsabilité du garant peut être considérablement plus élevée qu'en vertu d'une garantie à première demande et couvrir ainsi un pourcentage plus important des travaux d'exécution prévus dans l'accord de projet. Une garantie de bonne exécution peut également être avantageuse si l'autorité contractante est dans l'impossibilité de faire facilement rectifier les défauts ou d'achever la construction elle-même et a besoin de l'assistance d'une tierce partie pour faire rectifier les défauts ou achever les travaux. Lorsque, cependant, la construction nécessite de recourir à une technologie connue du seul concessionnaire, la rectification des défauts ou l'achèvement des travaux par une tierce personne peut ne pas être envisageable. Dans ce cas, une garantie de bonne exécution peut ne pas présenter le dernier avantage mentionné par rapport à une garantie de bonne fin monétaire. Pour le concessionnaire, les garanties accessoires ont l'avantage de préserver sa capacité d'emprunt car les garanties accessoires, à la différence des garanties à première demande et des lettres de crédit "stand-by", n'affectent pas la ligne de crédit qui lui a été accordée par les prêteurs.

55. Il découle de ce qui précède que différents types de garanties peuvent être utiles en fonction des obligations assumées par le concessionnaire. S'il est utile d'exiger du concessionnaire qu'il fournisse des garanties suffisantes de bonne fin, il est également conseillé de laisser aux parties le soin de déterminer la mesure dans laquelle des garanties

sont nécessaires et quelles garanties devraient être fournies en fonction des obligations assumées par le concessionnaire plutôt que d'exiger la présence, dans la législation, d'une seule forme de garantie à l'exclusion d'autres. On notera que la société de projet elle-même exigera de ses entrepreneurs qu'ils lui fournissent plusieurs garanties de bonne fin (voir par. 6) et que des garanties supplémentaires au profit de l'autorité contractante majorent généralement le coût global et la complexité d'un projet. Dans certains pays, les orientations pratiques données aux autorités contractantes nationales leur conseillent d'examiner soigneusement si et dans quelles circonstances ces garanties sont nécessaires, quels risques spécifiques ou pertes elles devraient couvrir et quel type de garantie convient le mieux à chaque cas. L'aptitude de la société de projet à obtenir des financements pour le projet peut être compromise par des contraintes de garantie excessives.

56. Un problème particulier des projets d'infrastructure à financement privé a trait à la durée de la garantie. L'autorité contractante peut avoir intérêt à obtenir des garanties de bonne fin qui demeurent valables pendant la durée entière du projet, couvrant à la fois la phase de construction et celle d'exploitation. Cependant, étant donné la longue durée des projets d'infrastructure et la difficulté d'évaluer les divers risques qui peuvent survenir, il peut être difficile pour le garant d'émettre une garantie de bonne exécution pour la durée totale du projet ou de réassurer les obligations qu'il a contractées à ce titre. Dans la pratique, ce problème est exacerbé par la stipulation selon laquelle le non-renouvellement d'une garantie de bonne exécution constitue un motif d'appel de la garantie, de sorte que le fait de permettre à la société de projet de ne fournir que des garanties pour des périodes plus courtes peut ne pas être une solution satisfaisante. Une solution possible, utilisée dans certains pays, consiste à exiger des garanties distinctes pour la phase de construction et pour la phase d'exploitation, ce qui permet une meilleure évaluation des risques et offre de meilleures perspectives de réassurance. Un tel système peut être amélioré en définissant précisément le risque à couvrir pendant la période d'exploitation, ce qui permet de mieux évaluer les risques et de réduire le montant total de la garantie. Une autre possibilité envisageable par l'autorité contractante peut consister à exiger la fourniture de garanties de bonne exécution pendant certaines périodes cruciales plutôt que pour la durée entière du projet. Une garantie peut être exigée, par exemple, pendant la phase de construction et s'appliquer pendant une période appropriée après l'achèvement de façon à couvrir d'éventuels défauts tardifs. Une telle garantie pourrait ensuite être remplacée par une garantie de bonne exécution pour un certain nombre d'années d'exploitation, de façon à permettre à la société de projet de démontrer son aptitude à exploiter l'infrastructure conformément aux normes spécifiées. En cas d'exécution satisfaisante par la société de projet, l'exigence de garantie pourrait être abandonnée pour le reste de la phase d'exploitation jusqu'à une certaine date précédant la fin de la concession, date à laquelle il pourrait être exigé de la société de projet qu'elle émette une autre garantie couvrant ses obligations relatives à la remise des avoirs et, au besoin, aux autres mesures nécessaires à une liquidation ordonnée du projet (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___).

3. *Mécanismes d'assurance*

57. Les mécanismes d'assurance utilisés pour les projets d'infrastructure à financement privé varient généralement en fonction de la phase à laquelle ils s'appliquent, certains types d'assurance n'étant souscrits que pendant une phase particulière du projet. Certaines formes d'assurance, telles que l'assurance "interruption des affaires", peuvent être souscrites par le concessionnaire dans son propre intérêt, tandis que d'autres formes d'assurance peuvent être exigées par les lois du pays hôte. Les formes d'assurance souvent exigées par la loi incluent l'assurance contre les dommages causés à l'infrastructure, l'assurance responsabilité civile, l'assurance rémunération des travailleurs et l'assurance contre la pollution et les atteintes à l'environnement.

58. Les polices d'assurance obligatoires en vertu des lois du pays hôte doivent souvent être souscrites auprès d'une compagnie d'assurances locale ou d'une autre institution autorisée à opérer dans le pays, ce qui peut parfois poser un certain nombre de difficultés pratiques. Dans certains pays, le type de couverture généralement offert peut être plus limité que la couverture standard disponible sur le marché international, auquel cas le concessionnaire peut rester exposé à un certain nombre de risques pouvant dépasser sa capacité d'auto-assurance. Ce risque est particulièrement important s'agissant de l'assurance contre les atteintes à l'environnement. D'autres difficultés peuvent surgir dans certains pays du fait de l'aptitude limitée des assureurs locaux à réassurer les risques sur les marchés internationaux de l'assurance et de la réassurance. En conséquence, la société de projet peut souvent avoir besoin de souscrire une assurance complémentaire en dehors du pays, ce qui majore le coût global de financement du projet.

F. *Changements de circonstances*

59. Les projets d'infrastructure à financement privé portent en général sur une longue période, pendant laquelle de nombreuses circonstances associées au projet peuvent changer. Les incidences de nombre de ces changements peuvent être automatiquement traitées dans l'accord de projet soit en prévoyant des arrangements financiers tels qu'une structure tarifaire comportant une clause d'indexation (voir par. 33 à 37), soit en faisant assumer par l'une ou l'autre des parties, expressément ou par exclusion, certains risques (par exemple, si le prix de l'approvisionnement en combustible ou en électricité n'est pas pris en considération dans les mécanismes d'indexation, le risque d'un niveau de prix supérieur à ce qui était envisagé est assumé par le concessionnaire). Toutefois, il existe des changements qui n'entrent pas facilement dans le cadre d'un mécanisme d'ajustement automatique ou que les parties peuvent préférer exclure d'un tel mécanisme. Sur le plan législatif, deux catégories particulières de changements doivent faire l'objet d'une attention particulière: les changements législatifs ou réglementaires et les changements imprévus de la conjoncture économique.

1. *Changements législatifs et réglementaires*

60. Étant donné la durée des projets d'infrastructure à financement privé, le concessionnaire peut devoir, pour satisfaire aux obligations qu'il a contractées dans le cadre de l'accord de projet, être tenu d'engager des dépenses supplémentaires en raison de changements futurs imprévus de la législation s'appliquant à ses activités. À l'extrême, la législation peut le mettre dans l'impossibilité financière ou matérielle de poursuivre le projet. Pour examiner les solutions appropriées face à des changements législatifs, il peut être utile d'établir une distinction entre les changements qui ont une incidence particulière sur les projets d'infrastructure à financement privé ou sur un projet particulier, d'une part, et les changements législatifs généraux qui touchent également d'autres activités économiques en dehors de la gestion des infrastructures, d'autre part.

61. Toutes les organisations commerciales, que ce soit dans le secteur privé ou dans le secteur public, peuvent être visées par des changements de la législation et doivent normalement faire face aux conséquences de ces changements pour leur activité, y compris l'impact sur le prix ou la demande de leurs produits. On peut citer à cet égard plusieurs exemples: changements de la structure des déductions pour amortissement s'appliquant à des catégories entières d'actifs, qu'ils soient détenus par le secteur public ou par le secteur privé et liés ou non à des projets d'infrastructure; réglementations touchant la santé et la sécurité des travailleurs du bâtiment pour tous les projets de construction et non pas seulement pour les projets d'infrastructure; et changements de la réglementation concernant l'élimination des substances dangereuses. Les changements généraux de la législation peuvent être considérés comme un risque commercial ordinaire plutôt que comme un risque particulier aux activités du concessionnaire, et l'État peut avoir quelques difficultés à s'engager à protéger les exploitants d'infrastructures contre les conséquences économiques et financières des changements de la législation qui touchent de la même manière d'autres organisations commerciales. C'est pourquoi il n'y a pas, à première vue, de raison pour que le concessionnaire ne supporte pas les conséquences des risques législatifs généraux, y compris le risque de coûts découlant de changements de la loi s'appliquant à l'ensemble du secteur auquel il appartient.

62. Néanmoins, il est important de tenir compte d'éventuelles limites de la capacité du concessionnaire à réagir à des augmentations de coûts résultant de changements législatifs généraux ou à absorber ces augmentations. Les exploitants d'infrastructures sont souvent soumis à des normes en matière de services et à des mécanismes de contrôle des prix (voir par. 31 à 39) qui font qu'il leur est difficile de prendre les mêmes mesures que d'autres sociétés privées pour s'adapter aux changements de la législation (par exemple, en augmentant leurs tarifs ou en réduisant leurs services). Lorsque l'accord de projet prévoit des mécanismes de contrôle des prix, le concessionnaire cherchera à obtenir de l'autorité contractante et de l'organisme réglementaire, selon le cas, l'assurance qu'il sera autorisé à recouvrer les dépenses supplémentaires qu'entraîneront les changements de la législation en augmentant ses prix. Lorsqu'il est impossible de donner une telle assurance, il est souhaitable d'habiliter l'autorité contractante à négocier avec le concessionnaire le dédommagement auquel il peut avoir droit si les mesures de contrôle des prix ne l'autorisent pas à compenser pleinement une augmentation des coûts résultant de changements législatifs généraux.

63. Il en va autrement lorsque le concessionnaire voit ses coûts augmenter en raison de changements dans la législation qui visent le projet qui le concerne, une catégorie de projets analogues ou l'ensemble des projets d'infrastructure à financement privé. De tels changements ne peuvent pas être considérés comme un risque commercial ordinaire et peuvent modifier considérablement les hypothèses économiques et financières sur lesquelles l'accord de projet a été négocié. Aussi, l'autorité contractante accepte-t-elle souvent de supporter les coûts supplémentaires résultant d'une législation qui vise le projet particulier, une catégorie de projets analogues ou l'ensemble des projets d'infrastructure à financement privé. Ainsi, dans les projets d'autoroutes, la législation visant un projet particulier ou une société d'exploitation de routes, ou encore cette catégorie de projets de routes exploitées par une entreprise privée, peut entraîner un ajustement des prix au titre des dispositions pertinentes de l'accord de projet.

2. *Changements de la conjoncture économique*

64. Dans certains systèmes juridiques, des règles autorisent une révision des clauses de l'accord du projet à la suite d'un changement des conditions économiques ou financières qui, sans empêcher l'exécution par une partie de ses obligations contractuelles, rend cette exécution considérablement plus onéreuse que ce qui avait été prévu au moment de la conclusion de l'accord. Dans certains systèmes juridiques, la possibilité de révision des clauses de l'accord est généralement implicite dans tous les contrats publics, ou est expressément prévue dans la législation pertinente.

65. Les considérations d'ordre financier et économique pour l'investissement du concessionnaire sont négociées à la lumière des hypothèses fondées sur les circonstances prévalant au moment des négociations et les attentes raisonnables des parties sur l'évolution probable de ces circonstances pendant la vie du projet. Étant donné la durée des projets d'infrastructure, le concessionnaire recherchera à négocier des mécanismes qui prévoient une certaine protection contre les effets financiers et économiques négatifs d'événements extraordinaires ou imprévus qui n'avaient pas pu être pris en considération lorsque l'accord de projet avait été négocié ou des mécanismes qui, s'ils avaient été pris en considération, auraient entraîné une répartition différente des risques ou une contrepartie pour l'investissement du concessionnaire. Un certain nombre de pays appliquent donc des règles de révision et jugent utile d'aider les parties à trouver des solutions équitables pour assurer la poursuite de la viabilité économique et financière des projets d'infrastructure afin d'éviter une défaillance du concessionnaire qui pourrait avoir des effets négatifs. Toutefois, ces règles peuvent aussi présenter quelques inconvénients, en particulier du point de vue des pouvoirs publics.

66. Comme les changements législatifs de caractère général, les changements de la conjoncture économique sont

des risques auxquels s'exposent la plupart des organisations commerciales sans avoir recours à une garantie générale des pouvoirs publics qui les protégerait contre les effets économiques et financiers de ces changements. Si l'autorité contractante s'oblige sans réserve à dédommager le concessionnaire en cas de changement de la conjoncture économique, le secteur public peut se voir transférer une partie considérable des risques commerciaux qui avaient été à l'origine alloués au concessionnaire et qui représentent une obligation financière illimitée. En outre, il convient de noter que le niveau des tarifs envisagé et les éléments essentiels de la répartition des risques constituent des facteurs importants, voire décisifs, dans la sélection du concessionnaire. Une possibilité excessivement généreuse de renégociation du projet peut conduire à la soumission de propositions offrant des prix irréalistes pendant la procédure de sélection dans l'espoir d'une augmentation des tarifs une fois le projet attribué. L'autorité contractante peut donc avoir intérêt à établir des limites raisonnables dans les dispositions statutaires ou contractuelles autorisant des révisions de l'accord de projet en cas de changement de la conjoncture économique.

67. Il peut être souhaitable de prévoir dans l'accord de projet qu'un changement de circonstances qui justifie une révision de l'accord de projet doit avoir échappé au contrôle du concessionnaire et être d'une nature telle qu'il était impossible d'escompter raisonnablement du concessionnaire qu'il le prenne en considération au moment de la négociation de l'accord ou d'avoir évité ou surmonté ses conséquences. Ainsi, on peut ne pas attendre d'un exploitant d'une route à péage détenteur d'une concession exclusive (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___) qu'il prenne en considération et assume le risque de la diminution du trafic routier résultant de l'ouverture ultérieure d'une autre route sans péage par une entité autre que l'autorité contractante. Toutefois, le concessionnaire devra normalement tenir compte de la possibilité d'augmentation raisonnable des coûts de main-d'œuvre au cours de la vie du projet. Ainsi, dans des circonstances normales, le fait que les salaires se révèlent plus élevés que ce qui était prévu ne constituerait pas une raison suffisante pour réviser l'accord de projet.

68. Il peut aussi être souhaitable de prévoir, dans l'accord de projet, que, pour qu'une révision dudit accord soit acceptée, il faut que les changements des conditions économiques et financières représentent une valeur minimale donnée proportionnelle au coût total du projet ou au revenu du concessionnaire. Une telle règle peut être utile pour repousser le recours à des négociations d'ajustement lourdes jusqu'à ce que les changements accumulés représentent un chiffre important. Dans certains pays, des règles établissent un plafond pour le montant cumulatif des révisions périodiques de l'accord de projet. Elles ont pour but d'éviter un recours inapproprié au mécanisme de changement pour obtenir un équilibre financier général qui n'a aucun lien avec celui qui était envisagé dans l'accord de projet initial. Du point de vue du concessionnaire et des prêteurs, toutefois, de telles restrictions peuvent représenter un risque considérable en cas, par exemple, d'augmentation considérable des coûts résultant de profonds changements des circonstances. Il faut donc examiner avec soin l'opportunité d'un tel plafond et le niveau auquel il est fixé.

G. *Clauses exonératoires*

69. Il peut, au cours de la vie d'un projet d'infrastructure, se produire des événements qui empêchent une des parties à l'accord de satisfaire à ses obligations contractuelles. Ces événements échappent normalement au contrôle des parties et peuvent être de nature matérielle telle qu'une catastrophe naturelle, ou le résultat d'une action humaine telle qu'une guerre, des émeutes ou des attaques terroristes. De nombreux systèmes juridiques reconnaissent généralement qu'une partie qui ne peut satisfaire à une obligation contractuelle en raison de certains types d'événements peut être exemptée des conséquences de cette défaillance.

1. *Définition des empêchements exonératoires*

70. Les empêchements exonératoires comprennent généralement les événements qui échappent au contrôle d'une partie et la mettent dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, et qui n'ont pu être surmontés par l'exercice d'une diligence raisonnable. Les cas les plus courants sont les suivants: catastrophes naturelles (par exemple, cyclones, inondations, sécheresses, tremblements de terre, orages, incendies ou foudre); guerre (déclarée ou non) et autre activité militaire, y compris les émeutes et les troubles civils; panne ou sabotage des installations; actes de terrorisme, dommages criminels ou menace de tels actes; contamination radioactive ou chimique ou rayonnements ionisants; effets d'éléments naturels, y compris de conditions géologiques n'ayant pas pu être prévues et combattues; et grève des employés d'une ampleur exceptionnelle.

71. Certaines lois comportent uniquement une référence générale aux empêchements exonératoires, alors que d'autres contiennent de longues listes de cas déchargeant les parties de l'exécution en vertu de l'accord de projet. Cette dernière méthode peut permettre d'assurer un traitement cohérent de la question pour tous les projets construits dans le cadre de la législation pertinente, ce qui évite ainsi les situations où un concessionnaire obtient une répartition des risques plus favorable que celle qui a été accordée dans le cadre d'autres accords de projet. Toutefois, il est important d'examiner les inconvénients possibles de l'inclusion, dans les dispositions statutaires ou réglementaires, d'une liste de cas considérés comme des empêchements exonératoires dans tous les cas de figure. Cette liste risque en effet d'être incomplète et de ne pas comprendre certains empêchements importants. En outre, certaines catastrophes naturelles, telles que les orages, les cyclones ou les inondations, peuvent constituer des conditions normales à un certain moment de l'année sur le site du projet. Ces catastrophes naturelles peuvent donc représenter des risques que tout prestataire de services publics de la région serait tenu d'assumer.

72. Un autre aspect qui peut avoir à être soigneusement examiné est le fait de savoir si et dans quelle mesure certains actes des organismes publics autres que l'autorité contractante peuvent constituer des empêchements exonératoires. Le concessionnaire peut être tenu, pour s'acquitter de certaines de ses obligations, d'obtenir une licence ou toute autre approbation officielle. L'accord de projet pourrait donc disposer que, si la licence ou l'approbation est refusée ou si elle est accordée puis retirée ultérieurement

en raison de l'incapacité du concessionnaire à respecter les critères requis pour la délivrance de la licence ou de l'approbation, le concessionnaire ne peut invoquer ce refus comme étant un empêchement exonératoire. En revanche, si la licence ou l'approbation est refusée ou retirée pour des motifs étrangers ou inappropriés, il serait équitable de disposer que le concessionnaire peut invoquer ce refus comme étant un empêchement exonératoire. Une autre possibilité d'empêchement pourrait être une interruption du projet provoquée par un organisme public autre que l'autorité contractante qui exigerait, par exemple, en raison d'un changement des plans et des politiques du gouvernement, l'interruption ou une importante révision du projet modifiant considérablement sa conception initiale. Dans ce type de situation, il peut être important d'examiner la relation institutionnelle existant entre l'autorité contractante et l'organisme public qui provoque l'empêchement ainsi que leur degré d'interdépendance. Un événement classé comme empêchement exonératoire peut, dans certains cas, représenter une violation délibérée de l'accord de projet par l'autorité contractante selon que l'autorité contractante pouvait raisonnablement contrôler ou influencer les actes de l'autre organisme public.

73. À la lumière de ce qui précède, il est conseillé de définir, dans l'accord de projet, les circonstances qui exonèrent l'une ou l'autre partie de l'exécution au titre de l'accord, de façon à donner aux parties la liberté nécessaire pour prendre toutes dispositions utiles. Afin d'éviter toute controverse pratique, l'accord de projet devrait également préciser si les circonstances exonératoires produisent des effets automatiques ou si leur survenue doit être établie par les parties au moyen d'une procédure spéciale.

2. *Conséquences pour les parties*

74. Dans certains systèmes juridiques, la survenue d'une circonstance exonératoire suspend l'exécution du projet ou l'exploitation de la concession pendant la durée de l'empêchement. Dans d'autres, l'accord de projet n'est pas techniquement suspendu, mais, si les circonstances sont telles que le concessionnaire est mis dans l'impossibilité de respecter ses obligations découlant de l'accord de projet, cette impossibilité n'est pas interprétée comme une violation de l'accord de projet. Les principaux points à examiner en rapport avec la survenue de tout événement exonératoire sont le fait de savoir si du temps supplémentaire est accordé au concessionnaire pour lui permettre de s'acquitter de ses obligations et quelle partie supporte les coûts liés au retard ou le coût de réparation des biens endommagés.

75. Pendant la phase de construction, la survenue de circonstances exonératoires justifie généralement de prolonger le temps accordé pour achever l'infrastructure. À cet égard, il importe d'examiner les incidences de tout prolongement de ce type sur la durée globale du projet, en particulier lorsque la phase de construction est prise en compte pour calculer la période de concession totale. Les retards dans l'achèvement de l'infrastructure raccourcissent la période d'exploitation et peuvent influer négativement sur les estimations globales de recettes du concessionnaire et des prêteurs. Il est donc conseillé d'examiner dans quelles circonstances il peut être justifié de prolonger la période de concession de façon à prendre en compte les prolongations éventuelles survenant pendant la phase de construction. Enfin, il est conseillé de disposer que, si l'événement en question est de nature permanente, les parties peuvent résilier l'accord de projet (voir également chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___).

76. Une autre question importante est le fait de savoir si le concessionnaire aura droit à une compensation pour la perte de recettes ou les atteintes aux biens résultant de la survenue de circonstances exonératoires. La réponse à cette question est donnée par la répartition des risques prévue dans l'accord de projet. Sauf pour les cas dans lesquels les pouvoirs publics prévoient une forme quelconque d'appui direct (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ___), les projets d'infrastructure à financement privé sont généralement exécutés aux propres risques du concessionnaire, y compris le risque de pertes pouvant résulter de catastrophes naturelles et d'autres circonstances exonératoires contre lequel le concessionnaire est généralement tenu de fournir une assurance adéquate (voir par. 57 et 58). Ainsi, certaines législations excluent expressément toute forme de compensation du concessionnaire en cas de perte ou dommage résultant de la survenue de circonstances exonératoires. Il ne s'ensuit pas nécessairement, cependant, qu'un événement qualifié de circonstance exonératoire ne puisse pas, dans le même temps, justifier une révision des conditions de l'accord de projet de façon à rétablir son équilibre économique et financier (voir également par. 59 à 68).

77. Cependant, un type différent de répartition des risques est parfois envisagé pour les projets nécessitant la construction d'infrastructures détenues en permanence par l'autorité contractante ou d'infrastructures qui sont tenues d'être transférées à l'autorité contractante à la fin de la période de projet. Dans certains pays, l'autorité contractante est autorisée à prendre des dispositions lui permettant d'aider le concessionnaire à réparer ou à reconstruire des ouvrages d'infrastructure endommagés par des catastrophes naturelles ou des événements analogues définis dans l'accord de projet, à condition que la possibilité d'une telle assistance ait été envisagée dans l'appel d'offres. Parfois, l'autorité contractante est autorisée à verser une compensation au concessionnaire en cas d'interruption des travaux pendant plus d'un certain nombre de jours jusqu'à une durée maximale, si l'interruption est causée par un événement dont le concessionnaire n'est pas responsable.

78. Dans l'éventualité où le concessionnaire serait mis dans l'impossibilité d'exécuter les travaux en raison d'un tel empêchement et dans l'éventualité où les parties ne parviendraient pas à procéder à une révision acceptable du contrat, certaines lois nationales autorisent le concessionnaire à résilier l'accord de projet, sans préjudice de la compensation qui pourrait être due dans ces circonstances (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___).

79. Les dispositions statutaires et contractuelles relatives aux circonstances exonératoires doivent également être examinées à la lumière des autres règles régissant l'offre du service concerné. La législation de certains pays exige

que les prestataires de services publics fassent de leur mieux pour continuer à fournir le service malgré la survenue de circonstances définies comme empêchements contractuels (voir par. 23 et 24). Dans ces cas, il est conseillé d'examiner dans quelle mesure une telle obligation peut raisonnablement être imposée au concessionnaire et quelle compensation peut être due pour les coûts additionnels et difficultés auxquels ce dernier doit faire face.

H. *Défaillances et recours*

80. En règle générale, il existe un grand nombre de recours dont les parties peuvent convenir pour faire face aux conséquences d'une défaillance, recours pouvant aller jusqu'à la résiliation. La présente section examine des considérations générales sur les défaillances et sur les recours dont peuvent se prévaloir l'une et l'autre parties (voir par. 81 et 82). Elle examine l'incidence législative de certains types de recours destinés à rectifier les causes de la défaillance et à assurer la continuité du projet, en particulier l'intervention de l'autorité contractante (voir par. 83 à 86) ou la substitution du concessionnaire (voir par. 87 à 91). Le recours ultime consistant à résilier l'accord de projet et les conséquences de cette résiliation sont examinés ailleurs dans le *Guide* (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___).

1. *Considérations générales sur les défaillances et sur les recours*

81. Les recours, en cas de défaillance du concessionnaire, incluent généralement les recours habituels prévus dans les contrats de construction ou de services à long terme: déchéance des garanties, sanctions contractuelles et dommages-intérêts spécifiés[2]. Dans la plupart des cas, ces recours sont généralement contractuels par nature et ne donnent pas lieu à d'importantes considérations législatives. Néanmoins, il importe d'établir des procédures adéquates concernant la constatation et la correction des défaillances. Dans certains pays, pour imposer des sanctions contractuelles, il faut produire les résultats d'inspections officielles et mettre en œuvre d'autres procédures, y compris, avant l'imposition de sanctions plus sévères, l'examen de l'autorité contractante par des fonctionnaires de rang supérieur. Ces procédures peuvent être complétées par des dispositions établissant une distinction entre les vices qui peuvent être rectifiés et ceux qui ne peuvent pas l'être et fixant les procédures et recours correspondants. Il est généralement conseillé d'exiger que le concessionnaire reçoive une notification le mettant en demeure de remédier au manquement dans un délai suffisant. Il peut également être conseillé d'envisager le versement de pénalités ou de dommages-intérêts spécifiés par le concessionnaire en cas d'inexécution d'obligations essentielles et de préciser qu'aucune sanction ne s'applique en cas d'inexécution d'obligations secondaires ou accessoires et pour lesquelles d'autres recours peuvent être obtenus en vertu de la législation nationale. De surcroît, un système de suivi des résultats prévoyant des sanctions ou des dommages-intérêts spécifiés peut être complété par un programme de bonus payables au concessionnaire dont les résultats iraient au-delà des conditions convenues.

82. Alors que l'autorité contractante peut se prémunir contre les conséquences d'une défaillance du concessionnaire par diverses dispositions contractuelles juridiquement protégées, les recours dont peut se prévaloir le concessionnaire peuvent être soumis à un certain nombre de restrictions en vertu du droit applicable. D'importantes restrictions peuvent découler de principes du droit accordant aux organismes publics l'immunité contre toute poursuite judiciaire ou mesure d'exécution. En fonction de la nature juridique de l'autorité contractante ou des organismes publics qui assument des obligations vis-à-vis du concessionnaire, ce dernier peut se voir refuser la possibilité de faire appliquer des mesures d'exécution pour faire respecter des obligations contractées par ces entités publiques (voir également chap. VIII, "Règlement des différends", ___). Cette situation rend d'autant plus nécessaire de prévoir des mécanismes prémunissant le concessionnaire contre les conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante, par exemple, au moyen de garanties publiques couvrant certaines défaillances ou de garanties offertes par des tierces parties telles que des institutions de prêt multilatérales (voir également chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ___).

2. *Droits d'intervention de l'autorité contractante*

83. Certaines législations nationales autorisent expressément l'autorité contractante à assumer temporairement l'exploitation de l'infrastructure, généralement en cas de défaillance du concessionnaire, en particulier lorsque l'autorité contractante est statutairement tenue d'assurer la livraison effective et permanente du service concerné. Dans certains systèmes juridiques, cette prérogative est considérée comme inhérente à la plupart des contrats publics et peut être présumée exister même lorsqu'elle n'est pas expressément mentionnée dans la législation ou dans l'accord de projet.

84. On notera que le droit qu'a l'autorité contractante d'intervenir, son "droit d'intervention", est une mesure extrême. Les investisseurs risquent en effet de craindre que l'autorité contractante ne l'utilise afin d'imposer ses propres vues sur la façon dont le service doit être fourni, voire pour prendre le contrôle des avoirs du projet. Il est donc conseillé de définir aussi clairement que possible les circonstances dans lesquelles ces droits d'intervention peuvent être exercés. Il peut être utile de préciser dans la législation que l'intervention de l'autorité contractante dans le projet est temporaire et est destinée à remédier à un problème spécifique urgent auquel le concessionnaire n'a pas été en mesure de remédier. Le concessionnaire devrait assumer de nouveau la responsabilité de la prestation du service une fois la situation d'urgence résolue. Il importe de réserver le droit de l'autorité contractante à intervenir en cas de dysfonctionnement grave du service et pas uniquement en cas d'insatisfaction vis-à-vis des résultats du concessionnaire.

[2]Pour un examen des recours utilisés dans les contrats de construction d'installations industrielles complexes, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*, chap. XVIII, "Retard, vices et autres cas d'inexécution".

85. L'aptitude de l'autorité contractante à intervenir peut être limitée par le fait qu'il peut être difficile de trouver et d'engager immédiatement un sous-traitant capable de mettre en œuvre les activités ayant motivé l'intervention de l'autorité contractante. De surcroît, en intervenant fréquemment, l'autorité contractante peut avoir à assumer de nouveau des risques qui avaient été transférés, dans l'accord de projet, au concessionnaire. Le concessionnaire ne devrait pas escompter que l'autorité contractante intervienne pour faire face à un risque particulier au lieu de l'assumer lui-même, comme l'exige l'accord de projet.

86. Il est conseillé de préciser, dans l'accord de projet, quelle partie supporte le coût d'une intervention de l'autorité contractante. Dans la plupart des cas, le concessionnaire devrait supporter les coûts encourus par l'autorité contractante lorsque l'intervention est motivée par une défaillance imputable à la propre faute du concessionnaire. Dans certains cas, pour prévenir des différends quant à la responsabilité et au niveau approprié des coûts, l'accord peut autoriser l'autorité contractante à intervenir pour remédier au problème elle-même, puis à facturer le coût réel de cette intervention (y compris ses propres dépenses administratives) au concessionnaire. Lorsque, cependant, cette intervention a lieu suite à la survenue d'un empêchement exonératoire (voir par. 69 à 79), les parties peuvent convenir d'une solution différente, en fonction de la façon dont ce risque particulier a été réparti dans l'accord de projet.

3. *Droits d'intervention des prêteurs et transfert obligatoire de la concession*

87. Pendant la durée du projet, il peut se produire des situations où, en raison d'une défaillance du concessionnaire ou de la survenue d'un événement extraordinaire échappant au contrôle du concessionnaire, il pourrait être de l'intérêt des parties d'écarter une résiliation du projet (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___) en permettant au projet de continuer sous la responsabilité d'un concessionnaire différent. Les prêteurs, dont la principale garantie est liée aux recettes tirées du projet, sont particulièrement préoccupés par le risque d'interruption ou de résiliation du projet avant que les prêts ne soient remboursés. En cas de défaillance ou d'empêchement du concessionnaire, les prêteurs auront intérêt à faire en sorte que les travaux ne soient pas laissés inachevés et que la concession soit exploitée de façon rentable. L'autorité contractante peut également avoir intérêt à ce que le projet soit poursuivi par un nouveau concessionnaire, pour ne pas avoir à intervenir et à le poursuivre sous sa propre responsabilité.

88. Des clauses permettant aux prêteurs de sélectionner, avec l'approbation de l'autorité contractante, un nouveau concessionnaire pour exécuter le projet dans le cadre de l'accord de projet existant ont été incluses dans plusieurs accords récents portant sur d'importants projets d'infrastructure. Ces clauses sont généralement complétées par un accord direct entre l'autorité contractante et les prêteurs qui accordent des financements au concessionnaire. Ce type d'accord direct a principalement pour objectif de permettre aux prêteurs d'écarter une résiliation par l'autorité contractante lorsque le concessionnaire fait défaut en substituant un concessionnaire qui continuera d'exécuter le projet dans le cadre de l'accord de projet en lieu et place du concessionnaire défaillant. À la différence du droit d'intervention de l'autorité contractante, qui a trait à un dysfonctionnement spécifique, temporaire et grave du service, le droit d'intervention des prêteurs s'applique aux cas où l'incapacité du concessionnaire à fournir le service est récurrente ou apparemment irrémédiable.

89. Les pays qui ont récemment recouru à de tels accords directs ont estimé que la possibilité d'écarter une résiliation et de proposer un autre concessionnaire donne aux prêteurs une garantie supplémentaire contre une éventuelle défaillance du concessionnaire. Dans le même temps, elle permet à l'autorité contractante d'éviter l'interruption résultant d'une résiliation de l'accord de projet et d'assurer ainsi la continuité du service. Dans les pays où les prêteurs peuvent être motivés par une garantie portant sur l'ensemble des droits et intérêts du concessionnaire en vertu de l'accord de projet (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___), il peut exister un droit implicite d'intervention chaque fois qu'une situation particulière constitue une défaillance en vertu des accords de prêt.

90. Dans certains pays, cependant, l'application de ces clauses peut rencontrer des difficultés en l'absence d'autorisation législative. L'incapacité du concessionnaire à s'acquitter de ses obligations est généralement invoquée par l'autorité contractante pour reprendre l'exploitation de l'infrastructure ou résilier l'accord (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___). Pour sélectionner un nouveau concessionnaire qui succédera au concessionnaire défaillant, l'autorité contractante doit souvent suivre les mêmes procédures que pour la sélection du concessionnaire initial, et il peut ne pas être possible pour l'autorité contractante de s'entendre, en consultation avec les prêteurs, sur l'engagement d'un concessionnaire qui n'aurait pas été sélectionné conformément à ces procédures. Par ailleurs, même lorsque l'autorité contractante est autorisée, en cas d'urgence, à négocier avec un nouveau concessionnaire, un nouvel accord de projet peut devoir être conclu avec le nouveau concessionnaire. Or, il se peut que ce dernier ne soit pas à même d'assumer toutes les obligations de son prédécesseur.

91. Il peut donc être utile, dans la législation, de reconnaître à l'autorité contractante le droit de conclure avec les prêteurs des accords leur permettant de désigner un nouveau concessionnaire chargé d'exécuter l'accord de projet existant dans l'éventualité où le concessionnaire ferait gravement défaut à son obligation de fournir le service requis en vertu de l'accord de projet, ou en cas de survenue d'autres événements spécifiés qui pourraient justifier la résiliation de l'accord de projet. L'accord entre l'autorité contractante et les prêteurs devrait notamment préciser les points suivants: les circonstances dans lesquelles les prêteurs seraient autorisés à substituer un nouveau concessionnaire; les procédures de substitution du concessionnaire; les motifs de refus par l'autorité contractante d'un substitut proposé; et l'obligation qu'auraient les prêteurs d'assurer le service au niveau et dans les conditions stipulés dans l'accord de projet.

[A/CN.9/458/Add.7]

CHAPITRE VI. ACHÈVEMENT DU PROJET, PROROGATION ET RÉSILIATION

Recommandations concernant la législation

1. *Prorogation de l'accord de projet (voir par. 2 à 4)*

1. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet peut être prorogé dans des circonstances exceptionnelles, notamment:

a) Pour compenser une suspension du projet ou un manque à gagner dus à des événements constituant un empêchement;

b) Pour compenser une suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres organismes publics;

c) Pour permettre au concessionnaire de recouvrer le montant de travaux extraordinaires exigés par l'ouvrage et que le concessionnaire ne pourrait pas amortir pendant la durée normale de l'accord de projet sans une hausse déraisonnable du coût.

2. *Résiliation par l'autorité contractante (voir par. 10 à 23)*

2. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'autorité contractante peut résilier l'accord de projet:

a) Dans le cas de défaillance grave de la part du concessionnaire, dans les circonstances précisées dans l'accord du projet, en particulier si l'on ne peut plus s'attendre raisonnablement que le concessionnaire puisse ou veuille s'acquitter de ses obligations;

b) Dans le cas où le concessionnaire est déclaré insolvable ou en état de faillite;

c) Au gré de l'autorité contractante, sous réserve du versement de dédommagements équitables au concessionnaire.

3. Le pays hôte voudra peut-être prévoir qu'avant de résilier l'accord de projet l'autorité contractante est tenue, selon le cas:

a) D'accorder au concessionnaire une période supplémentaire pour s'acquitter de ses obligations ou pour remédier aux conséquences de sa défaillance;

b) D'adresser une notification aux prêteurs et aux garants du concessionnaire, selon le cas, pour qu'il soit remédié aux conséquences de la défaillance du concessionnaire dans un délai raisonnable ou pour que soit désigné un concessionnaire suppléant conformément aux termes de leurs accords passés avec l'autorité contractante.

3. *Résiliation par le concessionnaire (voir par. 24 à 29)*

4. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que le concessionnaire peut résilier l'accord de projet:

a) Dans le cas de défaillance grave de la part de l'autorité contractante ou d'un autre organisme du pays hôte dans l'exercice de ses obligations, conformément à l'accord de projet; ou

b) Lorsque l'exécution des obligations du concessionnaire est rendue sensiblement plus onéreuse en raison d'ordres de modifications émanant de l'autorité contractante ou de changements imprévus des conditions et que les parties ne sont pas convenues d'une révision appropriée de l'accord de projet.

4. *Résiliation par l'une ou l'autre partie (voir par. 30 et 31)*

5. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet peut également être résilié:

a) Lorsque l'exécution des obligations par l'une ou l'autre partie est rendue impossible par des empêchements exonératoires; ou

b) Par consentement mutuel.

5. *Transfert d'actifs à l'autorité contractante (voir par. 34 et 35)*

6. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet:

a) Recense les catégories d'actifs que le concessionnaire est tenu de transférer à l'autorité contractante au moment de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet et expose les critères pour établir, le cas échéant, les dédommagements auxquels le concessionnaire pourrait avoir droit à cet égard;

b) Recense les catégories d'actifs que l'autorité contractante, selon son choix, peut acheter au concessionnaire contre paiement à leur valeur au prix du marché;

c) Recense les catégories d'actifs que le concessionnaire peut librement retrancher ou dont il peut librement disposer au moment de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet.

6. *Transfert d'actifs à un nouveau concessionnaire (voir par. 36)*

7. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que le concessionnaire peut être tenu de faire en sorte que chacun des actifs mentionnés aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 6 ci-dessus soit mis à la disposition d'un nouveau concessionnaire moyennant un dédommagement approprié pour les actifs qui n'ont pas été complètement amortis pendant la période du projet.

7. *Arrangements financiers lors de la résiliation (voir par. 39 à 45)*

8. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet stipule comment les dédommagements dus au concessionnaire en cas de résiliation de l'accord de projet doivent être calculés, notamment:

a) Les dédommagements correspondant à la juste valeur des travaux accomplis au titre de l'accord de projet si celui-ci est résilié pour des raisons attribuables au concessionnaire;

b) Les dédommagements correspondant à la juste valeur des travaux accomplis par le concessionnaire, ainsi qu'aux pertes causées à ce dernier, y compris le manque à gagner, si l'accord de projet est résilié pour des raisons attribuables à l'autorité contractante;

c) Les dédommagements correspondant à la juste valeur des travaux accomplis par le concessionnaire et d'autres dédommagements qui pourraient être appropriés en la circonstance, si l'accord de projet est résilié en raison d'empêchements exonératoires ou au gré de l'autorité contractante.

8. *Mesures de liquidation et mesures transitoires (voir par. 46 à 58)*

9. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet énonce les droits et obligations des parties en ce qui concerne:

a) Le transfert de la technologie requise pour le fonctionnement de l'ouvrage;

b) La formation du personnel de l'autorité contractante au fonctionnement et à la maintenance de l'ouvrage;

c) La prestation, par le concessionnaire, de services d'exploitation et de maintenance et la fourniture de pièces détachées, au besoin, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante.

Notes sur les recommandations concernant la législation

A. *Observations générales*

1. La plupart des projets d'infrastructure à financement privé sont entrepris pour une certaine période au terme de laquelle le concessionnaire transfère à l'autorité contractante la responsabilité de l'exploitation de l'infrastructure. Les éléments à prendre en compte lors de l'établissement de la période de concession ont été abordés dans une autre partie du *Guide* (voir chap. IV, "L'accord de projet", ...). Le présent chapitre examine les questions associées à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet, qui, dans de nombreux pays, sont prises en compte dans les dispositions légales. La section B traite de la question de savoir si, et dans quelles circonstances, l'accord de projet peut être prorogé (voir par. 2 à 4). La section C passe en revue les circonstances qui peuvent autoriser la résiliation de l'accord de projet avant la date de son expiration (voir par. 5 à 31). Enfin, la section D aborde les conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet, y compris le transfert des actifs du projet et les dédommagements auxquels chacune des parties peut prétendre au moment de la résiliation, ainsi que les dispositions applicables à la liquidation du projet (voir par. 32 à 58).

B. *Prorogation de l'accord de projet*

2. Dans la pratique contractuelle de certains pays, l'autorité contractante et le concessionnaire peuvent convenir de prolonger une ou plusieurs fois la période de concession. Le plus souvent, toutefois, le droit interne n'autorise la prorogation de l'accord de projet que dans des circonstances exceptionnelles. Dans ce cas, au moment de l'expiration de l'accord de projet, l'autorité contractante est normalement tenue d'engager un nouveau processus de sélection pour choisir un nouveau concessionnaire, en recourant habituellement aux mêmes procédures que celles qui ont été appliquées pour sélectionner le concessionnaire dont la concession est arrivée à expiration (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", ...).

3. Un certain nombre de pays ont jugé utile d'exiger que les concessions exclusives fassent de temps à autre l'objet d'une nouvelle soumission et ne soient pas librement prorogées par les parties. Le renouvellement périodique de l'appel d'offres peut fortement inciter le concessionnaire à obtenir de bons résultats. La période qui s'écoule entre l'octroi initial de la concession et le premier renouvellement (et les renouvellements ultérieurs) de l'appel d'offres devrait prendre en compte le niveau des investissements et les autres risques consentis par le concessionnaire. Par exemple, s'agissant des concessions concernant la collecte de déchets solides, qui n'exigent pas d'investissement lourd en capital fixe, la périodicité peut être relativement courte (par exemple, entre trois et cinq ans), alors que des périodes plus longues seront peut-être souhaitables, par exemple, pour les concessions concernant la distribution d'électricité ou d'eau. Dans la plupart des pays, le renouvellement de l'appel d'offres coïncide avec la fin du projet, alors que dans d'autres, une concession peut être octroyée pour une longue période (par exemple, 99 ans) avec renouvellement périodique de l'appel d'offres (par exemple, tous les 10 ou 15 ans). Dans ce dernier mécanisme, qui a été adopté dans quelques pays, le premier renouvellement intervient avant que le concessionnaire n'ait pleinement recouvré sa mise. À titre de mesure d'incitation à l'égard de l'exploitant titulaire, certaines législations disposent que la préférence peut être accordée au concessionnaire sur d'autres candidats dans l'octroi de concessions ultérieures pour la même activité. Toutefois, le concessionnaire peut avoir des droits patrimoniaux qui devront être compensés s'il ne remporte pas l'appel d'offres suivant. Dans ce cas, le montant versé par le nouveau concessionnaire peut lui être attribué en totalité ou en partie. Le fait que le candidat sélectionné soit tenu de rembourser le concessionnaire titulaire pour compenser ses droits patrimoniaux et les investissements non encore récupérés réduit le risque à long terme encouru par les investisseurs et les prêteurs et leur offre une précieuse possibilité de sortie.

4. Nonobstant ces considérations, il est souhaitable de ne pas exclure totalement la possibilité de négocier une prorogation de la période de concession lorsque les conditions sont exceptionnelles. La durée d'un projet d'infrastructure est un des principaux facteurs pris en considération dans la négociation des arrangements financiers et a une incidence directe sur le prix des services fournis par le concessionnaire. Les parties jugeront peut-être que la prorogation de l'accord de projet (venant se substituer à d'autres mécanismes de dédommagement ou associée à ces derniers) peut être une option utile pour faire face à des circons-

tances inattendues ou extraordinaires se manifestant durant la vie du projet. Il peut s'agir d'une des circonstances suivantes: prorogation pour compenser une suspension du projet ou un manque à gagner dû à des empêchements (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...); prorogation pour compenser une suspension du projet induite par l'autorité contractante ou par d'autres organismes publics (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...); ou prorogation pour permettre au concessionnaire de recouvrer le coût de travaux extraordinaires qui se sont révélés nécessaires dans l'ouvrage et que le concessionnaire ne pourrait pas amortir pendant la durée normale de l'accord de projet sans hausse de coût déraisonnable (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...). Pour renforcer la transparence et le sens des responsabilités, dans certains pays la prorogation de la période de concession fait l'objet d'une limite cumulative globale ou requiert l'approbation d'une autorité publique spécialement désignée.

C. *Résiliation*

5. Les motifs de résiliation de l'accord de projet avant la date de son expiration et les conséquences d'une résiliation anticipée sont souvent traités dans le droit interne. Habituellement, la loi autorise les parties à résilier l'accord de projet suite à certains types d'événements. L'intérêt majeur de toutes les parties intervenant dans un projet d'infrastructure à financement privé est de veiller à ce que l'ouvrage soit achevé dans des conditions satisfaisantes et à ce que le service public considéré continue d'être fourni dans de bonnes conditions. Étant donné les graves conséquences qu'implique la résiliation, le service pouvant en effet être interrompu, voire supprimé, la résiliation devrait dans la plupart des cas être considérée comme une mesure de dernier recours. Les conditions de l'exercice de ce droit par l'une ou l'autre partie devraient être soigneusement examinées. Il se peut qu'elles ne soient pas nécessairement identiques, mais il est en général souhaitable en la matière de parvenir à un équilibre à peu près équitable des droits et des conditions pour les deux parties.

6. Outre la nécessité de recenser les circonstances ou les catégories d'événements qui peuvent donner lieu à un droit de résiliation, il est souhaitable que les parties envisagent des procédures appropriées pour déterminer s'il existe des raisons valables de résilier l'accord de projet. Il importe en particulier de savoir si l'accord de projet peut être résilié unilatéralement ou si cette résiliation requiert une décision d'un organe judiciaire ou autre de règlement des différends (voir chap. VIII, "Règlement des différends", ...).

7. Habituellement, le concessionnaire n'a pas le droit de résilier l'accord de projet unilatéralement, mais, dans la pratique contractuelle générale de certains pays, ce droit peut être exercé par un organisme public, sous réserve du versement de dédommagements. Dans certains pays, toutefois, une exception est faite dans le cas des concessions de services publics, dont la nature contractuelle est jugée incompatible avec des droits de résiliation unilatéraux. Enfin, certains systèmes juridiques ne reconnaissent pas de droits de résiliation unilatéraux aux organismes publics. L'autorité contractante peut estimer qu'un droit de résiliation unilatéral peut jouer un rôle important pour encourager le concessionnaire à obtenir de bons résultats. Elle peut également considérer qu'un tel droit peut économiser du temps lorsqu'il faut prendre les mesures nécessaires pour garantir la continuité du service en cas de défaillance irréparable de la part du concessionnaire. Toutefois, les promoteurs du projet et les prêteurs pourraient s'inquiéter du risque de résiliation prématurée ou injustifiée de la part de l'autorité contractante, même lorsque la décision de résilier peut être soumise à un examen par l'intermédiaire du mécanisme de règlement des différends. Il convient également de noter que le fait de donner à l'autorité contractante le droit unilatéral de résilier l'accord de projet ne saurait convenablement remplacer un mécanisme contractuel bien conçu de suivi des résultats ou des garanties appropriées de résultat (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...).

8. Ainsi, les dispositions régissant la résiliation devraient être mises en parallèle avec les recours en cas de défaillance prévus dans l'accord de projet. En particulier, il convient d'établir une distinction entre les conditions de résiliation et les conditions d'intervention de l'autorité contractante (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...). Il importe aussi de considérer les droits de résiliation de l'autorité contractante par rapport aux accords financiers négociés par le concessionnaire avec ses prêteurs. Dans la plupart des situations, les faits qui peuvent conduire à la résiliation de l'accord de projet constitueraient aussi des cas de défaillance en vertu des accords de prêt, de sorte que la totalité de l'encours de la dette du concessionnaire pourrait devenir immédiatement exigible. Ainsi, il conviendrait d'essayer d'éviter le risque de résiliation en ayant recours dans un premier temps à un accord direct, qui permettrait aux prêteurs de trouver un autre concessionnaire lorsque la résiliation de l'accord de projet avec le concessionnaire initial paraît imminente (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...).

9. À la lumière de ce qui précède, il est en général souhaitable de veiller à ce que la résiliation de l'accord de projet donne lieu, dans la plupart des cas, à une conclusion définitive prononcée par l'organe de règlement des différends stipulé dans l'accord de projet. Une telle disposition limiterait les préoccupations que pourrait susciter un recours prématuré ou injustifié à la résiliation. Par ailleurs, cela n'empêcherait pas l'adoption de mesures appropriées pour assurer la continuité du service en attendant la décision finale de l'organe de règlement des différends, pour autant que des recours contractuels en cas de défaillance, comme un droit d'intervention de l'autorité contractante et des prêteurs, soient prévus dans l'accord de projet.

1. *Résiliation par l'autorité contractante*

10. Les droits de résiliation de l'autorité contractante renvoient en général à trois types de situations: défaillance grave du concessionnaire; insolvabilité ou faillite du concessionnaire; et résiliation au gré de l'autorité contractante.

a) *Défaillance grave du concessionnaire*

11. Un certain nombre de législations nationales donnent à l'autorité contractante le droit de résilier l'accord de projet en cas de défaillance du concessionnaire. Compte tenu des effets perturbateurs de la résiliation et pour assurer la continuité du service, il n'est pas souhaitable de considérer la résiliation comme une sanction chaque fois que les résultats du concessionnaire ne donnent pas satisfaction. Au contraire, il est en général conseillé de n'employer ce recours extrême qu'en cas de défaut d'exécution "particulièrement grave" ou "répété", notamment lorsqu'on ne peut plus raisonnablement s'attendre que le concessionnaire puisse ou veuille s'acquitter de ses obligations conformément à l'accord de projet. De nombreux systèmes juridiques utilisent des expressions techniques spécifiques pour caractériser les situations où le degré de défaillance d'une partie contractante est tel que l'autre partie peut résilier la relation contractuelle avant sa date d'expiration (par exemple, "contravention essentielle" ou des expressions analogues). Ces situations sont présentées dans le *Guide* comme des "défaillances graves".

12. Le fait de circonscrire la possibilité d'une résiliation aux cas de défaillance grave peut donner aux prêteurs et aux promoteurs du projet l'assurance qu'ils seront protégés contre des décisions déraisonnables ou prématurées de la part de l'autorité contractante. La loi peut en général prévoir que l'autorité contractante a le droit de résilier l'accord de projet en cas de défaillance grave du concessionnaire, en laissant à l'accord de projet le soin de définir plus précisément la notion de défaillance grave et, le cas échéant, en en donnant des exemples. D'un point de vue pratique, il n'est pas conseillé d'essayer, par la voie légale ou dans l'accord de projet, de prévoir une liste exhaustive des cas justifiant la résiliation.

13. En général, il est souhaitable que soit accordé au concessionnaire un délai supplémentaire pour s'acquitter de ses obligations et parer aux conséquences de sa défaillance avant que l'autorité contractante n'emploie des recours. Par exemple, il faudrait aviser le concessionnaire de la nature des circonstances pertinentes et lui demander d'y remédier au cours d'une certaine période. Il faudrait également donner aux prêteurs et aux garants, selon le cas, la possibilité de parer aux conséquences de la défaillance du concessionnaire conformément aux termes d'un accord direct passé entre les prêteurs et l'autorité contractante ou aux termes de garanties d'exécution fournies par l'autorité contractante (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...). Le projet d'accord peut également prévoir que, s'il n'est pas remédié aux circonstances avant l'expiration de la période indiquée, l'autorité contractante peut résilier l'accord de projet, sous réserve d'en aviser au préalable les prêteurs et de leur donner la possibilité d'exercer leur droit de substitution dans un certain délai conformément à la procédure pertinente prévue dans l'accord direct. Toutefois, il convient de fixer des délais raisonnables, car l'on ne peut s'attendre que l'autorité contractante supporte indéfiniment le coût d'une éventuelle violation de l'accord par le concessionnaire. En outre, ces procédures doivent s'entendre sans préjudice du droit de l'autorité contractante d'intervenir pour prévenir le risque d'une interruption du service par le concessionnaire (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...).

i) Défaillance grave avant le début de la construction

14. En général, le concessionnaire doit s'acquitter d'un ensemble de mesures avant d'entreprendre les travaux de construction. Cette obligation est souvent considérée comme une condition à l'entrée en vigueur de l'accord de projet. Des exemples de situations qui souvent justifient le retrait de la concession au début de la procédure peuvent notamment être les suivants:

a) Incapacité d'obtenir les moyens financiers nécessaires, de signer l'accord de projet ou de créer la société de projet dans le délai requis;

b) Incapacité d'obtenir les licences ou les autorisations nécessaires pour mener l'activité qui fait l'objet de la concession;

c) Incapacité d'entreprendre la construction de l'ouvrage, de commencer à exécuter le projet ou de soumettre les plans et les études techniques nécessaires dans un délai fixé à partir de l'octroi de la concession.

15. En principe, la résiliation devrait être réservée aux situations où l'autorité contractante ne peut plus raisonnablement s'attendre que le concessionnaire sélectionné prenne les mesures nécessaires pour commencer à exécuter le projet. À cet égard, il importe que l'autorité contractante prenne en considération toutes les circonstances qui pourraient excuser le retard pris par le concessionnaire pour s'acquitter de ses obligations. En outre, le concessionnaire ne devrait pas subir les conséquences de l'inaction ou d'une erreur de la part de l'autorité contractante ou d'autres organismes publics. Par exemple, la résiliation de l'accord de projet ne devrait pas normalement être justifiée lorsque le concessionnaire, pour des raisons indépendantes de sa volonté, ne parvient pas à obtenir auprès des pouvoirs publics, dans les délais convenus, les licences et autorisations requises.

ii) Défaillance grave pendant la phase de construction

16. Les exemples de situations pouvant justifier la résiliation de l'accord de projet pendant la phase de construction sont notamment les suivants:

a) Incapacité de respecter les règles de construction, les spécifications ou la conception minimale et les normes de résultat et incapacité inexcusable d'achever les travaux dans le délai convenu;

b) Incapacité de fournir ou de renouveler les garanties requises dans les conditions convenues;

c) Violation des obligations légales ou contractuelles essentielles, prévues dans l'accord de projet.

17. La résiliation devrait être proportionnée à l'importance de la défaillance du concessionnaire et aux conséquences de cette défaillance pour l'autorité contractante. Par exemple, celle-ci peut avoir un intérêt légitime à préciser la date à laquelle les travaux de construction doivent être achevés et il serait de ce fait justifié qu'elle considère un retard dans l'achèvement des travaux comme un cas de défaillance et, donc, comme un motif de résiliation. Toutefois, le seul retard, en particulier s'il n'est pas excessif au regard des spécifications de l'accord de projet, ne devrait pas être une raison suffisante de résiliation lorsque l'autorité contractante s'est par ailleurs assurée de l'aptitude du

concessionnaire à achever les travaux de construction, conformément aux normes de qualité requises, et de son engagement de mener sa tâche à bien.

iii) Défaillance grave pendant la phase d'exploitation

18. Des exemples particuliers de défaillance pouvant justifier la résiliation de la concession pendant la phase d'exploitation sont notamment les suivants:

a) Grave incapacité de fournir des services conformément aux normes de qualité légales et contractuelles;

b) Suspension ou interruption inexcusables de la fourniture du service considéré sans le consentement préalable de l'autorité contractante;

c) Grave incapacité du concessionnaire de maintenir l'ouvrage, ainsi que le matériel et les dépendances y relatifs conformément aux normes de qualité convenues, et retard inexcusable dans l'exécution des travaux de maintenance conformément aux plans, programmes et calendriers convenus;

d) Méconnaissance des mesures de contrôle des prix, le cas échéant, ou autre violation grave des règles, règlements ou dispositions contractuelles régissant la fourniture du service considéré;

e) Non-exécution des sanctions infligées par l'autorité contractante ou l'organisme réglementaire, selon le cas, pour violation des obligations du concessionnaire.

19. Pour promouvoir la transparence et l'intégrité dans les affaires publiques, la législation de certains pays prévoit en outre la résiliation de l'accord de projet lorsque le concessionnaire est coupable de fraudes fiscales ou d'autres types d'actes frauduleux, ou si ses agents ou salariés sont impliqués dans la corruption de fonctionnaires ou se livrent à d'autres pratiques de corruption (voir également chap. VII, "Droit applicable", ...). Dans ces cas, il peut être souhaitable d'établir dans quelle mesure le concessionnaire se livre effectivement à des pratiques de corruption pour influencer les décisions de fonctionnaires en sa faveur, ou si des versements illégaux sont opérés sous des pressions irrésistibles ou sous la menace de fonctionnaires du pays hôte (délit souvent qualifié de "concussion").

b) *Insolvabilité du concessionnaire*

20. En général, il faut assurer en permanence des services d'infrastructure et c'est pourquoi la plupart des législations nationales stipulent que l'accord peut être résilié si le concessionnaire est déclaré insolvable ou en faillite. Afin de garantir la continuité du service, les actifs et les biens qui doivent être cédés à l'autorité contractante peuvent être exclus de la procédure d'insolvabilité et la loi peut exiger l'approbation préalable des pouvoirs publics pour tout acte de disposition, par un liquidateur ou un administrateur de l'insolvabilité, d'une catégorie quelconque d'actifs détenus par le concessionnaire.

21. Dans les systèmes juridiques qui autorisent la constitution de sûretés réelles sur la concession proprement dite (voir chap. IV, "L'accord de projet", ...), la loi dispose habituellement que l'autorité contractante peut, en consultation avec les créanciers nantis, désigner un administrateur temporaire pour assurer la continuité du service considéré, en attendant que les créanciers nantis admis dans la procédure d'insolvabilité décident, sur recommandation de l'administrateur de l'insolvabilité, si l'activité doit être poursuivie ou si le droit d'exploiter la concession doit être mis aux enchères.

c) *Résiliation au gré de l'autorité contractante*

22. Dans la pratique contractuelle de certains pays, les organismes publics qui font exécuter des travaux de construction conservent habituellement le droit de résilier le contrat de travaux à leur gré (c'est-à-dire sans avoir à fournir de justification, si ce n'est en invoquant l'intérêt de l'État). Dans certaines juridictions de *"common law"*, ce droit ne peut être exercé que s'il est expressément stipulé dans une loi ou dans le contrat. Plusieurs systèmes juridiques s'inscrivant dans la tradition du droit romain reconnaissent également aux organismes publics le pouvoir analogue de résilier un contrat pour des raisons d'"ordre public" ou d'intérêt "général". Dans certains pays, ce droit peut être tacite au regard de l'autorité contractante publique, même en l'absence d'une disposition légale ou contractuelle explicite à cet effet. Dans la mesure où le pouvoir de déterminer ce qui constitue l'intérêt public peut relever de la discrétion des pouvoirs publics, le droit absolu de résilier un contrat pour des raisons d'intérêt public est comparable à une résiliation au gré de l'autorité contractante. Le droit des pouvoirs publics de résilier un contrat à leur gré ou pour des raisons d'intérêt public, dans les systèmes juridiques qui reconnaissent une telle notion, est jugé essentiel pour préserver le pouvoir discrétionnaire des pouvoirs publics d'exercer leurs fonctions qui ont une incidence sur le bien public.

23. Néanmoins, les conditions de l'exercice de ce droit et ses conséquences devraient être soigneusement examinées. Si l'autorité contractante dispose du droit général et absolu de résilier à son gré un contrat, cela peut représenter un risque impondérable que ni le concessionnaire, ni le prêteur ne seraient prêts à accepter sans avoir la garantie suffisante qu'ils seront rapidement et équitablement dédommagés pour les pertes subies. Si elle est envisagée, la possibilité de résilier un contrat au gré de l'autorité contractante devrait donc être portée à la connaissance des investisseurs potentiels dès que possible et devrait être expressément mentionnée dans le projet d'accord publié avec la sollicitation de propositions (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", ...). Les dédommagements exigibles pour résiliation au gré de la partie contractante peuvent, dans la pratique, viser les éléments qui sont pris en compte dans le calcul des dédommagements dus pour résiliation en cas de défaillance grave de l'autorité contractante (voir par. 42). En outre, il est en général souhaitable de limiter l'exercice du droit de résiliation au gré de l'autorité contractante à des situations exceptionnelles, lorsqu'une raison impérative d'intérêt public exige la résiliation de l'accord de projet (par exemple, lorsque des changements intervenus ultérieurement dans les politiques et plans gouvernementaux nécessitent qu'un projet soit intégré dans un réseau plus large ou lorsque des changements intervenus dans les plans de l'autorité contractante exigent d'importantes révisions du projet influant sensiblement sur la conception initiale ou sur la faisabilité

commerciale du projet dans les conditions d'exploitation propres au secteur privé). En particulier, il n'est pas souhaitable de considérer le droit de résiliation au gré de l'autorité contractante comme moyen de substitution à d'autres recours contractuels lorsque les résultats obtenus par le concessionnaire ne donnent pas satisfaction (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...).

2. *Résiliation par le concessionnaire*

24. Si dans certains systèmes juridiques l'autorité contractante peut conserver le droit absolu de résilier l'accord de projet, les motifs de résiliation par le concessionnaire sont habituellement limités aux cas de défaillance grave de la part de l'autorité contractante ou à d'autres situations exceptionnelles et ne comprennent pas normalement le droit général de résilier l'accord de projet au gré du concessionnaire.

a) *Défaillance grave de l'autorité contractante*

25. Conformément à une règle de droit appliquée dans de nombreux systèmes juridiques, une partie au contrat peut refuser de s'acquitter de ses obligations en cas de violation par l'autre partie. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, cette règle ne s'applique pas aux contrats publics et la loi stipule au contraire que les entrepreneurs publics ne sont pas déchargés de leurs obligations uniquement en raison d'une violation du contrat par l'autorité contractante, à moins que le contrat ne soit annulé en vertu d'une décision judiciaire ou arbitrale, et seulement lorsqu'une telle décision a été prise. Les règles de ce type peuvent avoir pour objet d'assurer la continuité des services publics (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...).

26. Il convient de noter, toutefois, que si l'autorité contractante peut atténuer les conséquences d'une défaillance du concessionnaire en usant de son droit d'intervention le concessionnaire ne dispose pas en général d'un recours comparable. En cas de défaillance grave de l'autorité contractante, le concessionnaire peut subir des préjudices très importants, voire irréparables, en fonction du temps requis pour obtenir une décision finale libérant le concessionnaire de ses obligations en vertu de l'accord de projet. Ces circonstances soulignent l'importance des garanties de l'État au regard des obligations assumées par les autorités contractantes (voir chap. II, "Appui des pouvoirs publics", ...) et la nécessité de permettre aux parties de choisir des mécanismes de règlement des différends rapides et efficaces (voir chap. VIII, "Règlement des différends", ...).

27. Dans les systèmes juridiques où l'autorité contractante a le droit de demander que des modifications soient apportées au projet, certaines lois accordent au concessionnaire le droit de résilier l'accord de projet si l'autorité contractante remanie ou modifie le projet initial d'une manière qui accroît sensiblement le montant des investissements requis et si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le montant approprié des dédommagements (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...).

28. Outre les cas de défaillance grave de la part de l'autorité contractante proprement dite, il pourrait être équitable d'autoriser la résiliation du contrat par le concessionnaire si celui-ci ne peut fournir le service en raison de faits imputables à des organismes publics autres que l'autorité contractante, comme l'inaptitude à assurer l'application de certaines mesures d'appui nécessaires à l'exécution de l'accord de projet (voir chap. II, "Appui des pouvoirs publics", ...).

b) *Évolution des conditions*

29. Certains systèmes juridiques autorisent le concessionnaire à résilier l'accord de projet si les résultats attendus de lui ont été rendus sensiblement plus onéreux du fait d'une modification imprévue des conditions et que les parties n'ont pu s'entendre sur une révision appropriée de nature à adapter l'accord de projet à l'évolution de la situation (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...).

3. *Résiliation par l'une ou l'autre partie*

a) *Empêchement d'exécution*

30. Certaines législations prévoient que les parties peuvent résilier l'accord de projet si l'exécution de leurs obligations est rendue impossible de façon constante en raison d'une circonstance définie dans l'accord de projet comme un empêchement exonératoire (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...). À cet égard, il est souhaitable de prévoir dans l'accord de projet que, si l'empêchement exonératoire persiste pendant un délai déterminé ou si la durée cumulative de deux ou de plusieurs empêchements exonératoires dépasse un délai déterminé, le contrat peut être résilié par l'une ou l'autre partie. Si l'exécution du projet est en outre rendue impossible pour des motifs juridiques, par exemple, en raison d'une modification de la législation ou suite à une décision de justice touchant la validité de l'accord de projet, le droit de résiliation peut ne pas être assorti d'un délai prédéterminé et peut être exercé dès que la législation a été modifiée ou que tout autre obstacle juridique prend effet.

b) *Consentement mutuel*

31. Enfin, certains systèmes juridiques autorisent les parties à résilier l'accord de projet par consentement mutuel, sous réserve habituellement de l'approbation d'une autorité publique désignée.

D. *Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet*

32. En général, le droit du concessionnaire d'exploiter l'ouvrage et de fournir le service pertinent prend fin au moment de l'achèvement du projet ou de la résiliation de l'accord de projet. Cela nécessite souvent le transfert d'actifs à l'autorité contractante ou à un autre concessionnaire

qui entreprend d'exploiter l'ouvrage (voir par. 33 à 38). Cette opération peut avoir d'importantes conséquences financières qui doivent être réglées avec soin dans l'accord de projet, en particulier en cas de résiliation par l'une ou l'autre partie (voir par. 39 à 45). Les parties doivent aussi convenir de diverses mesures de liquidation pour assurer dans de bonnes conditions le transfert de la responsabilité de l'exploitation de l'ouvrage et de la prestation du service (voir par. 46 à 58).

1. *Transfert d'actifs associés au projet*

33. Un certain nombre de législations prévoient que, au moment de l'expiration de la concession, les actifs et les biens initialement mis à la disposition du concessionnaire, ainsi que d'autres éléments intéressant le projet doivent être rendus à l'autorité contractante. Toutefois, il se peut, dans le cadre de certains projets, que le concessionnaire ne soit pas tenu de céder les actifs à l'autorité contractante, par exemple, lorsqu'il possède lui-même ces actifs ou lorsque ceux-ci sont transférés directement du concessionnaire à un autre concessionnaire qui lui succède pour fournir le service considéré.

a) *Transfert d'actifs à l'autorité contractante*

34. La législation de certains pays met l'accent en particulier sur l'intérêt que représentent pour l'autorité contractante les actifs physiques associés au projet et exige en général qu'ils soient cédés dans leur totalité à l'autorité contractante, alors que, dans d'autres pays, les projets d'infrastructure à financement privé sont considérés essentiellement comme un moyen de fournir des services pendant une durée déterminée et non de construire des biens. Ainsi, la législation de ces derniers pays limite-t-elle l'obligation de cession du concessionnaire à certaines catégories d'actifs jugés nécessaires pour garantir la prestation du service. Ces différences de conception dans la législation illustrent souvent la diversité des rôles dévolus aux secteurs public et privé dans différents systèmes juridiques et économiques, mais elles peuvent aussi être le résultat de considérations pratiques de la part de l'autorité contractante.

35. Une raison concrète qui incite l'autorité contractante à autoriser le concessionnaire à conserver certains actifs à la fin de la période du projet peut être le désir d'abaisser le coût auquel le service sera fourni. Si les actifs du projet sont susceptibles d'avoir une valeur résiduelle pour le concessionnaire et que cette valeur peut être prise en compte pendant le processus de sélection, l'autorité contractante peut s'attendre que le prix demandé pour le service soit moins élevé. En effet, si le concessionnaire ne s'attend pas à assumer la totalité du coût des actifs durant la vie du projet, mais peut en amortir une partie en les vendant ou en les utilisant à d'autres fins, après l'expiration de l'accord de projet, il est possible que le service puisse être assuré à un plus faible coût que si le concessionnaire devait assumer tous les frais pendant la vie du projet. En outre, il se peut que certains actifs nécessitent à la fin du projet une remise à neuf ou une amélioration technique telles qu'il n'est peut-être pas rentable pour l'autorité contractante de les réclamer. Il se peut qu'il existe aussi des responsabilités subsidiaires ou qu'il y ait des coûts indirects, par exemple, une responsabilité pour atteintes à l'environnement ou des coûts de démolition. C'est pourquoi la législation de certains pays n'envisage pas un transfert inconditionnel de tous les actifs à l'autorité contractante, mais permet d'établir une distinction entre trois grandes catégories d'actifs:

a) A*ctifs devant être transférés à l'autorité contractante.* Cette catégorie comprend en général les actifs détenus par l'autorité contractante ou un autre organisme public du pays hôte, qui ont été utilisés par le concessionnaire pour fournir le service considéré. Ils peuvent inclure à la fois les ouvrages mis à la disposition du concessionnaire par l'autorité contractante et les nouveaux ouvrages construits par le concessionnaire conformément à l'accord de projet. Certaines législations exigent également le transfert des actifs, des biens et des matériels acquis ultérieurement par le concessionnaire afin d'assurer l'exploitation de l'ouvrage, en particulier lorsqu'ils deviennent partie intégrante ou sont solidaires de façon permanente de l'infrastructure, qui doit être cédée à l'autorité contractante. Dans la tradition juridique de certains pays, quand le projet a été mené à terme, le concessionnaire est tenu de transférer sans frais à l'autorité contractante ces actifs exempts de toute hypothèque et charge, à l'exception des dédommagements pour les améliorations apportées aux biens ou pour leur modernisation en vue d'assurer la continuité du service, dont le coût n'a pas encore été recouvré par le concessionnaire. Dans la pratique, une telle règle présuppose que soient négociés une période de concession suffisamment longue ainsi qu'un niveau de recettes suffisamment élevé pour que le concessionnaire puisse pleinement amortir son investissement et rembourser ses dettes. D'autres législations font apparaître une plus grande souplesse en autorisant l'autorité contractante à dédommager le concessionnaire pour la valeur résiduelle, le cas échéant, des biens qu'il a construits;

b) A*ctifs pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré.* Cette catégorie comprend habituellement les actifs initialement détenus par le concessionnaire ou acquis ultérieurement par lui qui, sans être indispensables ou strictement nécessaires à la fourniture du service, peuvent rendre plus commode ou plus efficace l'exploitation de l'ouvrage ou peuvent améliorer la qualité du service. Si l'autorité contractante décide d'exercer son droit d'acquérir ces actifs, le concessionnaire a normalement droit à un dédommagement correspondant à leur valeur au prix du marché au moment donné. Toutefois, si l'on pouvait s'attendre que ces actifs soient entièrement amortis (à savoir si les arrangements financiers du concessionnaire ne prévoyaient aucune valeur résiduelle des actifs), alors le prix versé pourrait être uniquement nominal. Dans la pratique contractuelle de certains pays, il est courant que l'autorité contractante conserve certaines sûretés réelles dans ces actifs (comme un droit de rétention), à titre de garantie de transfert effectif;

c) A*ctifs demeurant la propriété privée du concessionnaire.* Il s'agit d'actifs détenus par le concessionnaire qui n'entre pas dans la catégorie *b* ci-dessus. En général, l'autorité contractante n'a pas de droit sur ces actifs dont le concessionnaire peut librement disposer ou qu'il peut librement retrancher.

b) *Transfert d'actifs à un nouveau concessionnaire*

36. Comme indiqué précédemment, à l'expiration de l'accord de projet, l'autorité contractante voudra peut-être soumettre la concession à un nouvel appel d'offres plutôt qu'exploiter elle-même l'ouvrage (voir par. 3). À cette fin, il pourrait être utile que la loi exige du concessionnaire qu'il mette les actifs à la disposition du nouveau concessionnaire. Pour garantir une bonne transition des opérations et la continuité du service, le concessionnaire devrait être tenu de coopérer avec le nouveau concessionnaire lors de la remise des actifs considérés. Le transfert des actifs entre les concessionnaires peut nécessiter le versement de certains dédommagements au concessionnaire titulaire, selon que les actifs ont été ou non amortis pendant la vie du projet:

a) D*édommagement au prix du marché.* Le concessionnaire peut être habilité à percevoir un dédommagement pour les actifs remis au concessionnaire qui lui succède, en particulier si sa proposition initiale prévoyait une certaine valeur résiduelle des actifs à la fin de la période du projet ou si la proposition financière supposait d'importantes recettes provenant de tiers;

b) D*édommagement nominal.* Si un élément de valeur résiduelle ou des recettes provenant de tiers ne sont pas envisagés dans le financement du concessionnaire, il peut ne pas y avoir de raison de prime abord d'exiger du nouveau concessionnaire le versement d'un quelconque dédommagement au concessionnaire initial, hormis une contrepartie nominale. En effet, si le concessionnaire a obtenu les bénéfices qu'il escomptait, tout transfert du nouveau concessionnaire représenterait une dépense supplémentaire qui finalement devrait être financée par les prix appliqués par ce dernier conformément au deuxième accord.

c) *Situation des actifs au moment du transfert*

37. Lorsque les actifs sont cédés à l'autorité contractante ou directement transférés à un nouveau concessionnaire, le concessionnaire est en général tenu de les transférer en bon état et en bonne condition de fonctionnement, exempts d'hypothèques ou de charges. Le droit de l'autorité contractante de recevoir ces actifs dans ces conditions est complété dans certaines législations par l'obligation imposée au concessionnaire de maintenir et de transférer le projet dans les conditions qu'impose une maintenance prudente et d'offrir des garanties à cet effet (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...). Lorsque l'autorité contractante demande que les actifs soient remis dans des conditions prédéterminées, ces conditions devraient être acceptables. S'il peut être raisonnable que l'autorité contractante demande que les actifs aient une durée de vie résiduelle définie, elle ne devrait pas raisonnablement s'attendre qu'ils soient comme neufs.

38. Il est souhaitable d'élaborer des procédures pour déterminer l'état des actifs qui doivent être transférés à l'autorité contractante. Il pourrait être utile, par exemple, de constituer un comité comprenant des représentants de l'autorité contractante et du concessionnaire pour établir si l'ouvrage est dans l'état prescrit et conforme aux critères pertinents énoncés dans l'accord de projet. Celui-ci peut aussi prévoir la désignation et le mandat d'un tel comité auquel pourrait être dévolu le pouvoir de demander au concessionnaire de prendre des mesures raisonnables pour réparer l'ouvrage ou éliminer tout défaut ou insuffisance qu'il pourrait faire apparaître. Il pourrait être souhaitable de prévoir une inspection spéciale qui interviendrait un an avant l'expiration de la concession, après quoi l'autorité contractante pourrait demander au concessionnaire de prendre des mesures de maintenance supplémentaires pour faire en sorte que les biens soient en bon état au moment du transfert. L'autorité contractante souhaitera peut-être demander au concessionnaire d'offrir des garanties spéciales pour assurer dans des conditions satisfaisantes la remise de l'ouvrage (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...). L'autorité contractante pourrait puiser dans ces garanties pour financer le coût de la réparation des actifs ou des biens endommagés.

2. *Arrangements financiers au moment de la résiliation*

39. La résiliation anticipée de l'accord de projet peut intervenir avant que le concessionnaire ait pu recouvrer son investissement, rembourser ses dettes et dégager les bénéfices attendus, ce qui peut lui causer des pertes importantes. Des pertes peuvent également être subies par l'autorité contractante qui devra peut-être faire des investissements supplémentaires ou engager de fortes dépenses pour, par exemple, achever l'ouvrage ou continuer à fournir les services pertinents. Cela étant, les accords de projet renferment en général des dispositions détaillées traitant des obligations et droits financiers des parties au moment de la résiliation. Les normes habituelles de dédommagement varient en général selon les motifs de la résiliation. Néanmoins, lors de la négociation des accords de dédommagement, les parties prennent habituellement en considération les facteurs suivants:

a) *Encours de la dette, participation au capital et bénéfices attendus.* La résiliation du projet figure en général parmi les cas de défaillance dans les accords de prêt du concessionnaire. Dans la mesure où les accords de prêt comprennent en général "une clause d'exigibilité immédiate" en vertu de laquelle l'intégralité de la dette peut devenir exigible au moment où survient une défaillance, la perte immédiate subie par le concessionnaire au moment de la résiliation de l'accord de projet peut inclure le montant de la dette en suspens. La question de savoir si et dans quelle mesure une telle perte peut être compensée par l'autorité contractante dépend habituellement du motif de la résiliation de l'accord de projet. Un dédommagement partiel peut être limité à un montant correspondant à la valeur des travaux exécutés de façon satisfaisante par le concessionnaire, alors qu'un dédommagement complet peut couvrir l'encours de la dette dans son intégralité. Une autre catégorie de perte parfois prise en compte dans les accords de dédommagement a trait à la perte de la participation au capital par les promoteurs du projet dans la mesure où un tel investissement n'est pas encore recouvré au moment de la résiliation. Enfin, la résiliation prive également le concessionnaire des bénéfices que l'ouvrage aurait pu lui procurer. Bien que le manque à gagner ne soit pas en général considéré comme un réel préjudice, dans des circonstances exceptionnelles, comme une résiliation abusive par l'autorité contractante, la valeur courante des

bénéfices escomptés peut être prise en compte dans les dédommagements dus au concessionnaire;

b) D*egré d'achèvement, valeur résiduelle et amortissement des actifs.* Les régimes de dédommagement contractuels correspondant à diverses causes de résiliation prévoient en général des dédommagements proportionnés au degré d'achèvement des travaux au moment de la résiliation. La valeur de l'ouvrage est habituellement déterminée en fonction de l'investissement nécessaire à sa construction (en particulier si la résiliation intervient pendant la phase de construction) ou de la valeur "résiduelle" de l'ouvrage. La valeur résiduelle signifie la valeur au prix du marché de l'infrastructure au moment de la résiliation. La valeur du marché peut être difficile à déterminer, voire inexistante pour certains types d'infrastructure matérielle (comme les ponts ou les routes) ou pour les ouvrages dont la durée d'exploitation est proche de son terme. Parfois, on peut estimer la valeur résiduelle en prenant en compte l'utilité attendue de l'ouvrage pour l'autorité contractante. Toutefois, il peut être difficile d'établir la valeur d'ouvrages inachevés, en particulier si le montant de l'investissement que doit encore consentir l'autorité contractante pour rendre l'ouvrage opérationnel dépasse le montant effectivement investi par le concessionnaire. En tout état de cause, le montant de la valeur résiduelle est rarement réglé dans son intégralité, en particulier lorsque les recettes dégagées du projet constituent la seule rémunération de l'investissement du concessionnaire. Ainsi, au lieu de percevoir un dédommagement complet correspondant à la valeur de l'ouvrage, le concessionnaire reçoit souvent un dédommagement correspondant uniquement à la valeur résiduelle des actifs qui n'ont pas encore été entièrement amortis au moment de la résiliation. Dans ce contexte, la notion d'"amortissement" économique renvoie à l'imputation progressive de l'investissement sur les recettes dégagées du projet, dans l'hypothèse où l'ouvrage n'aurait pas de valeur résiduelle au moment de l'expiration du projet.

a) *Résiliation due à une défaillance du concessionnaire*

40. En général, le concessionnaire n'a pas droit à un dédommagement lorsque la résiliation est due à une défaillance de sa part. Dans certains cas, il peut même être dans l'obligation de verser des dommages-intérêts à l'autorité contractante, bien que, dans la pratique, un concessionnaire défaillant dont les dettes sont déclarées exigibles par ses créanciers a rarement à sa disposition des moyens financiers suffisants pour régler effectivement ces dommages-intérêts.

41. La résiliation pour défaillance, même lorsqu'elle est considérée comme une sanction pour défaut grave d'exécution, ne devrait pas avoir pour conséquence l'enrichissement injuste de l'une ou l'autre partie. Ainsi, la résiliation ne doit pas nécessairement donner à l'autorité contractante le droit de reprendre des actifs sans rémunérer le concessionnaire. Pour régler équitablement cette question, on pourrait peut-être établir une distinction entre les différents types d'actifs, selon les arrangements y relatifs envisagés dans l'accord de projet (voir par. 35):

a) A*ctifs devant être transférés à l'autorité contractante*. Lorsque l'accord de projet requiert le transfert automatique des actifs du projet à l'autorité contractante à l'expiration de l'accord, la résiliation pour défaillance n'implique pas habituellement le versement de dédommagements au concessionnaire pour les actifs considérés, à l'exception de la valeur résiduelle des travaux correctement exécutés, dans la mesure où ils n'ont pas encore été amortis par le concessionnaire;

b) A*ctifs pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré*. Certains dédommagements financiers peuvent être indiqués lorsque l'autorité contractante a le choix d'acquérir les actifs à la valeur du marché ou pour une somme nominale au moment de l'expiration de l'accord de projet, ou le droit de demander qu'ils soient offerts au nouvel attributaire du projet. Toutefois, il peut être légitime d'envisager un dédommagement financier inférieur à la valeur totale des actifs de manière à encourager le concessionnaire à améliorer ses résultats. De même, il n'est peut-être pas nécessaire que ce dédommagement couvre le montant total du remboursement de l'encours de la dette du concessionnaire. Il est souhaitable de fixer les détails de la formule régissant les dédommagements financiers dans l'accord de projet (par exemple, il faudrait déterminer si le dédommagement couvre la valeur désagrégée des actifs ou le montant le moins élevé entre l'encours de la dette et la valeur des usages concurrents);

c) A*ctifs restant la propriété privée du concessionnaire*. Lorsque l'accord de projet ne prévoit pas la remise des actifs à la fin de la période de concession et que de nouveaux prestataires de services peuvent être facilement trouvés, l'autorité contractante n'a peut-être pas intérêt à reprendre les actifs du concessionnaire. Toutefois, lorsque l'autorité contractante juge nécessaire de reprendre ces actifs, même si cela n'a pas été prévu dans l'accord de projet, il serait équitable de dédommager le concessionnaire sur la base de la valeur des actifs au prix du marché. Toutefois, l'accord de projet peut prévoir que les dédommagements seront réduits du montant supporté par l'autorité contractante pour obtenir un nouveau service.

b) *Résiliation due à une défaillance de l'autorité contractante*

42. En général, le concessionnaire a droit à une réparation intégrale pour les pertes subies suite à la résiliation de l'accord pour des motifs attribuables à l'autorité contractante. Les dédommagements dus au concessionnaire comprennent habituellement les dédommagements correspondant à la valeur des travaux et des ouvrages, dans la mesure où ils n'ont pas déjà été amortis, ainsi qu'au préjudice causé au concessionnaire, y compris le manque à gagner, qui est d'ordinaire calculé sur la base des recettes du concessionnaire durant les exercices précédents. Le concessionnaire peut avoir droit à une réparation intégrale au titre de la dette et du capital social, y compris du service de la dette et du manque à gagner.

c) *Résiliation pour d'autres motifs*

43. En prévoyant des accords de dédommagement en cas de résiliation due à des circonstances sans rapport avec une défaillance de l'une ou l'autre partie, il serait peut-être

utile d'établir une distinction entre les empêchements exonératoires et la résiliation déclarée par l'autorité contractante pour des raisons d'intérêt public ou pour d'autres motifs analogues.

i) Résiliation due à des empêchements exonératoires

44. Par définition, les empêchements exonératoires sont hors de portée du contrôle des parties et, en règle générale, la résiliation dans ces circonstances pourrait ne pas donner lieu à des demandes de dédommagements par l'une ou l'autre partie. Toutefois, dans certains cas, il pourrait être équitable de prévoir des dédommagements pour le concessionnaire, par exemple, une juste compensation pour les travaux déjà réalisés, en particulier lorsque les actifs, en raison de leur nature spécifique, ne peuvent être retranchés par le concessionnaire ou mis à profit par lui, mais peuvent être efficacement utilisés par l'autorité contractante pour fournir le service pertinent (par exemple, un pont). Toutefois, dans la mesure où, en de tels cas, la résiliation ne peut être attribuée à l'autorité contractante, il n'est peut-être pas nécessaire que les dédommagements dus au concessionnaire représentent une réparation "intégrale" (à savoir remboursement de la dette, du capital social et du manque à gagner).

ii) Résiliation au gré de l'autorité contractante

45. Lorsque l'accord de projet reconnaît le droit de l'autorité contractante de résilier l'accord à son gré, les dédommagements à verser au concessionnaire englobent en général les dédommagements pour les mêmes éléments que ceux à prendre en compte dans les dédommagements exigibles en cas de résiliation pour défaillance de l'autorité contractante (voir par. 42), mais pas nécessairement de façon intégrale. Pour définir le montant équitable des dédommagements dus au concessionnaire, il peut être utile d'établir une distinction entre la résiliation au gré de l'autorité contractante pendant la phase de construction et la résiliation au gré de l'autorité contractante pendant la phase d'exploitation:

a) *Résiliation au gré de l'autorité contractante pendant la phase de construction.* Si l'accord de projet est résilié pendant la phase de construction, les accords de dédommagement peuvent être analogues à ceux qui sont appliqués dans le cadre des grands contrats de travaux qui autorisent la résiliation au gré de l'autorité contractante. Dans ce cas, l'entrepreneur a en général droit à la part du montant correspondant aux travaux de construction exécutés dans des conditions satisfaisantes, ainsi qu'aux dépenses engagées et aux pertes subies par lui en raison de la résiliation du contrat. Toutefois, dans la mesure où l'autorité contractante, normalement, ne verse pas une somme pour les travaux de construction exécutés par le concessionnaire, le principal critère pour calculer le dédommagement devrait être en général le montant de l'investissement total effectivement engagé par le concessionnaire jusqu'au moment de la résiliation, y compris toutes les sommes réellement décaissées au titre des facilités de prêt accordées par les prêteurs au concessionnaire pour exécuter les travaux de construction conformément à l'accord de projet, et les dépenses afférentes à l'annulation des accords de prêt. Une autre question est de savoir si, et dans quelle mesure, le concessionnaire peut avoir le droit de recouvrer le montant du manque à gagner correspondant à la partie du contrat qui a été résiliée au gré de la partie contractante; d'une part, le concessionnaire peut avoir renoncé à d'autres chantiers pour terminer le projet et mettre l'ouvrage en service pendant la durée prévue de la concession; d'autre part, si l'autorité contractante avait l'obligation de dédommager le concessionnaire pour manque à gagner, l'exercice de son droit de résilier l'accord à son gré risquerait d'être financièrement prohibitif. Dans le cadre de l'accord de projet, on pourrait, entre autres, établir une échelle des versements à effectuer par l'autorité contractante à titre de dédommagement pour manque à gagner, le montant de ces versements étant alors subordonné à l'état d'avancement des travaux lorsque l'accord de projet est résilié au gré de la partie contractante. Il convient de noter, toutefois, que dans la pratique contractuelle de certains pays les organismes publiques ne sont assujettis à aucune obligation de dédommager le concessionnaire pour manque à gagner lorsqu'un grand contrat de travaux est résilié au gré de la partie contractante;

b) *Résiliation au gré de la partie contractante pendant la phase d'exploitation.* S'agissant des travaux de construction menés à terme de façon satisfaisante par le concessionnaire, les accords de dédommagement peuvent être les mêmes que dans le cas d'une résiliation au gré de la partie contractante pendant la phase de construction. Toutefois, un dédommagement équitable pour résiliation au gré de la partie contractante pendant la phase d'exploitation pourrait inclure un juste dédommagement pour manque à gagner, habituellement calculé sur la base des recettes dégagées par le concessionnaire pendant un certain nombre des exercices précédents. Dans ce cas, une norme plus élevée de dédommagement pourrait être justifiée par le fait que, contrairement à la résiliation pendant la phase de construction, alors que l'autorité contractante peut être obligée d'achever les travaux à ses frais lorsque la résiliation intervient pendant la phase d'exploitation, l'autorité contractante peut avoir à sa disposition un ouvrage achevé, pouvant être exploité rentablement.

3. *Mesures de liquidation et mesures transitoires*

46. Lorsque l'ouvrage est transféré à l'autorité contractante à la fin de la période de concession, il se peut que les parties aient à prendre un ensemble de dispositions pour faire en sorte que l'autorité contractante soit à même d'exploiter ledit ouvrage selon les normes prescrites d'efficacité et de sûreté. L'accord de projet peut obliger le concessionnaire à transférer certaines technologies ou un savoir-faire nécessaires à l'exploitation de l'infrastructure (voir par. 47 à 51). Il peut aussi prévoir le maintien, pendant une période transitoire, de certaines obligations du concessionnaire touchant l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage (voir par. 52 à 54). Il peut en outre prévoir l'obligation, pour le concessionnaire, d'assurer ou de faciliter la fourniture de pièces détachées dont l'autorité contractante peut avoir besoin pour réparer l'ouvrage (voir par. 55 à 58).

a) *Transfert de technologie*

47. Dans quelques cas, l'ouvrage transféré à l'autorité contractante comporte divers procédés technologiques nécessaires à la production de certains biens (par exemple, électricité ou eau potable) ou à la fourniture des services pertinents (par exemple, téléphone). Souvent, l'autorité compétente voudra se familiariser avec ces procédés et leur application. Elle voudra aussi acquérir l'information et les compétences techniques nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage. Même lorsque l'autorité contractante possède les qualifications de base requises pour mettre en œuvre certains éléments de l'exploitation et de la maintenance (par exemple, bâtiment ou génie civil), il lui faudra peut-être acquérir des connaissances sur les procédés techniques spécialisés nécessaires à l'exploitation de l'ouvrage dans les conditions voulues. La communication à l'autorité contractante de ces connaissances, informations et compétences renvoie souvent à ce que l'on appelle le "transfert de technologie".

48. Différentes dispositions contractuelles peuvent être adoptées pour le transfert de technologie et l'exécution des autres obligations nécessaires pour construire et exploiter l'ouvrage. En soi, le transfert de technologie peut s'effectuer de diverses manières, par exemple, par la délivrance de licences de propriété industrielle, par la création d'une coentreprise entre les parties ou par la fourniture d'un savoir-faire confidentiel. Le *Guide* n'a pas pour objet d'aborder dans le détail la négociation et la rédaction de contrats concernant l'octroi de licences de propriété industrielle, ou la fourniture de savoir-faire, ces questions ayant déjà été traitées en profondeur dans des ouvrages publiés par d'autres organismes des Nations Unies[1]. Les paragraphes ci-après signalent simplement certaines questions majeures que soulève la communication des connaissances nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage moyennant la formation du personnel de l'autorité contractante ou la fourniture d'une documentation.

49. Pour transférer à l'autorité contractante les informations et compétences techniques nécessaires à une bonne exploitation et à une bonne maintenance de l'ouvrage, il importe principalement de former le personnel de l'autorité contractante. Pour déterminer ses besoins en formation, dans la sollicitation de propositions ou pendant la négociation du contrat, l'autorité contractante peut demander au concessionnaire de lui fournir un organigramme indiquant les besoins en personnel pour assurer le fonctionnement et la maintenance de l'ouvrage, y compris les qualifications techniques de base et autres que le personnel doit posséder. Cet état des besoins devrait être suffisamment détaillé pour permettre à l'autorité contractante de déterminer l'ampleur de la formation requise compte tenu du personnel dont elle dispose. Le concessionnaire aura souvent les moyens voulus pour assurer la formation. Dans certains cas, toutefois, cette formation pourra être dispensée plus efficacement par un ingénieur-conseil ou par un établissement spécialisé dans la formation.

50. Les informations et compétences techniques nécessaires à la bonne exploitation et à la bonne maintenance de l'ouvrage peuvent également être transférées moyennant la fourniture d'une documentation technique. Cette documentation peut comprendre des plans, des dessins, des formules, des manuels d'exploitation et de maintenance et les prescriptions de sécurité. Il peut être souhaitable d'énumérer dans l'accord de projet les documents à fournir. Le concessionnaire peut être tenu de fournir des documents très détaillés et clairement rédigés, et dans une langue spécifiée. Il peut être souhaitable d'obliger le concessionnaire, à la demande de l'autorité contractante, de faire des démonstrations des procédures décrites dans la documentation, si celles-ci ne peuvent être comprises sans démonstration.

51. Le moment auquel la documentation doit être fournie peut être précisé. L'accord de projet peut prévoir que la fourniture de toute la documentation doit être intervenue au moment fixé dans le contrat pour l'achèvement de l'ouvrage. Les parties voudront peut-être également prévoir que le transfert de l'ouvrage ne sera considéré comme accompli que lorsque toute la documentation concernant son exploitation, qui, en vertu du contrat, doit être fournie avant l'achèvement des travaux, aura été effectivement communiquée. Il peut être souhaitable de prévoir qu'une certaine partie de la documentation (par exemple, les manuels d'exploitation) doit être fournie pendant la construction, une telle documentation pouvant en effet permettre au personnel ou à l'ingénieur de l'autorité contractante de se familiariser avec le fonctionnement des machines ou du matériel pendant leur construction.

b) *Aide à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage après son transfert*

52. Le volume de l'aide que l'autorité contractante attend du concessionnaire en ce qui concerne la fourniture des pièces détachées et des services sera subordonné à la technologie et au personnel qualifié que possède ou dont dispose l'autorité contractante. Si celle-ci manque de personnel suffisamment qualifié pour assurer le fonctionnement technique de l'ouvrage, elle voudra peut-être obtenir l'aide du concessionnaire pour l'exploiter, du moins dans un premier temps. Dans certains cas, elle voudra peut-être que le concessionnaire fournisse le personnel affecté à un grand nombre de postes techniques dans l'ouvrage, alors que, dans d'autres cas, elle préférera qu'il fournisse uni-

[1]La négociation et l'élaboration de contrats concernant l'octroi de licences de propriété industrielle et la fourniture de savoir-faire sont traitées de façon détaillée dans le *Guide sur les licences pour les pays en développement* de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle [publication OMPI n° 620 (F), 1977]. Les principales questions à envisager lors de la négociation et de la rédaction de tels contrats sont énoncées dans les *Principes directeurs pour l'évaluation des accords de transfert de technologie*, série "Mise au point et transfert des techniques", n° 12 (ID/233, 1979) et dans le *Guide sur la rédaction de contrats portant sur le transfert international de know-how (savoir-faire) dans l'industrie mécanique* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.II.E.15). Parmi d'autres publications pertinentes, on citera: le *Manuel sur l'acquisition de la technologie par les pays en développement* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.78.II.D.15). Pour une analyse du transfert de technologie dans le cadre de contrats de construction d'installations industrielles, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.10), chap. VI, "Transfert de technologie".

quement les services d'experts techniques pour collaborer à titre consultatif avec son personnel afin d'assurer l'exécution de quelques opérations très spécialisées.

53. Pour aider l'autorité contractante à assurer l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage, l'accord de projet peut obliger le concessionnaire à soumettre, avant le transfert de l'ouvrage, un programme d'exploitation et de maintenance conçu pour maintenir l'ouvrage en exploitation pendant le reste de sa durée de vie, au niveau d'efficacité exigé en vertu de l'accord de projet. Le programme d'exploitation et de maintenance devrait notamment prévoir: un organigramme indiquant le personnel clef nécessaire à l'exploitation technique de l'ouvrage et les fonctions dont chaque personne doit s'acquitter; une inspection périodique de l'ouvrage; les opérations de graissage, nettoyage et ajustement; et le remplacement des pièces défectueuses ou usées. Dans la maintenance pourraient également entrer les opérations de caractère organisationnel, comme l'établissement de programmes de maintenance ou de registres et fichiers de maintenance. Le concessionnaire peut également être tenu par l'autorité contractante de fournir des manuels d'exploitation et de maintenance énonçant des procédures appropriées en la matière. Ces manuels devraient être présentés sous une forme et dans une langue facilement compréhensibles par le personnel de l'autorité contractante.

54. Un moyen efficace de former le personnel de l'autorité contractante aux procédures d'exploitation et de maintenance consisterait à prévoir dans l'accord de projet que ce personnel doit être associé au personnel du concessionnaire pour assurer les opérations d'exploitation et de maintenance pendant un certain temps avant ou après le transfert de l'ouvrage. Les postes que doivent occuper les membres du personnel employés par le concessionnaire peuvent ainsi être recensés et leurs qualifications et expérience précisées. Les fonctions assignées aux postes à pourvoir par les salariés du concessionnaire doivent être définies avec soin. Pour éviter les désaccords et les facteurs d'inefficacité, il est souhaitable de définir clairement le pouvoir que doit exercer le personnel de chaque partie sur le personnel de l'autre partie pendant la période considérée.

c) *Fourniture de pièces de rechange*

55. Dans les projets qui prévoient le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante, celle-ci devra obtenir des pièces de rechange pour remplacer les pièces usées ou endommagées et pour entretenir, réparer et exploiter l'ouvrage. Il se peut que les pièces de rechange ne soient pas disponibles localement ou d'une quelconque autre source et que l'autorité contractante soit tributaire du concessionnaire pour les obtenir. La programmation de la fourniture des pièces de rechange et des services après le transfert de l'ouvrage serait grandement facilitée si les parties prévoyaient dans l'accord de projet les besoins de l'autorité contractante à cet égard. Toutefois, étant donné la longue durée de la plupart des projets d'infrastructure, il peut être difficile pour les parties de prévoir dans l'accord de projet les besoins de l'autorité contractante après le transfert de l'ouvrage.

56. Les parties pourraient aussi conclure un contrat distinct pour régler ces questions[2]. Un tel contrat pourrait être conclu à un moment proche du transfert de l'ouvrage, lorsque l'autorité contractante a peut-être une idée plus précise de ses besoins. Si les pièces de rechange sont fabriquées non par le concessionnaire mais pour le concessionnaire par des fournisseurs, l'autorité contractante préférera peut-être, pour les obtenir, se mettre en rapport avec ces fournisseurs plutôt qu'avec le concessionnaire, ou encore elle souhaitera peut-être que le concessionnaire les obtienne en qualité d'agent la représentant.

57. Il est souhaitable que le personnel de l'autorité contractante acquière les capacités techniques nécessaires à l'installation des pièces de rechange. À cette fin, l'accord de projet peut faire obligation au concessionnaire de fournir les manuels d'instructions, outils et matériels indispensables. Les manuels d'instructions devraient être présentés sous une forme et dans une langue facilement compréhensibles par le personnel de l'autorité contractante. Le contrat peut également exiger que le concessionnaire fournisse des plans conformes à l'exécution indiquant comment les diverses pièces sont reliées les unes aux autres et comment on peut y accéder afin de pouvoir installer les pièces de rechange et effectuer les opérations de maintenance et les réparations. Dans certains cas, il pourrait être utile que le concessionnaire soit tenu de former le personnel de l'autorité contractante à l'installation des pièces de rechange.

d) *Réparations*

58. L'autorité contractante a intérêt à prendre des dispositions contractuelles garantissant que l'ouvrage sera réparé rapidement en cas de panne. Dans de nombreux cas, le concessionnaire est peut-être mieux qualifié qu'une tierce personne pour effectuer les réparations. En outre, si l'accord de projet empêche l'autorité contractante de divulguer à des tiers la technologie fournie par le concessionnaire, cela peut limiter la sélection de tiers pour effectuer les réparations à ceux qui donneront des assurances, acceptables par le concessionnaire, qu'ils ne dévoileront pas la technologie de ce dernier. En revanche, si des pièces essentielles ont été fabriquées par des fournisseurs pour le concessionnaire, l'autorité contractante jugera peut-être préférable, pour effectuer les réparations, de conclure des contrats indépendants avec lesdits fournisseurs, lesquels seront peut-être plus qualifiés en la matière. Il est souhaitable de définir clairement la nature et la durée des obligations imposées, le cas échéant, au concessionnaire en matière de réparations et d'établir une distinction entre ces obligations et les obligations de corriger les défauts relevés dans l'ouvrage, assumées par le concessionnaire conformément aux garanties de qualité.

[2]La Commission économique pour l'Europe a établi un G*uide pour la rédaction de contrats internationaux de services relatifs à l'entretien, à la réparation et à l'exploitation d'installations industrielles et autres* qui peut, *mutatis mutandis*, aider les parties à élaborer un contrat ou des contrats distincts traitant de la maintenance et des réparations après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante (ECE/TRADE/154).

[A/CN.9/458/Add.8]

CHAPITRE VII. DROIT APPLICABLE

Recommandations concernant la législation

1. *Droit applicable à l'accord de projet (voir par. 4 et 5)*

1. Le pays hôte voudra peut-être promulguer des dispositions indiquant, le cas échéant, les textes législatifs ou réglementaires régissant l'accord de projet et ceux dont l'application est exclue.

2. *Droit applicable aux contrats conclus par le concessionnaire (voir par. 6 à 8)*

2. Le pays hôte voudra peut-être envisager d'adopter des dispositions législatives reconnaissant la faculté du concessionnaire et de ses prêteurs, assureurs et autres associés avec lesquels il est lié par contrat de choisir le droit applicable à leurs relations contractuelles.

3. *Autres domaines pouvant appeler des mesures législatives (voir par. 9 à 58)*

3. Le pays hôte voudra peut-être envisager de passer en revue et, s'il y a lieu, de réviser les règles de droit applicables dans d'autres domaines qui intéressent les projets d'infrastructure à financement privé (protection et promotion des investissements, droit de la propriété, règles et procédures applicables en matière d'expropriation, droit de la propriété intellectuelle, sûretés, droit des sociétés, pratiques comptables, droit des contrats, règles applicables aux marchés de l'État et droit administratif, droit de l'insolvabilité, droit fiscal, droit de l'environnement et de la protection de l'environnement et mesures anticorruption).

Notes sur les recommandations concernant la législation

A. *Considérations générales*

1. Le cadre juridique d'ensemble applicable aux projets d'infrastructure à financement privé dépendra de l'état du développement de la législation du pays hôte, de la stabilité de son système juridique et de l'adéquation des recours que peuvent invoquer les particuliers et les entreprises privées. En passant en revue et, lorsqu'il y a lieu, en révisant les dispositions législatives en vigueur dans les domaines qui intéressent directement les projets d'infrastructure à financement privé, le pays hôte contribuera beaucoup à créer un climat propice aux investissements du secteur privé dans l'infrastructure. Une plus grande certitude juridique et un cadre juridique favorable se traduiront par une meilleure évaluation des risques des pays par les prêteurs et les promoteurs des projets, ce qui permettra de mobiliser à moindres frais des capitaux privés et réduira la nécessité d'un soutien ou de garanties des pouvoirs publics (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ___).

2. La section B traite du choix du droit ou des droits régissant l'accord de projet et les autres contrats conclus par le concessionnaire pendant la durée de la concession (voir par. 3 à 8). La section C met en relief quelques aspects de la législation du pays hôte qui, sans nécessairement concerner directement les projets d'infrastructure à financement privé, peuvent avoir un impact sur leur réalisation (voir par. 9 à 58). La section D, enfin, analyse l'applicabilité éventuelle de quelques accords internationaux à la réalisation dans le pays hôte de projets d'infrastructure à financement privé (voir par. 59 à 63).

B. *Droit applicable à l'accord de projet et aux contrats connexes*

3. Il est rare que les législations internes contiennent des dispositions régissant les accords de projets d'infrastructure à financement privé. Lorsqu'elles existent, ces dispositions prévoient habituellement l'application de la législation du pays hôte au moyen d'un renvoi de caractère général au droit interne ou d'une mention des textes législatifs ou réglementaires particuliers qui s'appliquent à l'accord de projet. Dans certains pays, même en l'absence de dispositions législatives à cet effet, la législation du pays hôte est tacitement applicable. Les dispositions législatives relatives au droit régissant les contrats conclus par le concessionnaire sont encore plus rares dans les législations nationales, comme on le verra plus loin.

1. *Droit applicable à l'accord de projet*

4. Le droit applicable à l'accord de projet sera habituellement inclus dans les dispositions des textes législatifs et réglementaires du pays hôte concernant directement les projets d'infrastructure à financement privé, lorsqu'une législation spécifique sur ce point existe. Les principaux éléments de ces législations ont été évoqués dans les chapitres précédents du *Guide*. Comme indiqué ci-dessus (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", ___), l'accord de projet peut, dans certains pays, être soumis au droit administratif, tandis que, dans d'autres, il sera régi par le droit privé (voir également par. 38 à 41). Le droit applicable comprendra également les règles relevant d'autres branches du droit qui s'appliquent aux différentes questions pouvant surgir pendant l'exécution d'un projet d'infrastructure (voir par. 9 à 58). Certaines de ces règles peuvent relever du droit administratif ou du droit public en général et leur application dans le pays hôte peut être d'ordre public, par exemple, les mesures concernant la protection de l'environnement et de la santé et le droit du travail. Certains pays indiquent expressément quelles sont les questions soumises à des règles d'ordre public. Toutefois, plusieurs questions découlant de l'accord de projet ou de l'exploitation de l'ouvrage peuvent ne pas faire l'objet de règles contraignantes du droit public. Tel est habituellement le cas de la plupart des questions contractuelles découlant de l'accord de projet (par exemple, formation, validité et rupture du contrat, y compris responsabilité et indemnisation en cas de rupture de contrat et de résiliation abusive).

5. Même s'il n'est pas possible de dresser une liste complète de tous les textes législatifs ou réglementaires intéressant directement ou accessoirement des projets d'infrastructure à financement privé, il n'est pas inutile, dans un souci de clarté, d'indiquer dans la législation quels sont les textes législatifs et réglementaires qui s'appliquent directement à l'exécution de tels projets et, s'il y a lieu, ceux dont l'application est exclue.

2. *Droit applicable aux contrats conclus par le concessionnaire*

6. Le concessionnaire et ses sous-traitants choisiront habituellement un droit qu'ils connaissent bien et qui, à leur avis, règle de manière satisfaisante les questions sur lesquelles portent leurs contrats. Selon le type de contrat, la clause relative au droit applicable suscitera différentes questions. S'agissant, par exemple, des accords de financement conclus par le concessionnaire, le plus vraisemblable est que les prêteurs exigeront que le droit applicable soit celui d'un pays où il existe un cadre juridique établi concernant les transactions financières internationales. Dans le cas de contrats de fourniture de matériel et autres contrats conclus avec des sociétés étrangères, les parties souhaiteront sans doute choisir un droit dont elles savent qu'il offre, par exemple, un régime de garantie satisfaisant en cas de panne ou de vice du matériel. Le concessionnaire, à son tour, pourra accepter l'application du droit du pays hôte aux contrats conclus avec des clients locaux.

7. Il est rare que le droit interne contienne des dispositions relatives au droit applicable aux contrats conclus par le concessionnaire. Dans quelques pays, la loi limite l'application du droit étranger aux questions qui ne sont pas réglementées par le droit interne ou subordonne l'élection du droit étranger à l'approbation de l'autorité contractante. La plupart des pays, toutefois, n'ont pas jugé nécessaire de prendre des dispositions relatives au droit applicable aux contrats conclus entre le concessionnaire et ses sous-traitants, cette question devant être réglée par une clause contractuelle ou par les règles applicables aux conflits de lois.

8. Certains pays ont inclus dans leur droit interne des dispositions tendant à préciser que les contrats conclus entre le concessionnaire et ses sous-traitants sont régis par le droit privé et que lesdits sous-traitants ne sont pas des préposés de l'autorité contractante. Dans certains pays, de telles dispositions peuvent avoir plusieurs conséquences dans la pratique: par exemple, l'autorité contractante n'encourt aucune responsabilité subsidiaire à raison des actes des sous-traitants, et l'organisme public qui est le maître de l'ouvrage n'a aucune obligation d'indemnisation en cas de maladie ou d'accident du travail ou de décès des employés des sous-traitants.

C. *Autres domaines pouvant appeler des mesures législatives*

9. En plus des questions relatives à la législation touchant directement les projets d'infrastructure à financement privé, un cadre juridique favorable exige l'adoption de dispositions appropriées dans d'autres domaines de droit. L'existence d'une législation encourageant et protégeant 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. 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 contribuer à réduire le risque juridique perçu de l'investissement dans le pays hôte.

1. *Promotion et protection des investissements*

10. Un point qui intéresse particulièrement les consortiums de projet et les prêteurs est le degré de protection accordé 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 et sans indemnisation appropriée conformément au droit international. Les promoteurs des projets participant à des consortiums de projet souhaiteront également savoir dans quelle mesure ils 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 ils auront besoin et transférer à l'étranger ou rapatrier leurs bénéfices et les sommes nécessaires au remboursement de prêts qu'ils auront contractés aux fins du projet d'infrastructure. Outre les garanties spécifiques que peut fournir l'État (voir chap. II, "Risques de projet et soutien des pouvoirs publics", ___), l'adoption de mesures législatives touchant la promotion et la protection des investissements peut beaucoup faciliter la réalisation de projets d'infrastructure à financement privé. 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.

11. 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 accord entre le pays hôte et le ou les pays d'origine des promoteurs 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.

2. *Droit de la propriété*

12. Il est souhaitable que le droit de la propriété 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 des biens meubles et incorporels, et permette au concessionnaire d'acheter, de vendre, de transférer et d'autoriser l'utilisation des biens, selon les cas. L'on a constaté que la garantie des droits de propriété au moyen de dispositions constitutionnelles a beaucoup encouragé les investissements privés dans de nombreux pays (voir également chap. I, "Considérations générales sur la législation", ___).

13. Lorsque le concessionnaire est propriétaire des terrains sur lesquels est réalisé l'ouvrage, il importe que la propriété des terrains puisse être établie clairement et sans équivoque par des procédures adéquates d'enregistrement et de publicité. Le concessionnaire et les prêteurs auront besoin d'une preuve claire 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.

14. Il faut en outre mettre en place des mécanismes efficaces permettant de faire respecter les droits de propriété et les droits de jouissance accordés au concessionnaire. Ces mécanismes devraient également s'appliquer aux servitudes dont le concessionnaire 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, "L'accord de projet", ___].

3. *Règles et procédures d'expropriation*

15. Lorsque 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, "L'accord de projet", ___). 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.

16. Les procédures d'expropriation comportent souvent des étapes administratives et judiciaires longues et complexes. Le pays hôte souhaitera 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 au pays hôte la possibilité de prendre possession du bien le plus tôt possible, dans la mesure autorisée par la loi, afin d'éviter des retards au démarrage et une hausse des coûts du projet.

4. *Droit de la propriété intellectuelle*

17. 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 pouvant 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 donc avoir l'assurance que leurs droits de propriété intellectuelle seront protégés et qu'ils seront en mesure de les faire valoir contre des contrefaçons.

18. 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. Il conviendra de renforcer la protection des droits de propriété intellectuelle dans le sens d'instruments comme la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de 1883[1]. Cette Convention s'applique à la propriété industrielle au sens large, y compris notamment aux inventions, marques de commerce ou de fabrique, dessins industriels, modèles d'utilité et indications géographiques et à la répression de la concurrence déloyale. La Convention stipule que les États contractants doivent s'accorder réciproquement le traitement national en matière de protection de la propriété industrielle. Elle établit également le principe de la priorité dans le cas de brevets, marques de commerce et de fabrique et dessins industriels, et contient un petit nombre de règles communes que tous les États contractants doivent suivre en matière de brevets, marques de commerce et de fabrique, dessins industriels, indications d'origine, concurrence déloyale et administrations nationales. Un autre instrument de protection internationale des brevets est le Traité de 1970 sur la coopération en matière de brevets, qui permet aux États de faire protéger un brevet d'invention simultanément dans chacun des États parties au moyen du dépôt d'une demande internationale d'enregistrement.

19. D'autres instruments importants concernant la protection internationale des droits de propriété industrielle sont l'Accord de Madrid de 1891 concernant l'enregistrement international des marques de commerce et de fabrique[2], le Protocole à l'Accord de Madrid de 1989, et le Règlement commun d'application de l'Accord de Madrid et du Protocole y relatif de 1998. L'Accord de Madrid prévoit l'enregistrement international des marques de commerce, de fabrique et de services au Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). L'enregistrement internationale des marques en vertu de l'Accord de Madrid est valable dans plusieurs pays, et potentiellement dans tous les États contractants (sauf le pays d'origine). En outre, le Traité de 1994 relatif aux marques de commerce ou de fabrique a simplifié et harmonisé les procédures de demandes d'enregistrement des marques, de modification des marques déposées et de renouvellement de l'enregistrement.

---

[1]Telle que révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, et telle qu'amendée le 2 octobre 1979.

[2]Telle que révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Nice le 15 juin 1957 et à Stockholm le 14 juillet 1967.

20. En matière de dessins industriels, l'Accord de La Haye de 1925 relatif au dépôt international des dessins industriels[3] réglemente le dépôt international des dessins industriels au Bureau international de l'OMPI. Le dépôt international a, dans chacun des États contractants désignés par le déposant, le même effet que si toutes les formalités requises par le droit interne pour protéger le dessin industriel avaient été accomplies par le demandeur et que si tous les actes administratifs nécessaires à cette fin avaient été accomplis par le service compétent de ce pays.

21. Les instruments susmentionnés sont complétés par des traités établissant des classifications internationales, comme l'Accord de Strasbourg de 1971 relatif à la classification internationale des brevets, l'Accord de Nice de 1957 relatif à la classification internationale des biens et des services aux fins de l'enregistrement des marques de commerce ou de services, l'Accord de Vienne de 1973 portant création d'une classification internationale des éléments figuratifs des marques de commerce ou de fabrique et l'Accord de Locarno de 1968 portant création d'une classification internationale des dessins industriels.

5. *Sûretés*

22. Un régime juridique interne qui offre des garanties solides est indispensable au succès des projets d'infrastructure à financement privé. Les types d'avoirs qui peuvent être grevés et les types de sûretés qui peuvent être constituées varieront d'un système juridique à l'autre. En raison des différences marquées qui caractérisent le droit des sûretés en vigueur dans les différents pays, le *Guide* n'analysera pas en détail les aspects techniques des mesures législatives à promulguer, et ce qui suit n'est qu'un aperçu général des principaux éléments d'un régime moderne de transactions garanties.

23. Dans certains systèmes juridiques, des sûretés peuvent être constituées sur presque tous les types d'avoirs, y compris la propriété intellectuelle, tandis que, dans d'autres, des sûretés ne peuvent être constituées que sur une catégorie limitée d'avoirs, comme des biens immobiliers. Dans d'autres encore, des sûretés peuvent être constituées sur des biens qui n'existent pas encore (biens futurs) et sur l'ensemble des avoirs d'une société tout en permettant à celle-ci de continuer d'en disposer dans le cadre de ses activités normales. Quelques systèmes juridiques prévoient des sûretés non possessoires, qui permettent au créancier d'obtenir une garantie, même s'il n'a pas la possession effective des biens en question; dans d'autres, une sûreté ne peut être constituée, dans le cas de biens dont le titre de propriété n'est pas soumis à enregistrement, que moyennant possession physique ou virtuelle. Dans certains systèmes juridiques, mais pas dans d'autres, la sûreté peut être réalisée sans l'intervention des tribunaux. Plusieurs pays prévoient des recours qui permettent au créancier nanti non seulement de vendre ou de faire vendre le bien grevé d'une sûreté, mais aussi d'en prendre possession ou de faire désigner un syndic; dans d'autres, le principal recours à la disposition du créancier est la vente judiciaire. Dans différents pays, certains types de sûretés confèrent des droits ayant priorité sur ceux des créanciers privilégiés, tandis que, dans d'autres, ces derniers priment sur tous les autres types de créanciers nantis. La constitution d'une sûreté est peu coûteuse dans certains pays, les droits et taxes à acquitter étant minimes, tandis qu'elle est onéreuse dans d'autres. Certains pays n'imposent aucune limite au montant de la sûreté, tandis que, dans d'autres, celle-ci ne peut pas être excessive en comparaison du montant de la créance. Certains systèmes juridiques imposent au créancier nanti certaines obligations à l'égard du débiteur et des tiers dans le cas de réalisation de la sûreté, par exemple, celle de vendre le bien à sa juste valeur marchande.

24. Le type et l'étendue des sûretés offertes par le concessionnaire 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 sûretés, par exemple, une sûreté réelle sur les avoirs matériels du concessionnaire (comme hypothèque ou nantissement), le gage d'actions du concessionnaire et la cession d'avoirs incorporels (créances) du projet. Alors que le droit applicable aux accords de prêts est généralement celui choisi par les parties, c'est dans la plupart des cas la loi du pays hôte qui déterminera le type d'action en garantie pouvant être engagée contre des avoirs situés dans le pays et les recours disponibles. Les différences dans les types de sûretés ou les limites des recours disponibles en vertu des lois du pays hôte peuvent être une source de préoccupation pour les prêteurs potentiels. Il est donc important de veiller à ce que le droit interne prévoie une protection juridique suffisante aux créanciers nantis et ne fasse pas obstacle à la capacité des parties d'établir des arrangements appropriés en matière de sûretés.

25. 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. Cela peut être difficile dans nombre de pays où il n'existe pas de registre central de la propriété. En outre, la sûreté 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 nantis devraient avoir la préférence sur les créanciers chirographaires dans les procédures d'insolvabilité.

26. Un autre aspect important a trait à la latitude donnée aux parties pour définir les avoirs 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 avoirs d'une entreprise, ce qui permet de vendre celle-ci comme une affaire viable et peut aider à sauver une entreprise en difficulté tout en augmentant les sommes pouvant être recouvrées par le créancier nanti. D'autres systèmes juridiques, en revanche, ne per-

[3] Avec l'Acte additionnel de Monaco de 1961, l'Acte complémentaire de Stockholm de 1967 tel que modifié le 28 septembre 1979 et le Règlement d'application de l'Accord de La Haye concernant le dépôt international des dessins industriels de 1998.

mettent que la constitution d'une sûreté sur des avoirs spécifiques et ne reconnaissent pas les sûretés portant sur la totalité des avoirs du débiteur. Il peut également y avoir des limites à la capacité du débiteur de négocier les avoirs constitués en garantie. Étant donné ces limites et restrictions, il est difficile, sinon impossible, pour le débiteur de constituer des sûretés sur des avoirs décrits de façon générique ou sur des avoirs faisant l'objet d'échanges dans le cadre de son activité habituelle.

27. Étant donné la longue durée qui caractérise les projets d'infrastructure à financement privé, les parties peuvent souhaiter définir les avoirs sur lesquels sont constituées des sûretés à titre particulier ou général. Elles peuvent souhaiter également que cette sûreté porte sur les avoirs présents ou futurs et sur les avoirs qui pourraient changer pendant la durée de la garantie. Il peut être bon d'examiner les dispositions existantes sur les sûretés réelles afin d'inclure des dispositions permettant aux parties de conclure des arrangements appropriés les concernant.

28. Comme indiqué ci-dessus (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___), une autre forme fréquente de sûreté, dans le cadre de certains projets d'infrastructure à financement privé, est la cession aux prêteurs du produit des contrats conclus avec les clients du concessionnaire. 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, le concessionnaire 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 incertitude considérable.

29. 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. Les gouvernements auront cependant intérêt à suivre les efforts entrepris dans ce domaine par différentes organisations.

30. La loi type sur les transactions garanties 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 pourrait remplir ce rôle. Outre des dispositions générales indiquant qui peut constituer et qui peut recevoir une sûreté et des règles générales concernant les créances garanties et les biens constitués en sûreté, cette loi type aborde des questions telles que la constitution de sûretés, 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 24 à 29 ci-dessus.

[Note à l'intention de la Commission. Il sera inséré une référence appropriée au projet de convention sur le financement par cessions de créances sur lequel travaille actuellement le Groupe de travail sur les pratiques contractuelles internationales, ainsi qu'à d'autres initiatives entreprises au plan international, par exemple, le projet de loi type interaméricaine sur les transactions garanties actuellement à l'examen au sein de l'Organisation des États américains dans le contexte des préparatifs de la sixième Conférence interaméricaine de droit international privé ou le projet de convention sur les sûretés internationales sur le matériel mobile élaboré sous l'égide d'Unidroit.]

6. *Droit des sociétés*

31. Pour la plupart des projets comportant la mise en place d'une nouvelle infrastructure, les promoteurs créeront une personne morale distincte dans le pays hôte (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___). Cette personne morale chargée de l'exécution du projet pourra certes revêtir dans les divers pays différentes formes qui ne seront pas nécessairement celle d'une société. Cependant, comme le plus souvent cette entité revêtira effectivement la forme d'une société, il importe que le pays hôte ait 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 la cession d'actions, les états comptables et financiers et la protection des actionnaires minoritaires. En outre, reconnaître aux investisseurs le droit de constituer des personnes morales distinctes en tant qu'entités spéciales pour mobiliser et décaisser des fonds peut faciliter le montage de l'enveloppe financière du projet (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___).

32. Même si l'exploitant de l'ouvrage peut être constitué sous des formes différentes, une caractéristique commune est que les propriétaires ou actionnaires du concessionnaire voudront limiter leur responsabilité à la valeur de leur participation au capital social. S'il est prévu que le concessionnaire proposera 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 du concessionnaire. 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 ou d'autres titres par des sociétés commerciales permettront au concessionnaire de se procurer des fonds auprès d'investisseurs sur les marchés obligataires, ce qui facilitera le financement de certains ouvrages d'infrastructure.

33. La législation devra définir la responsabilité des administrateurs du concessionnaire, y compris les cas dans lesquels leur responsabilité pénale peut être engagée. Elle pourra également comporter des dispositions tendant à assurer la protection des tiers lésés par tout manquement de la part des administrateurs à leurs responsabilités sociales. 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 particulière-

ment utiles dans le cas des projets d'infrastructure où le concessionnaire peut souhaiter recourir aux services de 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, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___).

34. Il importe que la loi régisse de façon satisfaisante le processus de décision pour les assemblées 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 des actionnaires minoritaires contre les abus des actionnaires dominants ou majoritaires est un élément important du droit moderne des sociétés. Il convient également de prévoir des mécanismes pour le règlement des différends entre actionnaires, ainsi que de reconnaître le droit des actionnaires de régler un certain nombre d'autres questions concernant la gestion du concessionnaire en concluant des accords entre eux ou des accords de gestion avec les administrateurs de ce dernier.

7. *Pratiques comptables*

35. Dans plusieurs pays, la loi fait aux sociétés l'obligation de suivre des pratiques comptables généralement acceptées, l'un des objectifs recherchés étant notamment de pouvoir appliquer des méthodes d'évaluation uniformes des entreprises. L'application de pratiques comptables modernes et internationalement acceptables peut contribuer à assurer la négociabilité des obligations et titres émis par le concessionnaire 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 soumissionnaires et aider à déterminer ceux qui répondent aux critères de présélection fixés par l'autorité contractante (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", ___). 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. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___).

8. *Droit des contrats*

36. Le droit des contrats en vigueur dans le pays hôte a une incidence importante sur les contrats conclus par le concessionnaire avec ses sous-traitants, ses fournisseurs et des tiers. Le droit interne relatif aux contrats commerciaux doit apporter des solutions adéquates aux besoins du concessionnaire et des bailleurs de fonds, y compris la souplesse requise dans l'élaboration des contrats nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'ouvrage. Outre certains éléments essentiels d'un droit des contrats approprié, tels que la reconnaissance générale de l'autonomie de la volonté des parties, la possibilité de faire exécuter par voie judiciaire les obligations contractuelles et des 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. Il importe aussi de mettre en place une série adéquate de règles de droit international privé vu qu'il est très probable que les contrats conclus par le concessionnaire comporteront, sous une forme ou sous une autre, un élément international.

37. Lorsqu'un nouvel ouvrage doit être construit, le concessionnaire 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 réduira l'incertitude juridique entourant ces opérations. L'adhésion à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)[4] ou à d'autres instruments internationaux traitant de contrats particuliers, tels que la Convention sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988)[5], élaborée par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), permet de disposer d'un cadre juridique particulièrement adapté.

9. *Règles applicables aux marchés publics et droit administratif*

38. Dans nombre de systèmes juridiques de tradition romaniste ou influencés par cette tradition, la prestation des services publics est régie par un corpus juridique appelé droit administratif qui réglemente une large gamme d'attributions étatiques. Ces systèmes sont fondés sur le principe que l'État peut exercer ses pouvoirs et ses attributions par acte ou contrat administratif, étant entendu qu'il lui est loisible de conclure des contrats de droit privé. Les différences entre ces deux types de contrats peuvent être importantes.

39. En droit administratif, le principe de l'autonomie de la volonté des parties à un contrat privé est subordonné à l'intérêt général. Dans certains pays, l'État a le droit de résilier des contrats administratifs (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___) ou d'en modifier la portée et les dispositions pour des raisons d'intérêt public, sous réserve, habituellement, de réparation du préjudice subi par le contractant privé (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). L'État peut également avoir de larges droits de surveillance et d'inspection ainsi que le droit de sanctionner l'exploitant privé qui manque à ses obligations. Ces droits sont souvent tempérés par l'obligation d'apporter au contrat les autres changements nécessaires pour rétablir l'équilibre financier initial entre les parties et pour préserver la valeur générale du contrat pour le contractant privé (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). Dans certains systèmes juridiques, les différends découlant de contrats conclus avec l'État relèvent de la compétence exclusive de tribunaux spéciaux qui connaissent exclusivement de questions administratives, tribunaux qui, dans certains pays, ne font pas partie du système judiciaire (voir chap. VIII, "Règlement des différends", ___).

---

[4] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-1er avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.82.V.5), première partie.

[5] *Actes de la Conférence diplomatique pour l'adoption des projets de conventions d'Unidroit sur l'affacturage international et le crédit-bail international, Ottawa, 9-28 mai 1988*, vol. I.

40. L'existence d'un régime juridique spécial applicable aux exploitants d'ouvrages d'infrastructure et aux prestataires de services publics n'est pas limitée aux systèmes juridiques évoqués ci-dessus. Bien que les pays qui s'inspirent de la tradition de la *common law* n'établissent pas de distinction catégorique entre les contrats administratifs et les contrats privés, des résultats analogues peuvent être obtenus par des moyens différents. Si ces systèmes juridiques considèrent généralement que le meilleur moyen de préserver l'état de droit est de soumettre l'État au droit privé ordinaire, il est généralement admis que l'État ne peut pas, par contrat, entraver l'exercice de ses attributions souveraines. Il ne peut pas limiter ses pouvoirs exécutifs futurs dans l'accomplissement des attributions étatiques qui touchent l'intérêt public. Selon la doctrine des actes de puissance publique appliquée dans certains pays de *common law*, l'État, en sa qualité de contractant, est dégagé de ses obligations contractuelles si, en sa qualité de puissance publique, il promulgue dans l'intérêt public des lois, décrets ou arrêtés qui l'empêchent d'honorer ses obligations. Ainsi, la loi peut autoriser un organisme public à modifier des droits contractuels acquis. Habituellement, ce droit est limité, de sorte que les changements apportés au contrat ne peuvent pas être tels que l'autre partie ne puisse pas raisonnablement s'y adapter. En pareilles circonstances, la partie privée a habituellement droit à une certaine forme d'indemnisation ou de réparation équitable (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). En prévision d'une telle éventualité, une clause standard concernant les "changements de circonstances" est dans certains pays incluse dans les contrats passés avec l'État pour permettre à celui-ci de modifier par décision unilatérale les conditions du contrat ou de stipuler que le contrat sera modifié s'il intervient un acte de puissance publique.

41. Ces systèmes juridiques justifient les prérogatives spéciales dont sont investis les organismes étatiques par des considérations générales. Toutefois, il est généralement admis que les prérogatives spéciales de l'État, et en particulier le pouvoir de modifier par décision unilatérale les conditions d'un contrat, risquent, si elles sont abusivement invoquées, d'affecter les droits acquis de ses cocontractants. Aussi les pays où la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure est une tradition bien établie ont-ils mis en place une série de mécanismes de contrôle et de recours pour protéger les cocontractants d'organismes publics contre tout acte arbitraire ou irrégulier de la part de ces derniers, par exemple, en créant des organes impartiaux de règlement des différends et en prévoyant une indemnisation intégrale en cas d'abus de pouvoir. Lorsqu'une telle protection n'existe pas, l'investisseur potentiel risque de voir dans les règles juridiques qui confèrent des prérogatives spéciales aux organismes publics un risque impondérable qui peut les décourager. Aussi certains pays ont-ils revu leurs législations concernant les marchés publics de façon à garantir la protection indispensable pour encourager l'investissement privé et ont-ils abrogé les dispositions qui risquent de faire naître des doutes quant à la stabilité contractuelle à long terme indispensable à la réalisation de projets d'infrastructure.

10. *Droit de l'insolvabilité*

42. L'insolvabilité d'un exploitant d'ouvrage d'infrastructure ou d'un prestataire de services publics soulève un certain nombre de questions qui ont conduit divers 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. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___). La continuité de la prestation des services peut être assurée au moyen d'un cadre juridique permettant, au moyen de procédures de restructuration ou de procédures semblables, de renflouer les entreprises économiquement viables en difficulté. Si une procédure de faillite devient inévitable, les créanciers nantis seront directement intéressés par les dispositions applicables concernant les créances faisant l'objet de sûretés, en particulier sur le point de savoir s'ils peuvent réaliser la sûreté malgré l'ouverture de la procédure de faillite, s'ils seront payés en priorité sur le produit de la sûreté et quel sera le rang de priorité de leurs créances. Comme indiqué ci-dessus, une proportion substantielle des dettes du concessionnaire revêt la forme de prêts privilégiés, les prêteurs exigeant que leurs créances soient réglées avant les créances subordonnées du concessionnaire (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", ___). La mesure dans laquelle les prêteurs pourront faire reconnaître leur statut de créanciers privilégiés dépendra des règles et dispositions en vigueur concernant la priorité des créanciers dans les procédures d'insolvabilité. La reconnaissance juridique de l'autonomie de la volonté des parties concernant la subordination contractuelle de différentes catégories de prêts pourra, à cet égard, faciliter le financement de projets d'infrastructure.

43. La législation devra régler un certain nombre de questions, dont les suivantes: l'ordre de priorité des créanciers; l'ordre de priorité entre l'administrateur du débiteur insolvable et les créanciers; les mécanismes juridiques de restructuration du débiteur insolvable; les règles spéciales visant à garantir la continuité du service public en cas d'insolvabilité du concessionnaire; et l'annulation des transactions opérées par le débiteur peu avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

44. Souvent, l'insolvabilité d'un concessionnaire affectera des créanciers ou des avoirs situés dans plus d'un pays. Il sera donc souhaitable que le pays hôte ait des dispositions facilitant la coopération judiciaire, l'accès aux tribunaux des administrateurs d'insolvabilité étrangers et la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité. 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.

11. *Droit fiscal*

45. Outre les incitations fiscales que peut offrir le pays hôte à tous les investisseurs ou les incitations spéciales accordées pour la réalisation de projets d'infrastructure à financement privé (voir chap. II, "Risques de projet et soutien des pouvoirs publics", ___), 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 pouvoir discrétionnaire exercé par le fisc, la clarté des directives et instructions aux contribuables et l'objectivité des critères utilisés pour calculer l'assiette de l'impôt. Il peut s'agir d'une question complexe, particulièrement dans les pays où les pouvoirs de percevoir ou de relever les impôts ou d'appliquer la législation fiscale ont été décentralisés.

46. La stabilité du régime fiscal est indispensable au succès des projets d'infrastructure à financement privé. Nombre de projets, en effet, supposent un ratio d'endettement élevé et exigent des liquidités prévisibles. Toute modification imprévue des impôts ayant pour effet de réduire ces liquidités peut avoir des conséquences sérieuses pour le projet. Ainsi, toutes les incidences fiscales potentielles doivent pouvoir être évaluées aisément pendant toute la durée du projet. Dans certains pays, l'État est habilité à conclure avec les investisseurs des accords garantissant la stabilité du régime fiscal applicable au projet. Toutefois, il se peut que l'État ne puisse pas, pour des raisons constitutionnelles ou politiques, fournir ce type de garantie, auquel cas les parties peuvent convenir de mécanismes d'indemnisation ou de révision du contrat s'il intervient une hausse des coûts due à une modification de la fiscalité (voir également chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___).

47. La plupart des régimes fiscaux nationaux peuvent être classés en trois catégories. Une approche repose sur le principe de l'imposition universelle des revenus quelle qu'en soit la source, la double imposition étant évitée au moyen d'un système de crédit d'impôt étranger, le montant des impôts dus dans le pays d'origine étant réduit du montant des impôts étrangers déjà acquittés. Si telle est l'approche adoptée par le pays d'origine de l'investisseur, celui-ci ne paiera jamais moins d'impôt que si tous ses revenus avaient leur source dans son pays d'origine. Une autre formule consiste à exempter d'impôt dans le pays d'origine de l'investisseur les revenus de source étrangère déjà imposés à l'étranger. Selon l'approche territoriale, les revenus de source étrangère sont totalement exemptés d'impôt dans le pays d'origine. Les investisseurs dont le pays d'origine applique l'un quelconque de ces deux systèmes bénéficieront de trêves fiscales et de réduction d'impôt dans le pays d'origine, mais ce dégrèvement n'encouragera aucunement à investir une personne ayant sa résidence dans un havre fiscal.

48. Les parties participant au projet ne visent pas toutes le même objectif en matière d'impôts. Les investisseurs se préoccupent habituellement de l'imposition des bénéfices perçus dans le pays hôte, de l'imposition des paiements effectués aux sous-traitants, fournisseurs, investisseurs et prêteurs et du régime fiscal applicable aux plus-values en capital (ou pertes) éventuelles lors de la liquidation du concessionnaire. Parfois, certains types de paiements déductibles aux fins de l'impôt dans le pays d'origine (intérêts sur les emprunts, dépenses de recherche, frais de soumission ou pertes de change) ne le sont pas dans le pays hôte ou inversement. Comme un crédit d'impôt étranger n'est accordé que sur les impôts acquittés sur les revenus étrangers, les investisseurs doivent s'assurer que les impôts sur le revenu éventuellement payés dans le pays hôte répondent à la définition de l'impôt sur le revenu au regard de la législation fiscale de leur pays d'origine. En outre, aux fins du régime fiscal applicable, il se peut que le statut reconnu au concessionnaire dans le pays hôte ne soit pas le même que dans son pays d'origine. Dans le cas où les avoirs affectés au projet deviennent propriété de l'État, le concessionnaire risque d'être empêché de déduire leur amortissement aux fins de l'impôt dans son pays d'origine.

49. 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. La date à laquelle l'impôt doit être acquitté et les retenues d'impôts peuvent également susciter des problèmes. 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.

50. En définitive, c'est l'impact cumulatif de tous les impôts confondus qu'il faut prendre en considération. Par exemple, il se peut que des impôts soient perçus à plus d'un niveau de l'administration et que le concessionnaire, indépendamment de l'impôt prélevé par l'État, doive également payer des impôts municipaux ou provinciaux. Il existe parfois aussi des taxes autres que l'impôt sur le revenu qui doivent être acquittées avant que le concessionnaire ne commence à toucher une recette quelconque: impôts sur les ventes, parfois appelés impôts sur le chiffre d'affaires, taxes sur la valeur ajoutée, droits fonciers, droits de timbre et taxes à l'importation. Dans certains cas, des dispositions spéciales peuvent être prises pour offrir au concessionnaire des exonérations ou des dégrèvements au titre de ces droits aussi.

12. *Protection de l'environnement*

51. La législation relative à la protection de l'environnement porte sur des questions extrêmement diverses allant de la manutention des déchets et des substances dangereuses à la réinstallation des populations déplacées par des projets d'aménagement de grande envergure. Il est généralement admis que des mesures de protection de l'environnement sont indispensables à tout développement durable. Dans ce contexte, l'adhésion aux traités relatifs à la protection à l'environnement peut contribuer à renforcer le régime international applicable dans ce domaine. Un grand nombre d'instruments internationaux ont été élaborés ces dernières décennies pour mettre en place des normes internationales communes. L'on peut citer notamment le programme Action 21 et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement adoptés par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement tenue en 1992, la Charte mondiale de la nature (résolution 37/7 de l'Assemblée générale du 28 octobre 1982), la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle du mouvement transfrontière de déchets dangereux et leur élimination, la

Convention de 1991 sur les évaluations d'impact environnemental dans un contexte transfrontière et la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux.

52. Les dispositions législatives relatives à la protection de l'environnement ont généralement un impact direct, à différents niveaux, sur la réalisation des projets d'infrastructure, et les questions environnementales sont parmi les causes de litiges les plus fréquentes. Ces dispositions peuvent entraîner des obligations diverses: consentement de différentes autorités environnementales, attestation que l'entreprise n'a pas été précédemment condamnée pour des violations de la législation sur l'environnement, garantie de respect des normes environnementales, engagement de remédier aux dommages causés à l'environnement et règles de notification. Ces lois stipulent souvent que différentes activités sont soumises à autorisation préalable, cette règle pouvant être particulièrement rigoureuse pour certains types d'ouvrages d'infrastructure (par exemple, traitement des eaux usées, ramassage de déchets, centrales électriques à charbon, transport d'électricité, routes et chemins de fer). Des autorisations et permis doivent souvent être obtenus pour entreprendre des travaux publics ou construire certains types d'édifices. Le refus d'autorisations environnementales peut constituer un obstacle insurmontable à l'exécution de l'ensemble du projet.

53. 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 et les circonstances qui justifient le refus ou le retrait d'une autorisation. Particulièrement importantes sont les dispositions garantissant des procédures d'appel et des recours judiciaires rapides aux demandeurs. Il peut également être indiqué, dans la mesure du possible, de s'assurer avant l'attribution définitive du marché que les conditions d'obtention de telles autorisations sont réunies. 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 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. Parfois, la législation stipule également les sanctions qui peuvent être imposées et spécifie les parties qui peuvent être tenues pour responsables des dommages causés à l'environnement.

54. D'autres problèmes peuvent se poser dans le cadre du droit de l'environnement du pays hôte lorsque le concessionnaire reprend un ouvrage existant, en particulier si la question de la responsabilité en cas de préjudice écologique causé par une industrie du secteur public avant sa privatisation n'a pas été clarifiée. Les investisseurs privés peuvent hésiter à reprendre un ouvrage existant ou à acheter des entreprises de services publics qui risquent de devoir verser des indemnisations ou prendre des mesures de remise en état pour des dommages 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.

13. *Droit relatif à la protection des consommateurs*

55. Différents pays ont promulgué des dispositions législatives spéciales visant à protéger les consommateurs. Ces dispositions varient beaucoup d'un pays à un autre, aussi bien par leur forme que par leur substance. Néanmoins, elles prévoient souvent des délais favorables pour le dépôt de plaintes et les actions tendant à faire valoir des droits contractuels; des règles spéciales d'interprétation des contrats dont les clauses ne sont généralement pas négociées avec le consommateur, parfois appelés contrats d'adhésion; l'extension des périodes de garantie; des droits spéciaux de résiliation du contrat; l'accès à des instances de règlement simplifié des différends; ou d'autres mesures de protection. Du point de vue du concessionnaire, il importe de déterminer si la législation du pays hôte relative à la protection des consommateurs risque de l'empêcher, par exemple, de faire valoir son droit d'exiger le paiement des services fournis, de réviser ses prix ou de cesser de fournir des services à des clients qui ne paient pas leurs factures.

14. *Mesures anticorruption*

56. Le climat des investissements et des affaires dans le pays hôte peut être amélioré aussi par l'adoption de mesures tendant à combattre la corruption dans l'attribution des marchés publics. Les règles relatives au fonctionnement des autorités contractantes et à la surveillance des marchés publics devraient être revues, et, lorsque de telles règles n'existent pas, des textes législatifs et réglementaires appropriés devraient être élaborés et promulgués pour garantir le degré requis de transparence et d'intégrité. D'autres éléments à prendre en considération dans ce contexte sont la nécessité de veiller à la simplicité et à la cohérence des règles applicables et d'éliminer les procédures inutiles qui ne font que prolonger ou alourdir les procédures administratives.

57. En outre, il importe au plus haut point pour le pays hôte d'adopter des mesures efficaces et concrètes pour combattre toutes les formes de corruption active et passive et de pratiques illicites connexes, et en particulier de veiller à faire respecter les dispositions législatives et réglementaires existantes interdisant la corruption.

58. La promulgation de lois tendant à incorporer en droit interne les dispositions des accords internationaux et les normes d'éthique applicables dans la gestion des affaires publiques peut beaucoup contribuer à assainir le climat des affaires. Des normes importantes ont été adoptées dans deux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, la résolution 51/59 du 12 décembre 1996, par laquelle l'Assemblée a adopté le Code international de conduite des agents publics, et la résolution 51/191 du 16 décembre 1996, par laquelle elle a adopté la Déclaration des Nations Unies contre la corruption active et passive dans les transactions commerciales internationales.

Entre autres instruments importants, il convient de citer aussi la Convention interaméricaine contre la corruption, adoptée par l'Organisation des États américains lors de la Conférence spéciale chargée d'examiner le projet de convention interaméricaine contre la corruption, tenue à Caracas en 1996, et la Convention de 1997 pour la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, négociée sous les auspices de l'Organisation de coopération et de développement économiques.

D. *Accords internationaux*

59. Outre la législation interne du pays hôte, les accords internationaux auxquels il est partie peuvent avoir un effet sur les projets d'infrastructure à financement privé. Les incidences d'un certain nombre d'accords internationaux sont brièvement examinées ci-dessous.

1. *Appartenance aux institutions financières multilatérales*

60. L'appartenance à des institutions financières multilatérales comme la Banque mondiale, l'Association internationale de développement, la Société financière internationale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements et les banques régionales de développement peut, de différentes façons, avoir un impact direct sur les projets d'infrastructure à financement privé. Premièrement, le pays hôte doit habituellement être membre de ces institutions pour que les projets réalisés sur son territoire puissent bénéficier du financement et des garanties qu'elles offrent. Deuxièmement, les règles applicables aux instruments de financement et de garantie fournis par ces institutions contiennent habituellement toute une série de conditions qui intéressent directement celles de l'accord de projet et des accords de prêts négociés par le concessionnaire (par exemple, clause de non-nantissement d'avoirs du domaine public et fourniture de contre-garanties en faveur de l'institution financière multilatérale). Enfin, les institutions financières multilatérales poursuivent généralement un certain nombre d'objectifs généraux dont elles cherchent à assurer la réalisation dans le contexte des projets qu'elles appuient (par exemple, respect de normes environnementales internationalement convenues; pérennité du projet au-delà de la période couverte par la concession initiale; transparence et intégrité dans la sélection du concessionnaire et dans le décaissement des prêts).

2. *Accords généraux sur la facilitation et la promotion des échanges*

61. 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 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.

3. *Accords internationaux sur des secteurs particuliers*

62. 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. 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. Caractéristiques sont les engagements portant sur l'ouverture de divers segments du marché, parmi lesquels la téléphonie vocale, la transmission de données et les services améliorés, la concurrence et l'investissement étranger. Les législateurs des États membres actuels ou futurs de l'OMC doivent ainsi veiller à ce que les lois du pays sur les communications soient compatibles avec le GATS et leurs engagements spécifiques en matière de télécommunications.

63. 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 des marchés de capitaux pour stimuler les flux de capitaux afin de financer les échanges de matériaux et de produits. Il 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.9/458/Add.9]

CHAPITRE VIII. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Recommandations concernant la législation

Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire (voir par. 4 à 64)

1. Le pays hôte peut souhaiter envisager:

a) De réexaminer et, le cas échéant, de supprimer les restrictions légales inutiles à la liberté de l'autorité contractante d'accepter des modes de règlement des différends que les parties jugent adaptés aux besoins du projet;

b) De réexaminer sa législation sur la question de l'immunité de l'État souverain et d'indiquer dans quelle mesure l'autorité contractante peut ou ne peut pas invoquer cette immunité, à la fois pour empêcher l'ouverture d'une procédure arbitrale ou judiciaire et comme moyen de défense contre l'exécution de la sentence ou du jugement.

Règlement des différends commerciaux (voir par. 65 à 76)

2. Le pays hôte peut souhaiter prévoir une reconnaissance de la liberté du concessionnaire de choisir les mécanismes qu'il juge appropriés pour régler les différends commerciaux entre les promoteurs du projet ou les différends entre lui-même et ses prêteurs, entrepreneurs, fournisseurs et autres associés.

Différends entre d'autres parties (voir par. 77 à 82)

3. Le pays hôte voudra peut-être examiner l'opportunité de prévoir des modes spéciaux simplifiés et efficaces (y compris l'arbitrage et la conciliation) de règlement des différends pouvant surgir entre le concessionnaire et les consommateurs ou les usagers de l'infrastructure.

4. Le pays hôte peut souhaiter adopter des dispositions législatives:

a) Établissant des procédures transparentes par lesquelles le concessionnaire peut demander un réexamen des décisions réglementaires par un organisme indépendant et impartial;

b) Énonçant les motifs sur lesquels peut se fonder une demande de réexamen ainsi que les voies de recours judiciaire.

Notes sur les recommandations concernant la législation

A. *Généralités*

1. Un des facteurs importants pour la réalisation des projets d'infrastructure à financement privé est le cadre juridique qui existe dans le pays hôte pour le règlement des différends. Les investisseurs, les entrepreneurs et les prêteurs seront incités à participer à des projets dans des pays où ils ont la certitude que tous différends naissant de contrats qui font partie du projet seront réglés de manière équitable et efficace. De la même manière, des procédures efficaces permettant d'éviter les litiges ou de les régler rapidement faciliteront l'exercice des fonctions de contrôle de l'autorité contractante et réduiront le coût global du processus réglementaire.

2. Les projets d'infrastructure à financement privé impliquent normalement la création d'un écheveau de relations contractuelles entre les différentes parties. Les solutions législatives prévues pour le règlement des différends auxquels peuvent donner lieu ces projets doivent tenir compte de la diversité des relations, et en particulier du fait qu'il peut être nécessaire, en raison de la multiplicité des contrats et des parties, de prévoir des modes de règlement différents en fonction du type de contrats et des parties concernées. Les considérations législatives sur lesquelles est basée toute réglementation des mécanismes de règlement des différends dépendront des types d'accords et de contrats et des caractéristiques des différends auxquels ils peuvent donner lieu. Ces divers accords et contrats peuvent être classés en trois grandes catégories:

a) A*ccords entre la société de projet et l'autorité contractante et d'autres organismes publics*. L'instrument principal d'un projet d'infrastructure est l'accord de projet passé entre le pays hôte et le concessionnaire. Dans beaucoup de pays, cet accord est soumis à un régime juridique que l'on appelle souvent "droit administratif", mais dans d'autres il est en principe régi par le droit des contrats complété par des dispositions spéciales adaptées aux contrats publics pour la prestation de services publics. Ce régime peut avoir des incidences sur le mode de règlement des différends dont les parties à l'accord de projet peuvent convenir;

b) C*ontrats et accords commerciaux concernant l'exécution du projet*. Ce sont normalement au minimum les contrats suivants: i) contrats entre les parties détenant des parts de la société de projet (par exemple, accords entre les actionnaires, accords concernant la fourniture d'un financement supplémentaire ou arrangements relatifs aux droits de vote; ii) accords de financement et accords connexes intéressant, outre la société de projets, des parties telles que des banques commerciales, des organismes publics de prêt, des organismes internationaux de prêt et des organismes d'assurance-crédit à l'exportation; iii) un ou plusieurs contrats de construction entre la société de projet et un entrepreneur, qui peut être lui-même membre d'un consortium d'entrepreneurs, les fournisseurs de matériel et les prestataires de services; iv) un ou plusieurs contrats entre la société de projet et la partie qui assure l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage; et v) contrats de fourniture des biens et services nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;

c) C*ontrats entre la société de projet et la société d'exploitation et de maintenance, d'une part, et les utilisateurs de l'ouvrage, d'autre part.* Ces utilisateurs peuvent comprendre, notamment, une entreprise de services publics appartenant à l'État qui achète l'électricité ou l'eau fournie par la société de projet pour la revendre aux consommateurs finaux, des entreprises commerciales telles que des compagnies aériennes ou des compagnies mari-

times passant contrat pour l'utilisation de l'aéroport ou du port maritime, ou des particuliers s'acquittant d'un droit de péage pour l'utilisation d'une route.

3. Les types de contrats mentionnés à l'alinéa *b* du paragraphe 2 sont généralement considérés comme des contrats commerciaux auxquels s'appliquent, en ce qui concerne les clauses de règlement des différends, les règles générales relatives aux contrats commerciaux. Il est conseillé aux pays qui souhaitent créer un climat juridique favorable aux projets d'infrastructure à financement privé de revoir leurs lois concernant ces contrats de manière à en éliminer toute incertitude sur la liberté des parties de convenir des modes de règlement des différends qu'elles souhaitent appliquer (pour un examen plus approfondi voir la section C, par. 65 et 66). Toutefois, dans de nombreux pays, des considérations particulières s'appliquent aux clauses de règlement des différends concernant tout d'abord l'accord de projet entre l'autorité contractante et la société de projet et, par ailleurs, les contrats passés par la société de projet (ou la société d'exploitation ou de maintenance) pour la vente des biens ou des services aux utilisateurs finaux de l'ouvrage, en particulier si les acheteurs sont des entités publiques ou des particuliers consommateurs. Ces considérations sont examinées dans les sections B (par. 4 à 64) et D (par. 77 à 82).

B. *Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire*

1. *Généralités*

4. Les différends nés de l'accord de projet posent fréquemment des problèmes qui se rencontrent rarement dans le cadre d'autres types de contrats. Cela s'explique par la complexité des projets d'infrastructure, la longueur de leur exécution, l'importante composante utilité publique qu'ils comportent et le fait que de nombreuses entreprises peuvent participer aux phases de construction et d'exploitation. En outre, les différends nés des accords de projet peuvent porter sur des questions très techniques liées aux méthodes de construction, à la technologie incorporée dans l'ouvrage et aux conditions d'exploitation. Ces différends doivent être réglés rapidement afin de ne pas interrompre les travaux ou la prestation des services. Les parties devraient tenir compte de ces facteurs lorsqu'elles déterminent les mécanismes de règlement des différends à énoncer dans l'accord de projet.

5. La question qui est le plus souvent source de différends dans le cadre de l'accord de projet est celle de savoir si une partie a manqué à ses obligations contractuelles et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences juridiques de ce manquement. Toutefois, il se pose souvent d'autres questions pour lesquelles il est bon de prévoir un mécanisme de règlement approprié dans l'accord de projet. Ainsi, il peut y être stipulé que ses clauses peuvent être modifiées ou complétées dans certaines circonstances. La question est de savoir si ces circonstances se sont produites et, dans l'affirmative, de quelle manière les clauses contractuelles doivent être modifiées ou complétées (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). L'accord de projet peut également stipuler que l'autorité contractante doit consentir à certaines mesures prises par le concessionnaire. Si l'autorité contractante refuse indûment son consentement, la question peut se poser de savoir si un tribunal arbitral ou une juridiction étatique peut substituer son propre consentement à celui de la partie l'ayant refusé. On peut aussi se poser la question de savoir si des mesures provisoires devraient être prises en attendant le règlement définitif du différend.

6. Dans certains systèmes juridiques, les tribunaux étatiques et les arbitres n'ont pas compétence pour modifier ou compléter des clauses contractuelles ou pour substituer leur consentement à celui qui a été indûment refusé par une partie. Dans d'autres systèmes juridiques, les tribunaux étatiques et les arbitres peuvent le faire uniquement s'ils y sont expressément autorisés par les parties. Dans d'autres systèmes encore, les arbitres peuvent le faire mais non les juridictions étatiques. Lorsque la loi applicable au contrat ou à la procédure n'autorise pas les tribunaux étatiques ou les arbitres à modifier les clauses contractuelles, les parties peuvent souhaiter prévoir d'autres moyens de modifier certaines clauses, lorsque cela est possible. Par exemple, elles peuvent prévoir que les prix pratiqués par le concessionnaire seront automatiquement modifiés par l'application d'une clause d'indexation dans certaines circonstances (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). Elles peuvent stipuler que d'autres clauses contractuelles pourront être modifiées ou complétées dans le cadre d'une procédure de recours devant une tierce partie telle qu'un expert-arbitre ou un conseil d'examen des différends (voir par. 21 à 29). Lorsque les tribunaux étatiques ou les arbitres ne sont pas habilités à substituer leur consentement à celui qui a été indûment refusé par une partie, l'accord de projet peut prévoir qu'une partie ne peut refuser son consentement que pour des motifs donnés et qu'en l'absence de tels motifs le consentement est réputé avoir été donné. Les tribunaux étatiques ou les arbitres n'auraient alors qu'à déterminer si ces motifs spécifiés existent.

7. Il est en général souhaitable que les parties tentent tout d'abord de régler leurs différends par la négociation (voir par. 11 et 12). Elles peuvent, si elles le souhaitent, continuer de négocier même après que d'autres moyens de règlement des différends ont été mis en œuvre. Dans certains cas, lorsqu'elles ont soumis un différend à la conciliation (voir par. 13 à 20) et qu'une procédure arbitrale ou judiciaire est ultérieurement engagée, elles peuvent encore juger utile de poursuivre la conciliation. Par ailleurs, des différends nés de l'accord de projet peuvent ne pas relever de la compétence des tribunaux étatiques ou arbitraux ou ne pas se prêter à un règlement dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire (par exemple, des litiges de nature technique devant être résolus plus rapidement que cela n'est possible par voie arbitrale ou judiciaire).

8. Dans la pratique, on juge utile de régler les différends pouvant naître d'un accord de projet par l'arbitrage, procédure par laquelle les parties soumettent les différends qui peuvent surgir entre elles ou qui ont déjà surgi à une ou plusieurs personnes indépendantes et impartiales (les arbitres) choisies par elles et dont la décision est obligatoire (voir par. 30 à 59). En général, une procédure arbitrale ne peut être entamée que s'il y a accord compromissoire. La

sentence arbitrale est généralement exécutoire de la même manière qu'une décision de justice. En l'absence d'accord compromissoire, les différends entre les parties devront être réglés par la voie judiciaire (voir par. 60 à 64).

9. Pour ce qui est du mode ou des modes de règlement des différends à énoncer dans l'accord de projet, les parties devront déterminer avec certitude notamment quels sont les pouvoirs que peuvent exercer les juges, les arbitres, un expert-arbitre ou un conseil d'examen des différends en vertu de la loi applicable aux procédures dont il s'agit. Elles devront également examiner dans quelle mesure la décision d'un expert-arbitre ou d'un conseil d'examen des différends, une sentence arbitrale ou une décision judiciaire sont exécutoires dans leurs pays. Le fait que l'autorité contractante est souvent un organisme public peut également influer sur le choix du mode de règlement des différends.

10. Les parties à une relation contractuelle complexe et à long terme telle qu'un accord de projet s'accordent parfois sur un ensemble de clauses de règlement des différends destinées à prévenir, dans toute la mesure possible, la naissance de différends et à favoriser des solutions concertées et des méthodes de règlement efficaces lorsque de tels différends ne peuvent être évités. Les clauses de ce type stipulent normalement une série de mesures successives commençant par une notification rapide à l'autre partie des questions pouvant aboutir à un différend si rien n'est fait pour l'éviter. Lorsqu'un différend naît malgré tout, les parties sont tenues d'échanger des informations et d'examiner le problème afin de trouver une solution. Si elles sont incapables de régler elles-mêmes le différend, l'une ou l'autre peut demander la participation d'un conciliateur indépendant et impartial qui sera chargé de les aider à trouver une solution acceptable. S'il n'est pas fait appel à un conciliateur, l'une ou l'autre des parties peut alors demander l'aide d'un groupe qu'elles avaient préalablement décidé de charger du règlement des différends. Dans ce cas, elles peuvent convenir que c'est au président du groupe qu'il sera d'abord fait appel; si le différend ne peut être résolu par ce dernier, l'une ou l'autre des parties peut le soumettre à l'ensemble du groupe ou le groupe lui-même peut décider de l'examiner. Ce n'est qu'en cas d'échec de toutes ces mesures que l'une ou l'autre des parties peut engager une procédure d'arbitrage ou une procédure judiciaire, comme le prévoit la clause de règlement des différends.

2. *Négociation*

11. Le mode le plus satisfaisant de règlement des différends est généralement la négociation entre les parties. Un règlement amiable obtenu par négociation peut éviter toute rupture des relations commerciales entre l'autorité contractante et le concessionnaire. En outre, les parties économiseront ainsi les dépenses et le temps considérables qu'exige le règlement des différends par d'autres moyens.

12. Même si les parties souhaitent s'efforcer de régler leur différend par la négociation avant de recourir à d'autres moyens, il n'est peut-être pas souhaitable que l'accord de projet interdise à une partie d'entamer une autre procédure de règlement avant l'expiration du délai imparti pour la négociation. En outre, si l'accord de projet prévoit qu'aucune autre procédure de règlement des différends ne peut être engagée durant la négociation, il est souhaitable d'autoriser une partie à engager une autre procédure même avant l'expiration de ce délai dans certains cas, par exemple, lorsqu'une partie déclare pendant les négociations qu'elle n'est pas disposée à poursuivre ces dernières, ou lorsqu'il est nécessaire d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire avant la fin de la négociation pour empêcher la perte ou la prescription d'un droit. Il est souhaitable que l'accord de projet stipule que le règlement obtenu par voie de négociation doit être consigné par écrit.

3. *Conciliation*

13. Si les parties ne parviennent pas à régler un litige par la négociation, mais souhaitent néanmoins éviter d'engager une procédure arbitrale ou judiciaire, elles peuvent s'adresser à un tiers qui les aidera à parvenir à un règlement, souvent en leur proposant des solutions pour examen. Une telle procédure non contradictoire est souvent désignée par des termes tels que "conciliation" ou "médiation". La conciliation diffère de la négociation en ce que la première est menée par un tiers indépendant et impartial, alors qu'aucun tiers de ce genre n'intervient dans la seconde. La différence entre la conciliation et la procédure arbitrale ou judiciaire réside dans le fait que la conciliation est une démarche volontaire, puisque les deux parties n'y participent que si, et dans la mesure où, elles en décident ainsi. Il peut toutefois arriver que les parties se soient engagées par convention à rechercher un règlement dans un délai donné après l'ouverture d'une procédure de conciliation ou jusqu'à la survenue d'un fait tel qu'une déclaration écrite indiquant le refus d'un règlement et notifiant la fin de la conciliation. Une autre différence réside dans le fait qu'une conciliation aboutit à un règlement du différend ou échoue, alors qu'une procédure arbitrale ou judiciaire donne lieu, en l'absence de règlement, à une décision obligatoire pour les parties. La conciliation est une méthode de plus en plus employée dans diverses parties du monde. Dans de nombreux pays, un certain nombre d'organismes publics et privés offrent désormais des services de conciliation aux parties intéressées.

14. La conciliation n'étant pas une procédure contradictoire et favorisant un climat cordial, elle permet, mieux qu'une procédure arbitrale ou judiciaire, de préserver ou restaurer de bonnes relations commerciales entre les parties à un différend. Elle peut même améliorer une relation commerciale puisque les négociations qui en font partie, l'établissement conjoint des faits et l'accord auquel elle aboutit peuvent dépasser les strictes limites du différend qui en est à l'origine et permettre de mieux adapter la relation contractuelle à la réalité commerciale. Du fait que la conciliation permet d'échapper à certaines formalités obligatoires dans les procédures arbitrales et judiciaires, elle sera probablement plus rapide et moins coûteuse qu'une procédure arbitrale ou judiciaire.

15. Si les parties prévoient la conciliation dans leur contrat, elles devront régler un certain nombre de questions de procédure afin d'accroître les chances de règlement et d'éviter certains des inconvénients potentiels de la conciliation mentionnée ci-après. Il est beaucoup plus fa-

cile de régler ces questions en incorporant par référence dans le contrat un règlement de conciliation tel que le Règlement de conciliation de la CNUDCI[1]. Certains pays ont adopté une législation destinée à faciliter le recours à la conciliation dans les différends commerciaux.

16. La conciliation peut présenter un inconvénient dans la mesure où, si elle échoue totalement, l'argent et le temps qui y ont été consacrés seront perdus. L'accord de projet peut pallier cet inconvénient en ne contraignant pas les parties à tenter une conciliation avant d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire, mais en permettant simplement à une partie d'engager une procédure de conciliation. Une conciliation aurait alors lieu lorsqu'existe une véritable chance de parvenir à un règlement amiable.

17. Un autre problème peut provenir du fait que dans une procédure de conciliation les parties formulent généralement des suggestions et des avis concernant des propositions de règlement, admettent des faits ou indiquent leur volonté de régler le différend. Si, malgré ces efforts, la conciliation échoue et que les parties entament une procédure judiciaire ou arbitrale, ces vues, suggestions, admissions de faits ou indications de la volonté de régler le litige peuvent être utilisées contre la partie dont elles émanent. Une telle éventualité peut décourager les parties de s'employer à régler un différend pendant la procédure de conciliation, ce qui réduirait l'utilité de cette dernière. Pour traiter ce problème, certaines règles (par exemple, l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI) contiennent une disposition selon laquelle les parties s'engagent à ne pas invoquer ni proposer comme élément de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire ultérieure: i) les vues exprimées ou les suggestions faites par l'autre partie à l'égard d'une solution éventuelle du litige; ii) les faits admis par l'autre partie au cours de la procédure de conciliation; iii) les propositions présentées par le conciliateur; iv) le fait que l'autre partie a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur. Pour encourager la conciliation comme mode de règlement des différends et pour veiller à ce que les difficultés susmentionnées n'apparaissent pas, certains États ont adopté des dispositions législatives restreignant la présentation de certains éléments de preuve relatifs à la procédure de conciliation dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure.

18. Une partie peut être réticente à s'efforcer de régler un différend pendant la procédure de conciliation si elle doit tenir compte du fait qu'en cas d'échec de cette procédure le conciliateur peut être nommé conseil de l'autre partie ou arbitre. La connaissance par le conciliateur de certaines informations données pendant la conciliation (par exemple, propositions de règlement et admission de faits) peut porter préjudice à la partie dont émanent ces informations. C'est la raison pour laquelle certains règlements types (par exemple, l'article 19 du Règlement de conciliation de la CNUDCI) contiennent des dispositions indiquant que les parties et le conciliateur s'engagent à ce que le conciliateur ne remplisse pas les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation; en outre, les parties s'engagent à ne pas citer le conciliateur comme témoin dans une telle procédure. Certaines juridictions ont, en vue de promouvoir et de faciliter la conciliation, adopté des dispositions législatives limitant la possibilité pour un conciliateur de remplir les fonctions de conseil, d'arbitre ou de témoin dans un litige ultérieur connexe.

19. Cependant, les parties peuvent considérer comme un avantage le fait que l'arbitre possède déjà des informations, en particulier parce que ces informations lui permettront de se montrer plus efficace. Les parties peuvent alors préférer que le conciliateur soit nommé comme arbitre dans la procédure arbitrale subséquente. Pour parer à toute objection fondée sur des assertions de préjudice dans de tels cas de figure, certaines juridictions ont adopté des lois autorisant expressément un conciliateur, sous réserve de l'accord des parties, à remplir la fonction d'arbitre.

20. La conciliation présente un autre inconvénient potentiel: une des parties peut ne pas respecter l'accord de transaction conclu dans la procédure de conciliation. C'est pourquoi cette dernière offrirait un plus grand intérêt si cet accord pouvait être exécuté de la même manière qu'une sentence arbitrale, de façon qu'une partie au règlement ne soit pas contrainte d'engager une procédure arbitrale ou judiciaire contradictoire pour le faire exécuter. À cette fin, les parties peuvent nommer le conciliateur comme arbitre et limiter la procédure arbitrale à l'enregistrement de l'accord de transaction sous forme d'une sentence arbitrale d'accord partie (comme prévu, par exemple, à l'article 34-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI). Un problème peut toutefois se poser dans les systèmes juridiques où, une fois un accord de transaction conclu et le différend ainsi éliminé, il est impossible d'entamer une procédure arbitrale. Pour régler ce problème, certaines juridictions ont adopté des lois qui donnent force exécutoire aux accords de transaction conclus pendant la conciliation. Une des solutions possibles est de prévoir dans la loi que l'accord de transaction écrit doit, aux fins de son exécution, être traité comme une sentence arbitrale et peut être exécuté en tant que tel. La loi peut aussi autoriser expressément les parties à l'accord de transaction, en dépit de la disparition du litige, à engager une procédure d'arbitrage et obtenir de l'arbitre, qui peut être l'ancien conciliateur, une sentence d'accord partie.

4. *Recours à un expert-arbitre ou à un conseil d'examen des différends*

21. Les parties peuvent souhaiter envisager de faire régler certains types de différends par un tiers (appelé dans

[1]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session, D*ocuments officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 106 [*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XI: 1980, première partie, II, A (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.V.8)]. Le Règlement de conciliation de la CNUDCI a également été publié sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.V.6). Il comporte une clause de conciliation type libellée comme suit: "Quand, en cas de litige découlant du présent contrat ou lié audit contrat, les parties souhaitent rechercher un règlement amiable de ce litige dans la conciliation, celle-ci se fera conformément au Règlement de conciliation de la CNUDCI actuellement en vigueur". L'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa résolution 35/52 du 4 décembre 1980, a recommandé l'utilisation du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

le *Guide* "expert-arbitre") ou par un conseil d'experts nommé par elles. Ces conseils d'experts sont souvent désignés par différents termes. Une procédure faisant appel à un expert-arbitre ou à un conseil d'examen des différends peut être assez informelle et rapide et adaptée aux caractéristiques du différend à régler. Les parties peuvent être libres d'accepter ou de rejeter les propositions de l'expert-arbitre ou du conseil d'examen des différends et d'entamer une procédure judiciaire ou arbitrale à tout moment, en particulier si elle est nécessaire pour empêcher la perte ou la prescription d'un droit. La nomination d'un expert-arbitre ou d'un conseil d'examen des différends peut empêcher que des malentendus ou des divergences entre les parties ne se transforment en véritables litiges exigeant le recours à une procédure arbitrale ou judiciaire.

22. Lorsque de telles méthodes sont utilisées en cas de litige que les parties ont été incapables de régler par un échange de vues, l'une ou l'autre des parties peut soumettre le litige à l'expert-arbitre ou au conseil d'examen des différends pour recommandation ou décision. L'expert-arbitre ou le conseil procède alors à une évaluation informelle, qui prend normalement la forme d'une discussion avec les parties pendant une visite normale sur place. L'expert-arbitre ou le conseil dirige la discussion, mais chacune des parties a tout loisir d'exposer ses vues et l'expert-arbitre ou le conseil est libre de poser des questions et de demander des documents ainsi que d'autres éléments de preuve. Le conseil se réunit ensuite en privé et s'efforce de formuler une recommandation ou une décision unanime. Normalement, conformément aux dispositions du contrat portant création du mécanisme d'expert-arbitre ou de conseil d'examen des différends, la décision de l'expert-arbitre ou du conseil n'est pas automatiquement obligatoire pour les parties, mais ces dispositions peuvent stipuler que la décision devient obligatoire sauf si l'une des parties ou les deux soumettent le différend à l'arbitrage ou engagent une procédure judiciaire.

23. Quelques organisations internationales et associations professionnelles ont élaboré des règles régissant le recours à un expert-arbitre ou à un conseil d'examen des différends pour le règlement des différends, mais ces règles traitent en général uniquement de certains aspects de la question. De nombreux systèmes juridiques ne réglementent pas les procédures faisant intervenir un expert-arbitre; d'autres le font, mais de façon très limitée. Il convient aussi de noter que la loi applicable à ces procédures peut ne prévoir que des garanties juridiques limitées quant à l'impartialité et à la régularité de la procédure. En outre, dans de nombreux systèmes juridiques, la décision de l'expert-arbitre ou du conseil d'examen des différends, bien qu'étant obligatoire en tant que contrat, ne constitue pas un titre exécutoire puisqu'elle n'a pas le statut d'une sentence arbitrale ou d'une décision judiciaire. C'est pourquoi, si les parties envisagent de recourir à de telles procédures, elles doivent en régler divers aspects dans l'accord de projet. Les principales questions à traiter sont examinées ci-après.

24. La composition du conseil d'examen des différends peut varier aux différents stades du projet. Chacun de ses membres devrait avoir l'expérience du type de projet visé, ainsi que de l'interprétation des contrats et de l'administration des projets d'infrastructure et devrait s'engager à demeurer impartial et indépendant par rapport aux parties. Pendant la phase de construction, par exemple, ces personnes peuvent être saisies de rapports périodiques sur les progrès des travaux et être immédiatement informées des divergences apparaissant entre les parties à propos des questions liées à la construction. Elles peuvent rencontrer les parties sur le chantier soit à intervalles réguliers, soit uniquement en cas de besoin, pour examiner les divergences et proposer des solutions possibles.

25. Il serait souhaitable que l'accord de projet délimite aussi précisément que possible les pouvoirs conférés à l'expert-arbitre ou au conseil. Il peut spécifier les fonctions de ces derniers ainsi que le type de questions dont ils peuvent traiter. Il est souhaitable de limiter les pouvoirs de l'expert-arbitre ou du conseil aux questions de nature essentiellement technique. On peut exprimer une telle restriction dans le contrat, par exemple, en y incluant une liste de questions techniques que l'expert-arbitre ou le conseil sont autorisés à traiter.

26. En ce qui concerne la nature de leurs fonctions, l'accord de projet peut autoriser l'expert-arbitre ou le conseil d'examen des litiges à présenter des conclusions sur les faits et à ordonner des mesures provisoires. L'accord de projet pourrait également les autoriser à modifier ou compléter les clauses qu'il comporte lorsqu'ils y sont habilités en vertu de la loi applicable à cet accord (voir par. 6). Les parties peuvent souhaiter déterminer si l'expert-arbitre ou le conseil d'examen des différends doivent être autorisés à statuer sur le fond pour certains types de différends (ceux qui portent, par exemple, sur la question de savoir si les essais d'achèvement ou les essais de bonne exécution ont été concluants, ou sur les motifs donnés par le concessionnaire pour s'opposer à une modification ordonnée par l'autorité contractante), ou si le règlement de ces différends doit être laissé aux arbitres ou aux tribunaux.

27. Les parties peuvent souhaiter, dans la mesure où la loi applicable aux procédures visées les y autorise, traiter dans l'accord de projet les liens entre la procédure devant un expert-arbitre ou un conseil d'examen des différends et la procédure arbitrale ou judiciaire. Ainsi, l'accord de projet peut prévoir que les différends du domaine de compétence de l'expert-arbitre ou du conseil d'examen des différends doivent d'abord leur être soumis pour règlement et qu'une procédure arbitrale ou judiciaire ne peut être engagée avant l'expiration d'un délai donné après la soumission du différend à l'expert-arbitre ou au conseil. L'accord de projet devrait en outre préciser si la recommandation ou la décision du conseil est admissible comme preuve dans toute procédure arbitrale ou judiciaire ultérieure.

28. La loi qui régit les procédures arbitrales ou judiciaires peut déterminer dans quelle mesure les parties peuvent autoriser les arbitres ou un tribunal étatique à réviser une décision d'un expert-arbitre ou d'un conseil d'examen des différends. L'avantage de l'exclusion d'une telle révision est que la décision de l'expert-arbitre ou du conseil est immédiatement définitive et impérative. En revanche, si on l'autorise, les parties seront plus sûres de la régularité de la décision. Il est possible de combiner dans une cer-

taine mesure les avantages de ces deux approches en stipulant que la décision de l'expert-arbitre ou du conseil est obligatoire pour les parties, à moins que l'une d'entre elles entame une procédure arbitrale ou judiciaire dans un bref délai précisé après le prononcé de la décision. Si elles sont autorisées à le faire, les parties pourraient préciser que les conclusions sur les faits présentées par un expert-arbitre ou un conseil d'examen des différends ne peuvent être dénoncées dans une procédure arbitrale ou judiciaire. L'accord de projet pourrait aussi faire obligation aux parties d'exécuter une décision de l'expert-arbitre concernant des mesures provisoires, ou une décision sur le fond de certaines questions précisées; si elles ne le font pas, elles seront réputées avoir manqué à une obligation contractuelle.

29. Les procédures devant des experts-arbitres ou des conseils d'examen des différends sont utilisées en association avec les procédures contradictoires de règlement des différends telles que l'arbitrage. Ces procédures sont de plus en plus courantes dans les pays où les organismes publics sont tenus par la loi de porter leurs litiges contractuels devant les tribunaux. Au début, les clauses sur les experts-arbitres ou les conseils d'examen des différends n'indiquaient pas que les recommandations de ces derniers étaient impératives. Dans la pratique, toutefois, l'effet persuasif de recommandations formulées à l'unanimité par des experts indépendants acceptés par les parties a conduit les autorités contractantes et les sociétés de projet à accepter volontairement ces recommandations plutôt qu'à recourir aux tribunaux. Les parties cherchent non seulement à éviter des procédures potentiellement très longues, mais prennent également en considération la difficulté que peut représenter la remise en cause d'une recommandation dont la force est d'autant plus grande pour les tribunaux étatiques ou arbitraux qu'elle a été formulée par des experts indépendants connaissant bien le projet dès le départ et qu'elle est fondée sur une observation dudit projet avant la naissance du litige et au moment de ce dernier.

5. *Arbitrage*

a) *Faut-il conclure une convention d'arbitrage?*

30. Le recours fréquent à l'arbitrage pour régler des différends nés de projets d'infrastructure à financement privé tient à divers facteurs. La procédure arbitrale peut être structurée par les parties de manière à être moins formelle qu'une procédure judiciaire et mieux adaptée aux besoins des parties et aux particularités des différends susceptibles de naître de l'accord de projet. Les parties peuvent choisir pour arbitres des personnes qui ont une connaissance approfondie du type de projet visé. Elles peuvent choisir le lieu où se déroulera la procédure d'arbitrage, de même que la langue ou les langues qui y seront utilisées. Lorsque les parties conviennent de recourir à l'arbitrage, aucune d'entre elles n'est tenue de se soumettre aux tribunaux du pays de l'autre partie, sauf dans la mesure où les tribunaux du lieu de l'arbitrage peuvent être appelés à intervenir dans la procédure d'arbitrage. La procédure d'arbitrage portera sans doute moins atteinte aux relations commerciales entre les parties qu'une procédure judiciaire. La procédure et la sentence arbitrales peuvent demeurer confidentielles, ce qui n'est généralement pas possible pour la procédure et les décisions judiciaires. L'arbitrage tend à être plus rapide et, étant donné sa finalité, moins onéreux qu'une procédure judiciaire. Certains systèmes juridiques prévoient une procédure judiciaire sommaire pour certains types de différends (en général ceux qui portent sur des sommes relativement faibles), mais nombre des différends auxquels peut donner lieu un projet d'infrastructure à financement privé ne s'y prêteront pas. Enfin, étant donné l'existence de conventions internationales qui facilitent la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ces dernières sont fréquemment reconnues et exécutées plus aisément que des décisions judiciaires étrangères (voir également par. 56 à 59).

31. En revanche, une sentence arbitrale peut être annulée dans une procédure judiciaire. L'ouverture d'une telle procédure retardera le règlement définitif du litige. Toutefois, dans la plupart des systèmes juridiques, une sentence arbitrale peut être annulée uniquement pour un nombre limité de motifs, par exemple, si les arbitres n'étaient pas habilités à connaître du litige, si une partie n'a pas pu faire valoir ses moyens de défense dans la procédure arbitrale, si les règles applicables à la nomination des arbitres ou à la procédure arbitrale n'ont pas été respectées ou si la sentence est contraire à l'ordre public.

b) *Dans quelle mesure les parties peuvent-elles conclure une convention d'arbitrage?*

32. La liberté de se soumettre à l'arbitrage peut se trouver limitée par deux éléments, à savoir la nature de l'objet du litige soumis à l'arbitrage et le caractère public d'une des parties à la convention d'arbitrage. Dans de nombreux systèmes juridiques, la tradition veut que l'État et ses organismes ne puissent se soumettre à l'arbitrage, mais souvent l'interdit ne s'étend pas aux entreprises publiques à caractère industriel ou commercial dont les relations avec des tiers relèvent du droit privé ou du droit commercial.

33. Comme on l'a déjà vu (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", ___), dans certains systèmes juridiques appartenant à la tradition du droit romain, la fourniture de services publics est régie par un ensemble de lois appelé "droit administratif" qui vise un grand nombre de fonctions de l'État. Dans beaucoup de ces pays, il existe des dispositions spéciales pour le règlement des différends naissant de contrats publics; en particulier, il peut être interdit aux organismes publics de soumettre leurs litiges à l'arbitrage en excluant la procédure judiciaire. De telles restrictions peuvent s'étendre à des degrés divers à différentes entités publiques relevant du législatif, de l'administration et de l'exécutif. Toutefois, il peut y avoir des différences entre un contrat conclu par un service public et un contrat conclu par une société d'État. Il faut également tenir compte de la division constitutionnelle des pouvoirs dans le pays hôte. Dans certains pays, des questions relèvent exclusivement de la compétence d'une division politique subsidiaire (c'est-à-dire un État ou une province), alors que deux divisions politiques ou plus peuvent avoir compétence pour d'autres questions. Par ailleurs, il peut être impossible à l'une de ces divisions d'empêcher l'application de lois qui régissent des questions relevant de la compétence d'une autre division.

34. Les restrictions à la liberté de se soumettre à l'arbitrage peuvent aussi être liées à la nature juridique de l'accord de projet. Dans les systèmes issus du droit romain qui ont une catégorie spéciale de droit administratif, il peut exister des dispositions qui font des accords de projets des contrats administratifs, qui relèvent donc du droit administratif du pays hôte. Dans d'autres systèmes juridiques, des interdictions analogues peuvent être expressément énoncées dans la législation ou dans des précédents judiciaires directement applicables aux accords de projet. Mais, même s'il n'existe aucune interdiction déclarée, des pratiques contractuelles bien établies dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, généralement fondées sur des règles ou règlements législatifs, peuvent aboutir au même résultat. La loi peut, par exemple, stipuler que les contrats publics doivent suivre certaines formules types pouvant contenir des clauses types, dont une clause sur le règlement des différends qui précise la compétence des juridictions étatiques du pays hôte. Par conséquent, quel que soit le type de régime juridique considéré, il est important de déterminer si un accord de projet sera considéré comme un contrat public soumis à certaines règles, comme un contrat commercial privé soumis aux mêmes règles que tout autre contrat de ce type, ou s'il existe des règles particulières qui s'appliquent aux accords de projet en général (voir aussi chap. IV, "L'accord de projet", ___).

35. Il est important que les pays qui souhaitent autoriser le recours à l'arbitrage pour le règlement des différends auxquels peuvent donner lieu les projets d'infrastructure à financement privé éliminent les obstacles juridiques éventuels et autorisent clairement les autorités contractantes locales à se soumettre à l'arbitrage. L'absence de dispositions législatives claires en la matière peut susciter des doutes quant à la validité de la convention d'arbitrage et retarder le règlement des différends éventuels. C'est le tribunal arbitral qui sera le premier saisi des allégations de nullité d'une convention d'arbitrage et c'est lui qui devra décider de leur bien-fondé. S'il estime que la convention d'arbitrage a été valablement conclue malgré tout moyen de défense subséquent tendant à démontrer que l'autorité contractante n'était pas autorisée à la conclure, la question peut se poser à nouveau au stade de la reconnaissance et de l'exécution devant un tribunal judiciaire du pays hôte ou d'un pays tiers où la sentence doit être reconnue ou exécutée.

36. Pour ce qui est, en particulier, des projets d'infrastructure auxquels participent des investisseurs étrangers, il convient de noter qu'un cadre pour le règlement des différends entre l'autorité contractante et les sociétés étrangères membres d'un consortium de projet peut être prévu dans un traité d'investissement bilatéral ou par adhésion à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 1965). Cette Convention, à laquelle ont adhéré 139 États, a porté création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), qui offre des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des États contractants à des ressortissants d'autres États contractants. Le recours à ces services est volontaire. Cependant, une fois que les parties à un contrat ou à un différend ont accepté de se soumettre à l'arbitrage dans le cadre de la Convention, aucune d'entre elles ne peut unilatéralement revenir sur son consentement. Tous les membres du CIRDI, qu'ils soient ou non parties au différend, sont tenus par la Convention de reconnaître et d'exécuter ses sentences arbitrales. Le CIRDI est une organisation internationale autonome ayant des liens étroits avec la Banque mondiale.

c) *Dispositions de la convention d'arbitrage*

i) Champ d'application de la convention d'arbitrage et mandat du tribunal arbitral

37. En général, une procédure arbitrale ne peut être organisée que sur la base d'un accord entre les parties. Cet accord peut prendre la forme d'une clause compromissoire incluse dans l'accord de projet, ou faire l'objet d'une convention d'arbitrage séparée, conclue par les parties avant ou après l'apparition du différend. Comme il peut être difficile de conclure une convention d'arbitrage après qu'un différend est apparu, il est souhaitable soit d'inclure une clause compromissoire dans l'accord de projet, soit de conclure une convention d'arbitrage séparée au moment de la conclusion du contrat. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, une convention d'arbitrage n'est valable, sur le plan de la procédure comme du fond, que si elle est conclue après l'apparition d'un différend.

38. Il serait souhaitable que l'accord de projet indique le type de différends qui doivent être réglés par arbitrage. Par exemple, la clause compromissoire peut stipuler que tous les différends découlant de l'accord de projet ou qui y sont liés, ou découlant de la violation, la résiliation ou la nullité de l'accord de projet, ou liés à cette violation, résiliation ou nullité doivent être réglés par arbitrage. Dans certains cas, les parties peuvent souhaiter exclure de ce vaste champ de compétence certains différends qu'elles ne veulent pas soumettre à l'arbitrage.

39. Les parties peuvent souhaiter, si la loi applicable aux procédures arbitrales le leur permet, autoriser le tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires en attendant le règlement définitif d'un différend. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, les tribunaux arbitraux ne sont pas habilités à ordonner des mesures provisoires même s'ils y sont autorisés par les parties. Dans d'autres systèmes juridiques, où le tribunal arbitral peut ordonner de telles mesures, il arrive très souvent que celles-ci ne puissent pas être exécutées, même si des mesures non exécutoires ne sont pas dénuées de valeur pratique. En pareil cas, les parties peuvent avoir davantage intérêt à s'adresser à une juridiction étatique pour l'imposition de mesures provisoires. Dans de nombreux systèmes juridiques, un tribunal étatique peut les ordonner, même si le différend doit être soumis ou a déjà été soumis à l'arbitrage.

40. Il est souhaitable que la convention d'arbitrage fasse obligation aux parties d'exécuter les décisions arbitrales, y compris les décisions ordonnant des mesures provisoires. L'avantage d'une telle obligation réside dans le fait que, dans certains systèmes juridiques, lorsqu'une sentence arbitrale n'est pas exécutoire dans le pays d'une partie, la non-exécution de la sentence par la partie malgré l'obligation qui lui en est faite dans le contrat peut être considérée,

dans le cadre d'une procédure judiciaire, comme un manquement à une obligation contractuelle.

41. Si une procédure judiciaire est engagée pour un différend visé par une convention d'arbitrage reconnue valide, le tribunal renverra normalement le différend à l'arbitrage, si une demande à cette fin lui a été présentée en temps voulu. Il peut toutefois conserver le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et sera normalement habilité à contrôler certains aspects de la procédure arbitrale (il pourra, par exemple, prendre une décision en cas de récusation des arbitres) et à annuler les sentences arbitrales pour certains motifs (voir par. 56 à 59).

ii) Types d'arbitrage et règles procédurales appropriées

42. Les parties peuvent choisir le type d'arbitrage qui correspond le mieux à leurs besoins. Il est souhaitable qu'elles conviennent de règles appropriées qui régiront la procédure arbitrale. Il existe un large éventail de modes d'arbitrage prévoyant une intervention plus ou moins active d'organismes permanents (par exemple, une institution d'arbitrage, une association professionnelle ou commerciale ou une chambre de commerce) ou de tiers (par exemple, le président d'un tribunal arbitral ou d'une chambre de commerce). On trouve à une extrémité l'arbitrage purement ad hoc, qui ne fait supposer en aucune manière l'intervention d'un organisme permanent ou d'un tiers. Concrètement, cela veut dire qu'aucune aide extérieure n'est apportée (sauf, peut-être, celle d'un tribunal national) si, par exemple, les parties rencontrent des difficultés pour nommer ou récuser un arbitre. En outre, ce sont les parties ou les arbitres eux-mêmes qui doivent effectuer toutes les démarches administratives nécessaires. À l'autre extrémité, on trouve les arbitrages entièrement administrés et supervisés par un organisme permanent, qui peut revoir le mandat des arbitres et le projet de sentence et modifier la forme de la sentence ou formuler des recommandations à ce sujet.

43. Il existe, entre ces deux types d'arbitrage, une variété considérable de systèmes qui tous font appel à une autorité de nomination (ou qui comportent tout au moins un mécanisme de nomination d'une autorité de nomination, comme il est prévu dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI). Ces systèmes divergent quant aux services administratifs fournis. L'autorité de nomination a pour fonction essentielle, mais pas nécessairement exclusive, de constituer ou d'aider à constituer le tribunal arbitral (par exemple, en nommant les arbitres, en prenant une décision en cas de récusation ou en remplaçant un arbitre). Les services administratifs ou logistiques, qui peuvent être fournis en bloc ou séparément, sont notamment les suivants: transmettre les communications écrites d'une partie ou des arbitres; aider le tribunal arbitral à organiser les audiences et d'autres réunions (y compris aviser les participants; fournir directement ou indirectement des salles de réunion pour les audiences ou les délibérations du tribunal arbitral; organiser l'établissement du procès-verbal des audiences et l'interprétation pendant les audiences et, éventuellement, la traduction de pièces); aider au classement ou à l'enregistrement de la sentence arbitrale, le cas échéant; détenir les consignations et gérer les comptes relatifs aux frais et honoraires; et assurer des tâches administratives (secrétariat, etc.).

44. À moins que les parties ne choisissent un arbitrage purement ad hoc, elles souhaiteront peut-être convenir de l'organisme ou de la personne qui remplira les fonctions requises. Pour ce faire, il serait bon de tenir compte des facteurs suivants: volonté d'effectuer les tâches requises; compétence, en particulier ce qui concerne les questions internationales; adéquation des honoraires eu égard aux services requis; siège ou résidence de l'organisme ou de la personne et limitation possible de ses services à une zone géographique donnée. Ce dernier point doit être examiné compte tenu du lieu d'arbitrage probable ou convenu. Toutefois, certaines fonctions (par exemple, la nomination) n'ont pas à être nécessairement assurées sur le lieu de l'arbitrage et certaines institutions d'arbitrage sont disposées à fournir des services dans des pays autres que ceux où elles sont situées.

45. Dans la plupart des cas, la procédure arbitrale sera régie par la loi de l'État où elle se déroule. De nombreux États ont des lois qui régissent divers aspects de la procédure arbitrale. Certaines de ces dispositions sont impératives, d'autres non. Lorsqu'elles sélectionnent le lieu de l'arbitrage, les parties peuvent souhaiter examiner dans quelle mesure la loi du lieu envisagé reconnaît les exigences et caractéristiques particulières de l'arbitrage commercial international et notamment si elle autorise les parties à adapter les règles procédurales à leurs besoins et souhaits particuliers, tout en garantissant l'équité et l'efficacité de la procédure. Des progrès ont été enregistrés dans cette voie, comme il ressort de la législation moderne d'un bon nombre d'États, et cette tendance est favorisée et renforcée par la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, adoptée en 1985[2].

46. Comme les lois sur l'arbitrage de certains États ne sont pas nécessairement adaptées aux caractéristiques et aux exigences particulières de l'arbitrage commercial international et comme, en tout état de cause, ces lois ne contiennent pas de règles régissant toutes les questions procédurales pouvant se poser dans une procédure arbitrale, les parties peuvent souhaiter convenir d'un ensemble de règles régissant la procédure arbitrale. Lorsque les parties choisissent de faire administrer l'arbitrage par une institution, cette dernière leur demande habituellement d'appliquer son règlement et refusera de s'occuper d'une affaire si les parties ont modifié certaines règles que l'institution juge fondamentales pour son système d'arbitrage. De nombreuses institutions d'arbitrage donnent le choix entre deux ensembles de règles, ou parfois plus, et permettent généralement aux parties de les modifier, en particulier celles qui ne gênent pas son administration de l'arbitrage. Si les parties ne sont pas tenues par une institution d'appliquer un ensemble donné de règles d'arbitrage ou de

[2]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session, D*ocuments officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), par. 332 et annexe I. Dans sa résolution 40/72 du 11 décembre 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies a recommandé "que tous les États prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage commercial international en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international".

choisir parmi plusieurs règlements, ou si elles optent pour un arbitrage ad hoc, elles sont libres de choisir leur règlement. Pour ce faire, elles voudront peut-être se demander s'il convient aux différends internationaux et si les procédures qui y sont énoncées sont acceptables.

47. Parmi les nombreux règlements d'arbitrage promulgués par des organisations internationales ou des institutions d'arbitrage, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[3] mérite une mention particulière. Ce règlement s'est révélé acceptable dans des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents, et il est largement connu et utilisé dans toutes les régions du monde. Les parties peuvent y recourir aussi bien dans les arbitrages ad hoc que dans les arbitrages prévoyant une autorité de nomination fournissant ou non des services administratifs supplémentaires. Un nombre considérable d'institutions d'arbitrage de toutes les régions du monde ont adopté le Règlement comme leur règlement propre pour les litiges internationaux ou se sont proposées comme autorités de nomination. La plupart d'entre elles proposent des services administratifs dans les arbitrages menés dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

iii) Questions pratiques à régler par les parties

48. Les dispositions relatives à l'arbitrage qui figurent dans l'accord de projet ou dans une convention d'arbitrage séparée devraient aussi traiter un certain nombre de questions pratiques, dont les suivantes: nombre des arbitres qui composeront le tribunal arbitral; procédure de nomination des arbitres; lieu où se tiendra la procédure et où sera prononcée la sentence arbitrale; langue de la procédure arbitrale.

49. Lorsqu'une clause type est ajoutée au règlement d'arbitrage ou est proposée par une institution d'arbitrage, son adoption par les parties accroît la certitude et l'efficacité de la convention d'arbitrage. Certaines, dont celle qui accompagne le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, proposent que les parties règlent ces questions pratiques par convention.

d) *Questions particulières concernant l'exécution des conventions d'arbitrage*

50. S'il est jugé souhaitable d'accorder aux parties la liberté de choisir leur mode de règlement des différends, y compris l'arbitrage, il est aussi souhaitable de déterminer si une autorisation législative expresse est nécessaire. Elle peut l'être dans les pays où, par tradition, seules les juridictions étatiques ont compétence en matière de concessions publiques et dans lesquels l'arbitrage n'est pas ou pas toujours autorisé.

[3]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa neuvième session, D*ocuments officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57 [*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. VII: 1976, première partie, II, A (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.77.V.1)]. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a également été reproduit sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.77.V.6). L'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a été recommandée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 31/98 du 15 décembre 1976.

i) Immunité de l'État souverain

51. Lorsque l'arbitrage est autorisé et lorsque les parties à l'accord de projet le choisissent pour régler leurs différends, l'application d'une convention d'arbitrage peut être rendue impossible ou être entravée si l'entité publique peut invoquer l'immunité de l'État souverain soit pour empêcher l'ouverture d'une procédure arbitrale, soit comme moyen de défense contre la reconnaissance et l'exécution de la sentence. Il arrive que les textes portant sur cette question ne soient pas clairs. Les investisseurs et la partie qui conclue un contrat avec l'autorité contractante peuvent alors craindre qu'une convention d'arbitrage soit inopérante. Afin d'apaiser de telles craintes, il est souhaitable de revoir la loi sur la question et d'indiquer dans quelle mesure l'autorité contractante peut invoquer l'immunité de l'État souverain.

52. Si l'on applique les principes du droit privé, dans la mesure où ils peuvent l'être concernant l'invocation de l'immunité souveraine pour empêcher l'ouverture d'une procédure arbitrale, ou si l'on applique les principes élaborés dans la législation et la jurisprudence de certains États, une convention d'arbitrage peut être considérée comme une renonciation à l'immunité de l'État souverain.

53. Même si la sentence est défavorable à l'autorité contractante, celle-ci peut invoquer l'immunité d'exécution contre les biens de l'État. La question de l'immunité d'exécution des États fait l'objet de diverses approches. Par exemple, dans certaines lois nationales l'immunité ne s'étend pas aux entités publiques qui ont une activité commerciale. Dans d'autres, il faut qu'existe un lien entre le bien devant être saisi et la demande de saisie dans la mesure où, par exemple, l'immunité ne peut pas être invoquée lorsque la demande porte sur des fonds alloués à une activité économique ou commerciale régie par le droit privé, ou dans la mesure où l'immunité ne peut pas être invoquée pour des biens affectés par l'État à ses activités commerciales. Dans certains pays, on considère que c'est à l'État de prouver que les biens devant faire l'objet d'une saisie n'ont pas un usage commercial.

54. Dans certains contrats où des parties sont des entités qui peuvent invoquer l'immunité de l'État souverain, des clauses ont été incluses stipulant que l'État renonce à son droit d'invoquer l'immunité souveraine. Un tel consentement ou une telle renonciation peuvent figurer dans un accord international, ou le consentement peut être limité à la reconnaissance du fait que certains biens sont utilisés ou sont destinés à être utilisés à des fins commerciales. Ces clauses écrites sont employées lorsqu'il n'est pas clair que la conclusion d'une convention d'arbitrage et la participation de l'entité publique à une procédure arbitrale constituent une renonciation implicite à l'immunité d'exécution.

55. Le législateur peut souhaiter revoir les lois sur la question et, dans la mesure jugée souhaitable, préciser dans quels domaines les entités publiques ne peuvent pas invoquer l'immunité de l'État souverain.

ii) Force exécutoire de la sentence

56. Les effets d'une convention d'arbitrage dépendent également de la législation qui régit la reconnaissance et

l'exécution des sentences arbitrales. Les dispositions législatives ont été harmonisées par la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)[4] qui porte notamment sur la reconnaissance d'une convention d'arbitrage et sur les raisons que peuvent invoquer les tribunaux pour refuser de reconnaître ou d'exécuter une sentence. Un grand nombre de pays ont adhéré à la Convention qui, de l'avis de beaucoup, offre un régime acceptable et équilibré pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Le fait que le pays hôte soit partie à la Convention sera certainement considéré comme un élément crucial dans l'évaluation de la certitude juridique des engagements ayant force obligatoire et de la fiabilité de l'arbitrage comme mode de règlement des différends avec les parties du pays.

57. Aux termes de son article premier, la Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales "rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées". Ainsi, si le lieu de l'arbitrage se trouve dans le pays hôte, les tribunaux de ce pays n'appliqueront pas normalement la Convention aux sentences qui y sont rendues même si le pays hôte est partie à la Convention. L'applicabilité d'un régime de reconnaissance et d'exécution autre que celui de la Convention peut être considérée comme un facteur d'accroissement des risques associés à l'arbitrage comme mode de règlement des différends. Pour éviter les incertitudes, la société de projet peut juger utile de convenir avec l'autorité contractante que tout arbitrage aura lieu dans un pays autre que le pays hôte.

58. Pour donner plus d'intérêt au choix du pays hôte comme lieu de l'arbitrage, le législateur peut décider d'adopter un régime de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales rendues dans l'État qui soit essentiellement le même que le régime énoncé dans la Convention. Un tel régime est proposé dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui suit étroitement la Convention de New York de 1958 et qui s'applique à toutes les sentences, qu'elles aient été prononcées dans l'État contractant ou dans un État étranger. Le libellé internationalement harmonisé des dispositions pertinentes de la Loi type accroîtra la transparence de la loi du pays hôte sur ce point.

59. L'applicabilité dans le pays hôte de la Convention de New York de 1958 et du régime inspiré de cette Convention pour les sentences qu'elle ne vise pas n'élimine pas toutes les possibilités d'empêchement de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence rendue dans le pays hôte. Cela est dû au fait qu'une partie peut s'adresser aux tribunaux du lieu où la sentence a été rendue pour la faire annuler. Les effets d'un arbitrage dépendront donc du régime législatif applicable pour l'annulation des sentences dans le pays où a lieu l'arbitrage. Si le régime en vigueur dans le pays hôte est jugé non satisfaisant, en particulier s'il permet l'annulation d'une sentence pour des raisons autres que celles qui sont largement considérées comme acceptables pour l'arbitrage commercial international, une partie peut souhaiter convenir d'un lieu d'arbitrage situé en dehors du pays. Pour rassurer toutes les parties, et en particulier les investisseurs privés, et les convaincre qu'une sentence rendue dans le pays hôte ne sera pas annulée pour des raisons exorbitantes, le pays hôte peut souhaiter envisager d'adopter un régime largement considéré comme approprié pour les litiges commerciaux internationaux. Un tel régime est prévu dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

6. *Procédure judiciaire*

60. Les facteurs que les parties prennent généralement en considération lorsqu'elles déterminent si un différend doit être résolu par voie judiciaire ou dans le cadre d'une convention d'arbitrage sont, outre la question de la législation en la matière, par exemple, la certitude que les tribunaux compétents seront impartiaux et que le différend pourra être réglé dans des délais raisonnables. D'autres facteurs dont il est tenu compte sont l'efficacité du système judiciaire national et l'existence de formes de réparation judiciaire adaptées aux différends auxquels peut donner lieu l'accord de projet. Les possibilités de recours contre la décision d'un tribunal peuvent en particulier prolonger la procédure judiciaire. En outre, étant donné que les projets d'infrastructure comportent généralement des questions très techniques et complexes, les parties examineront également les incidences du recours à des arbitres choisis pour leur connaissance et leur expérience du sujet par rapport au système judiciaire, qui n'est normalement pas fondé sur l'idée qu'un différend doit être confié à un juge qui a déjà une connaissance ou une expérience particulière du domaine où est né le différend. Les parties peuvent aussi tenir compte de la confidentialité de la procédure d'arbitrage, de son côté relativement informel et de la plus grande flexibilité dont peuvent faire preuve les arbitres dans les solutions qu'ils imposent, autant de facteurs qui peuvent contribuer à préserver et à améliorer la relation à long terme implicite dans les accords de projet.

61. L'autorité contractante peut avoir plusieurs raisons de demander que tout différend soit réglé par les tribunaux du pays hôte. Ces tribunaux connaissent bien la législation du pays, qui comprend souvent des textes directement applicables à l'accord de projet. En outre, l'autorité contractante et d'autres organismes publics du pays hôte pouvant être parties au différend peuvent préférer des tribunaux locaux en raison de leur connaissance de la procédure judiciaire et de la langue de la procédure. On peut aussi estimer que, dans la mesure où les accords de projet comportent des questions d'ordre public et de protection de l'intérêt général, les tribunaux étatiques sont mieux à même de leur donner véritablement effet.

62. Toutefois, la société de projet, les investisseurs, les financiers et d'autres parties privées participant au projet ne partagent pas souvent l'opinion de l'autorité contractante. Ils peuvent craindre qu'un tribunal du pays hôte ne favorise l'autorité contractante ou que, dans une procédure judiciaire, les politiques à court terme ou des considérations politiques prévalent sur les intérêts légitimes des investisseurs privés. Ils peuvent également considérer que

[4]Voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739 p. 38, (1959), texte reproduit dans le Registre des conventions et autres instruments relatifs au droit commercial international, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.73.V.3).

l'arbitrage est préférable à une procédure judiciaire dans la mesure où il peut, puisqu'il dépend beaucoup plus de l'accord des parties et que les sentences ne peuvent pas faire l'objet d'appels qui prolongent la procédure, permettre de régler plus efficacement un différend. En outre, un certain nombre de personnes liées à la société de projet peuvent, du fait de leur connaissance insuffisante de la langue de la procédure judiciaire, avoir des difficultés à participer à ladite procédure.

63. Certains pays, y compris ceux où, selon la tradition, seuls les tribunaux étatiques ont compétence pour connaître des questions relatives aux concessions publiques, sont parvenus à la conclusion qu'il n'existait aucune raison fondamentale d'intérêt général de ne pas autoriser les parties à l'accord de projet à convenir du mode de règlement des différends qu'elles jugent le plus approprié. D'autres pays ont aussi jugé qu'en autorisant les parties à choisir leur mode de règlement des différends ils contribuaient à attirer les investissements étrangers pour le développement de leur infrastructure.

64. D'autres lois, toutefois, n'autorisent pas la convention d'arbitrage et ce sont donc les dispositions sur la compétence des tribunaux du pays hôte qui s'appliquent. Dans les pays où les contrats publics sont soumis à un tel régime particulier, il peut être souhaitable que le parlement revoit l'adéquation des dispositions sur le règlement des différends pour les projets d'infrastructure à financement privé.

C. *Règlement des différends commerciaux*

1. *Remarques générales*

65. À l'accord de projet viennent s'ajouter, dans un projet d'infrastructure à financement privé, divers autres contrats. Les considérations législatives à la base de toute réglementation des mécanismes de règlement des différends dépendront des types de contrats et des caractéristiques des différends auxquels ils peuvent donner lieu. Ces contrats seront généralement les suivants: *a)* accords et instruments internes signés par les promoteurs du projet; *b)* accords de financement et accords auxiliaires; *c)* contrats de construction; *d)* contrats d'exploitation et de maintenance; *e)* contrats de fourniture des biens et services nécessaires pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage.

66. Il est généralement admis dans les lois nationales que les parties à des transactions commerciales, notamment internationales, sont libres de convenir du for qui statuera, par une décision ayant force obligatoire, sur tout différend auquel ces transactions peuvent donner lieu. Dans les transactions internationales, l'arbitrage est devenu la méthode préférée, qu'il soit ou non précédé d'une conciliation ou associé à cette dernière. Pour ce qui est des contrats normalement conclus dans le cadre d'une infrastructure à financement privé, les parties sont libres, dans de nombreux pays, de soumettre leur différend à l'arbitrage, de choisir le lieu de l'arbitrage et de déterminer si un arbitrage doit être ou non administré par une institution arbitrale. Cela est vrai en particulier pour les types de contrats mentionnés au paragraphe précédent, qui sont généralement considérés comme des accords commerciaux auxquels s'appliquent, en ce qui concerne les clauses de règlement des différends, les règles générales relatives aux contrats commerciaux. Les États qui souhaitent créer un climat juridique favorable aux projets d'infrastructure à financement privé seraient avisés de revoir leurs lois en ce qui concerne ces contrats de façon à en éliminer toute incertitude concernant la liberté des parties de convenir de modes de règlement des différends.

2. *Types particuliers de contrats et de différends*

a) *Accords et instruments internes signés par les promoteurs du projet*

67. Ces accords peuvent comprendre, outre les statuts de la société de projet, par exemple, divers accords entre actionnaires, les accords concernant la fourniture d'un financement supplémentaire ou les arrangements relatifs aux droits de vote. Les parties à ces instruments et accords ont généralement fortement tendance à régler leurs différends par conciliation plutôt que par la voie arbitrale ou judiciaire.

b) *Accords de financement et accords auxiliaires*

68. Puisque seule une petite partie du financement est assurée directement par les promoteurs du projet et que le reste provient de divers prêteurs et investisseurs, un certain nombre d'accords de crédit, d'arrangements de crédit à l'exportation ou d'autres instruments de financement sont conclus avec des parties telles que des banques commerciales, des organismes de prêt publics, des organismes de prêt internationaux et des assureurs des crédits à l'exportation. Les prêteurs accordent une attention toute particulière à la certitude juridique, à la force exécutoire des obligations financières ainsi qu'à la validité juridique des arrangements de garantie. Ils ont tendance à privilégier les accords qui soumettent les différends auxquels ils peuvent donner lieu aux juridictions étatiques des centres financiers internationaux. Toutefois, dans certains projets d'infrastructure à financement privé, les instruments de prêt prévoient l'arbitrage comme méthode de règlement de ces types de différends.

c) *Contrats de construction*

69. Les contrats de construction de l'ouvrage sont souvent des contrats clefs en main, conclus séparément ou non par la société de projet avec un seul entrepreneur ou avec un consortium d'entrepreneurs[5]. Les membres du consortium peuvent à leur tour conclure un certain nombre d'accords supplémentaires entre eux concernant, par exemple, la fourniture de matériel et la prestation de divers services.

70. L'expérience montre que les contrats de construction donnent souvent lieu à des litiges et que ces derniers pré-

[5]Pour une description du choix de la formule contractuelle dans l'industrie de la construction, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*, chapitre II.

sentent des problèmes peu fréquents dans d'autres types de contrats. Cela est dû notamment à la complexité technique de ces contrats, au nombre des entreprises qui participent à la construction, à la nécessité d'apporter des changements ou aux lourdes conséquences des erreurs commises.

71. Il est souvent souhaitable de soumettre les différends auxquels peuvent donner lieu les contrats de construction à l'arbitrage. Toutefois, certains de ces différends ne relèvent pas de la compétence des tribunaux étatiques ou arbitraux ou ne peuvent être réglés de façon satisfaisante dans une procédure arbitrale ou judiciaire (par exemple, les différends de nature technique qui doivent être réglés plus rapidement que cela n'est possible dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire). Les parties peuvent donc souhaiter prévoir que de tels différends seront réglés par un tiers, tel qu'un expert-arbitre ou un conseil d'examen des différends (voir également par. 21 à 29).

72. La phase de construction peut donner lieu à des différends mettant en jeu plusieurs entreprises. Par exemple, lorsque la société de projet allègue que la construction est défectueuse, il peut être difficile de déterminer lequel des entrepreneurs qu'elle a engagés est responsable. Si la société de projet intente des actions séparées contre chacun des entrepreneurs devant des tribunaux judiciaires ou arbitraux différents, on risque d'aboutir à des décisions incohérentes, ce qui pourrait se produire même si tous les contrats sont régis par la même loi du fait, par exemple, de l'application de règles de procédure différentes ou d'une appréciation différente des éléments de preuve présentés. Le règlement dans le cadre d'une procédure unique de toutes les actions liées entre elles permettrait d'éviter des décisions incohérentes, faciliterait l'administration des preuves et réduirait les dépenses. Toutefois, les procédures multipartites tendent à être plus compliquées et moins souples et une partie pourra éprouver davantage de difficultés à préparer ses moyens et à les y présenter. De nombreux systèmes juridiques offrent la faculté de régler, dans le cadre d'une même procédure judiciaire multipartite, les différends mettant en jeu plusieurs parties. Afin que ce type de différends puisse être réglé dans le cadre d'une telle procédure, il peut être souhaitable que tous les contrats conclus par la société de projet pour la construction de l'ouvrage comportent une clause conférant compétence exclusive à un tribunal étatique habilité à organiser des procédures multipartites. Il est plus difficile de structurer une procédure multipartite lorsqu'on doit recourir à l'arbitrage. Toutefois, certains des avantages de la procédure multipartite pourront être conservés si les mêmes arbitres sont nommés pour régler les litiges nés de tous les contrats concernant la construction de l'ouvrage.

73. Dans certains systèmes juridiques, une partie qui souhaite joindre plusieurs procédures arbitrales peut adresser une demande dans ce sens à une juridiction étatique. Dans la plupart de ces systèmes, une telle demande doit être fondée sur le consentement de toutes les parties concernées. Dans certains d'entre eux, la demande de jonction peut être adressée au tribunal ou aux tribunaux arbitraux concernés. Ces tribunaux peuvent se concerter afin de prendre des décisions cohérentes. S'il n'y a pas décision de jonction, ou si les différents tribunaux arbitraux concernés ordonnent des mesures provisoires qui ne sont pas cohérentes, toute partie peut s'adresser au tribunal étatique, qui statuera sur la jonction. Dans la plupart des systèmes juridiques qui ont des dispositions spécifiques sur la question, un ordre de jonction peut être donné lorsque existe une question commune de droit ou de fait, que les droits à recours découlent de la même transaction ou qu'une jonction est souhaitable pour toute autre raison.

d) *Contrat ou contrats entre la société de projet et la partie qui assure l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage*

74. Les différends auxquels donnent lieu les contrats d'exploitation et de maintenance de l'ouvrage posent souvent des problèmes que l'on ne rencontre pas dans les différends découlant d'autres types de contrats. Cela est dû à la complexité de ces contrats, au fait que leur exécution se déroule sur une longue période et que plusieurs entreprises peuvent participer à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage. À ces facteurs il faut ajouter la forte composante intérêt général d'une exécution des contrats dans les normes et dans les délais. Les différends qui surgissent portent souvent sur des questions extrêmement techniques liées aux procédures de construction et à la technologie incorporée dans le projet. Il est particulièrement important de les résoudre rapidement afin de ne pas perturber la maintenance de l'ouvrage ou la prestation d'un service public. Les parties doivent tenir compte de ces facteurs lorsqu'elles déterminent quels sont les mécanismes de règlement des différends les plus appropriés.

75. Comme les différends relatifs à la phase de construction, les différends auxquels donne lieu l'exploitation de l'infrastructure peuvent impliquer plusieurs entreprises et les considérations précédentes concernant les procédures multipartites s'appliqueraient *mutatis mutandis* dans ce contexte (voir par. 72 et 73).

e) *Contrats de fourniture des biens et services nécessaires pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage*

76. Les contrats de fourniture des biens et services nécessaires pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage, comme les contrats commerciaux ordinaires, ne posent pas de problèmes particuliers dans le contexte des projets d'infrastructure à financement privé. Toutefois, si un organisme public du pays hôte est partie à l'un quelconque de ces contrats, les considérations concernant les différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire peuvent être aussi valables dans ce contexte (voir par. 4 à 64).

D. *Différends entre d'autres parties*

1. *Différends entre le concessionnaire et ses clients*

77. Selon le type de projet considéré, les clients du concessionnaire peuvent comprendre diverses personnes et entités, telles qu'une entreprise étatique de services publics qui achète l'électricité ou l'eau au concessionnaire pour la revendre aux utilisateurs finals, des sociétés commerciales telles que des compagnies aériennes ou des compagnies

maritimes qui passent un contrat pour l'utilisation de l'aéroport ou du port, ou des particuliers s'acquittant d'un droit de péage pour l'utilisation d'une route. Les considérations et politiques concernant les contrats passés avec des acheteurs finaux des biens ou des services fournis par la société de projet dépendent des parties à ces contrats. Si les utilisateurs sont des entreprises de services publics ou des entreprises commerciales, les parties régleront tout différend par les méthodes habituelles prévues dans les contrats commerciaux, y compris l'arbitrage. Si, par contre, les utilisateurs sont des consommateurs, c'est-à-dire des particuliers n'agissant pas en tant qu'entités commerciales, des considérations particulières peuvent alors s'appliquer. Par exemple, dans certains pays, il a été jugé souhaitable d'établir dans la loi une obligation de proposer aux consommateurs des mécanismes spéciaux, simplifiés et efficaces, de règlement des litiges avec l'exploitant de l'ouvrage. Lorsque de tels mécanismes existent, ils sont souvent optionnels et n'ôtent pas au consommateur le droit d'entamer une action en justice.

78. Dans certains pays, il existe des dispositions qui régissent les différends entre les prestataires de services publics (par exemple, eau, gaz, électricité) et les acheteurs ou les utilisateurs de ces services. Cette réglementation particulière est généralement limitée à certains secteurs industriels et s'applique aux achats de biens ou de services par des particuliers; elle prévoit, par exemple, l'obligation pour le fournisseur d'établir un mécanisme de réception et d'examen des plaintes des consommateurs et dans certains cas également des modes simplifiés de règlement des différends, qui peuvent comprendre l'arbitrage et la conciliation. En général, ces mécanismes sont facultatifs pour le consommateur et n'empêchent pas les personnes lésées de se tourner vers les tribunaux. Lorsque les acheteurs ou les utilisateurs sont des entités commerciales, on considère en général qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une réglementation particulière pour le règlement des différends.

79. La nécessité de telles dispositions spéciales pour les projets d'infrastructure à financement privé et la nature des mécanismes de règlement des différends prévus dépendent de facteurs tels que les types de biens et de services visés, les entités ou les personnes qui les achètent, et les politiques appliquées dans divers secteurs industriels. Il semble donc souhaitable que toute réglementation en la matière soit incorporée dans les lois spécifiques à certains secteurs ou dans les règlements adoptés conformément à ces lois.

2. *Procédures de règlement des désaccords entre l'organe réglementaire et le concessionnaire*

80. Comme on l'a déjà vu (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___), pendant la phase d'exploitation du projet, la société de projet devra se conformer à un grand nombre de conditions et de normes pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage, lesquelles sont énoncées dans la loi, dans des règlements ou dans l'accord de projet. À ces obligations viennent s'ajouter, dans de nombreux pays, un régime réglementaire en vertu duquel l'autorité contractante ou un organisme réglementaire indépendant exerce une fonction de supervision de l'exploitation de l'ouvrage et l'application par la société de projet de diverses conditions, normes et décisions prises par l'organisme réglementaire. De tels régimes sont en général mis en place pour des secteurs industriels particuliers tels que le secteur de l'énergie, celui du traitement de l'eau et de l'assainissement ou celui des transports publics.

81. Les principaux éléments des divers systèmes réglementaires, mécanismes institutionnels et procédures réglementaires, y compris la question de l'autonomie de l'organisme réglementaire vis-à-vis de l'État, ont été examinés dans d'autres parties du *Guide* (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", ___). Que les principales décisions réglementaires soient prises par un organe public (tel qu'un ministère) ou par un organisme réglementaire indépendant, il est nécessaire de prévoir un mécanisme par lequel l'exploitant de l'ouvrage peut demander un réexamen de ces décisions s'il est en désaccord avec l'organisme réglementaire. Ici comme dans l'ensemble du processus réglementaire, une très grande transparence et une très grande crédibilité sont fondamentales. Pour être crédible, l'examen doit être confié à une entité indépendante de l'organisme réglementaire qui a pris la décision initiale, des autorités politiques du pays hôte et des sociétés soumises à la réglementation.

82. Dans de nombreux systèmes juridiques, le réexamen des décisions des organismes réglementaires relève de la compétence des tribunaux. Toutefois, si le processus judiciaire de réexamen suscite des inquiétudes (par exemple, en ce qui concerne des retards possibles ou la capacité des tribunaux de procéder à des évaluations lorsque les décisions réglementaires portent sur des questions économiques complexes), il peut être plus approprié de confier la tâche à un autre organisme, tout au moins en première instance, avant le recours définitif aux tribunaux. Dans certains pays, les demandes de réexamen sont examinées par un organe de supervision indépendant et intersectoriel de haut niveau. Dans d'autres, elles sont examinées par un groupe composé de personnes ayant des fonctions particulières dans les milieux universitaire et judiciaire. Quant aux motifs acceptés pour une demande de révision, ils sont très souvent limités, en particulier pour ce qui est du droit de l'organe d'appel de substituer sa propre appréciation discrétionnaire des faits à celle de l'organe dont la décision est réexaminée.

IV. COORDINATION ET COOPÉRATION

A. Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98): rapport du Secrétaire général

(A/CN.9/459) [Original: anglais]

1. Par une lettre datée du 3 mars 1999 (reproduite à l'annexe I), le Directeur de l'Institute of International Banking Law and Practice, Inc. a prié la Commission d'envisager d'approuver, en vue de leur utilisation dans le monde entier, les nouvelles Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98). Le texte original des RPIS 98, en anglais ou en français, figure à l'annexe IV. Des traductions dans d'autres langues sont actuellement établies par la Chambre de commerce internationale (CCI), qui a approuvé le texte et l'a publié en tant que publication n° 590 de la CCI.

2. Comme il est indiqué sur la page de couverture de cette publication,

> "Les RPIS 98, résultat de cinq ans de travail intensif, satisfont une longue attente. Les lettres de crédit stand-by, devenues aujourd'hui un instrument commercial et financier fondamental dont la valeur atteint le quintuple de celle des lettres de crédit commerciales, se distinguent sur plusieurs points de ces dernières et d'autres instruments financiers et ne pouvaient donc plus longtemps être régies par les mêmes règles.
>
> Dérivées des Règles et usances uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires (RUU) universellement appliquées pour les lettres de crédit commerciales, les RPIS 98 — qui condensent le savoir-faire des banquiers, négociants, agences de rating, trésoriers d'entreprise, gestionnaires de crédit, institutions gouvernementales et autorités de contrôle des banques — sont appelées à s'imposer comme norme internationale pour les lettres de crédit stand-by."

3. À titre d'information générale, on notera que la question des crédits documentaires et des garanties bancaires est un sujet auquel la Commission s'intéresse depuis sa création. Elle a approuvé la version de 1962 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires à sa deuxième session, la version de 1974 à sa huitième session, la version de 1983 à sa dix-septième session et la version de 1993 à sa vingt-septième session.

4. Vu les liens étroits entre les RPIS 98 et la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by de 1995, le Secrétaire de la Commission a participé à l'élaboration des RPIS 98, de manière que ces deux textes complémentaires soient cohérents. Son prologue à la publication de la CCI est reproduit à l'annexe III. Des informations sur les raisons qui ont présidé à l'élaboration des RPIS 98 et sur les principales caractéristiques de cet instrument sont données dans la préface qui figure à l'annexe II.

ANNEXE I

Lettre du Professeur James E. Byrne, Directeur de l'Institute of International Banking Law and Practice, Inc.

Je m'adresse à vous pour solliciter de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international l'approbation des Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98).

Ces règles privées de caractère pratique sont applicables aux lettres de crédit stand-by. C'est durant les délibérations du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de la CNUDCI, qui ont abouti à l'adoption de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, qu'est née l'idée d'élaborer de telles règles. Ces règles ont été délibérément conçues de manière à compléter la Convention, dont l'utilisation est recommandée dans leur préface officielle. L'élaboration des RPIS 98 a donné lieu à des consultations régulières avec le secrétariat de la CNUDCI et l'Institut, dans le cadre de ses activités de promotion des RPIS 98, a également veillé à promouvoir l'adoption de la Convention.

Les RPIS 98 sont entrées en vigueur le 1er janvier 1999. Elles ont été approuvées par l'International Financial Services Association et la Commission de technique et pratiques bancaires de la CCI et publiées en tant que publication n° 590 de la CCI. Elles sont actuellement utilisées et promues par de grandes banques émettrices de lettres de crédit stand-by et elles devraient devenir la norme internationale durant les quelques années à venir.

En raison des liens étroits entre le RPIS 98 et la Convention des Nations Unies, et étant donné que la CNUDCI a déjà à plusieurs reprises approuvé des règles similaires, telles que les RUU 500 et les INCOTERMs 1990, l'Institut prie officiellement la Commission de bien vouloir envisager d'approuver les RPIS.

ANNEXE II

© 1998 Institute of International Banking Law & Practice, Inc.

Tous droits réservés. La reproduction de l'intégralité ou d'une partie de ce texte, par quelque moyen que ce soit, est interdite sans autorisation écrite expresse.

Approuvé par l'International Financial Services Association et la Commission bancaire de la CCI

PRÉFACE

Les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98) se fondent sur la pratique, les coutumes et les usages généralement reconnus en matière de lettre de crédit stand-by. Elles énoncent des règles distinctes pour les lettres de crédit stand-by, de la même manière que les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU) et les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD) le faisaient pour les lettres de crédit commerciales et les garanties bancaires indépendantes.

Le fait que les pratiques relatives aux lettres de crédit stand-by aient été énoncées sous forme de règles distinctes prouve la maturité de ce produit financier et l'importance qu'il revêt actuellement. Les montants que représentent les stand-by dépassent largement les montants correspondants des lettres de crédit commerciales. Alors que les stand-by sont associées aux États-Unis d'Amérique, d'où elles proviennent et où elles sont le plus largement utilisées, il s'agit véritablement d'un produit international. Les montants des stand-by émises par des banques non américaines dépassent maintenant ceux des stand-by émises par des banques américaines aux États-Unis d'Amérique seulement. En outre, les stand-by sont de plus en plus utilisées dans le monde entier.

Les stand-by sont émises pour garantir le paiement, à l'échéance ou après une défaillance, d'obligations fondées sur un prêt ou une avance, ou lors de la survenance ou de la non-survenance d'un autre fait.

Pour plus de facilité, les stand-by sont en général classées de manière descriptive (et sans que cela ait des incidences pratiques sur l'application des Règles et pratiques), compte tenu de leur fonction par rapport à l'opération sous-jacente ou d'autres facteurs non nécessairement liés aux conditions de la stand-by elle-même. Par exemple:

Une "stand-by pour bonne exécution" (*Performance Stand-by*) garantit une obligation d'exécution autre que le paiement d'une somme d'argent, notamment afin de compenser les pertes découlant d'une défaillance du donneur d'ordre dans l'exécution de l'opération sous-jacente.

Une "stand-by pour avance" (*Advance Payment Stand-by*) garantit une obligation de rembourser une avance faite par le bénéficiaire au donneur d'ordre.

Une "stand-by pour garantie de soumission" (*Bid Bond/Tender Bond Stand-by*) garantit l'obligation d'exécution du donneur d'ordre si le marché lui est attribué.

Une "contre-stand-by" (*Counter Stand-by*) garantit l'émission d'une stand-by distincte ou d'un autre engagement par le bénéficiaire de la contre-stand-by.

Une "stand-by financière" (*Financial Stand-by*) garantit une obligation de verser une somme d'argent, y compris tout instrument attestant une obligation de rembourser une somme d'argent empruntée.

Une "stand-by à paiement direct" (*Direct Pay Stand-by*) garantit le paiement, à l'échéance, d'une obligation de paiement sous-jacente, en général liée à une stand-by financière, sans que soit prise en compte une défaillance éventuelle.

Une "stand-by pour assurance" (*Insurance Stand-by*) garantit une obligation d'assurance ou de réassurance du donneur d'ordre.

Une "stand-by commerciale" (*Commercial Stand-by*) garantit l'obligation du donneur d'ordre de payer des biens ou services en cas de non-paiement par d'autres méthodes.

Auparavant, de nombreuses lettres de crédit stand-by étaient assujetties aux RUU, même si ces dernières avaient été conçues pour les lettres de crédit commerciales. Les RUU renforçaient l'indépendance et le caractère documentaire de la stand-by. Elles prévoyaient également des normes en matière d'examen et d'avis de refus d'acceptation et offraient un moyen de résister aux pressions des marchés qui incitaient à adopter des pratiques douteuses, telles que l'émission d'une stand-by sans date d'expiration.

Malgré ces contributions importantes, il était clair depuis déjà longtemps que les RUU n'étaient pas entièrement applicables ni appropriées aux stand-by, comme il est indiqué à l'article premier des RUU 500 qui dispose qu'elles s'appliquent "dans la mesure où elles seraient applicables aux lettres de crédit stand-by". Même les stand-by les moins complexes (celles qui n'exigent que la présentation d'une traite) posent des problèmes non réglés dans les RUU. Les stand-by plus complexes (celles prévoyant des périodes d'échéance plus longues, des prolongations automatiques ou des transferts sur demande, celles qui exigent que le bénéficiaire émette son propre engagement, etc.) exigent des règles pratiques plus spécialisées. Les RPIS visent à répondre à ces besoins.

Les RPIS diffèrent des RUU du point de vue du style et de l'approche retenue, parce qu'elles doivent être acceptées non seulement des banquiers et des négociants, mais aussi d'un large éventail d'intervenants dans le domaine du droit et de la pratique des stand-by — les trésoriers d'entreprise et gestionnaires de crédit, les agences de rating, les institutions gouvernementales et autorités de contrôle, les fiduciaires et leurs conseils. Comme on a souvent recours aux lettres de crédit stand-by en cas de litige ou d'insolvabilité du donneur d'ordre, leur texte fait l'objet d'un contrôle beaucoup plus strict que dans le cas des lettres de crédit commerciales. De ce fait, les RPIS ont également été conçues de manière à aider les avocats et les juges dans l'interprétation des pratiques en matière de stand-by.

Les différences quant au fond sont le résultat soit de pratiques ou de problèmes différents, soit de la nécessité de rédiger des

règles plus précises. En outre, les RPIS proposent des définitions de base au cas où la stand-by permettrait ou exigerait la présentation de documents par des moyens électroniques. Comme les stand-by exigent rarement la présentation de documents négociables, la pratique en la matière est actuellement plus favorable aux présentations électroniques et les RPIS comportent des définitions et des règles encourageant de telles présentations. Le développement de modèles de messages SWIFT pour les RPIS est envisagé.

Les RPIS, comme les RUU dans le cas des lettres de crédit commerciales, simplifient, normalisent et rationalisent la rédaction des stand-by et offrent des réponses claires et largement acceptées aux problèmes rencontrés communément. Elles présentent de fortes similarités avec les RUU, car les pratiques en matière de stand-by et de lettres de crédit commerciales sont essentiellement les mêmes. Lorsque les règles se chevauchent, toutefois, les RPIS sont plus précises, indiquant l'intention de la règle correspondante des RUU, afin que la stand-by soit plus fiable lorsqu'un tirage ou une acceptation sont mis en doute.

Comme les RUU et les RUGD, les RPIS sont applicables à tout engagement indépendant assujetti à elles. Cette solution permet d'éviter d'être confronté à la tâche difficile et souvent impossible consistant à distinguer les lettres de crédit stand-by des garanties indépendantes et, dans de nombreux cas, des lettres de crédit commerciales. Le choix des règles à appliquer est donc laissé aux parties — comme il se doit. On peut choisir d'utiliser les RPIS pour certains types de stand-by, les RUU pour d'autres et les RUGD pour d'autres encore. Si les RPIS ne sont pas conçues pour les engagements non indépendants, tels que les garanties accessoires et les contrats d'assurance, elles peuvent être utiles dans certains cas en précisant qu'un engagement particulier pouvant être considéré comme non indépendant en vertu de la loi locale est en fait conçu comme un engagement indépendant.

Pour que les RPIS s'appliquent à une stand-by, l'engagement doit être assujetti aux Règles par l'inclusion d'un libellé pouvant, entre autres, prendre la forme suivante:

> Le présent engagement est assujetti aux Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by, 1998.
>
> ou
>
> Assujetti aux RPIS 98.

Bien que les RPIS puissent être modifiées par le texte même de la stand-by, elles offrent des règles neutres acceptables dans la majorité des cas et constituent une base de négociation utile dans d'autres cas. Elles épargnent aux parties (y compris les banques émettrices, confirmatrices ou bénéficiaires d'une stand-by) un temps et des dépenses considérables lors de la négociation et de la rédaction des conditions de la stand-by.

Les RPIS sont conçues de manière à être compatibles avec la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (qui formule de manière utile et pratique le droit des lettres de crédit stand-by et des garanties indépendantes), ainsi qu'avec la législation locale, qu'il s'agisse des lois ou de la jurisprudence, et de manière à assujettir à cette législation les pratiques en matière de lettres de crédit stand-by. Si ces règles sont incompatibles avec des règles impératives relatives à des questions telles que la cession du produit ou le transfert légal, la loi applicable prévaudra naturellement. Néanmoins, la plupart de ces questions sont rarement traitées par la législation locale, et ceux qui appliquent le droit commercial d'une manière progressive se tourneront souvent vers la pratique, telle qu'elle est énoncée dans les RPIS, pour trouver des solutions, notamment pour ce qui est des engagements internationaux. Ainsi, on escompte que les RPIS viendront compléter la législation locale et non s'y opposer.

Les RPIS sont conçues de manière à être utilisées également lors d'une procédure arbitrale ou d'une procédure judiciaire [par exemple, le système d'arbitrage expert sur les lettres de crédit mis au point par l'International Center for Letter of Credit Arbitration (ICLOCA) ou l'arbitrage commercial général de la CCI], ou dans le cadre d'autres méthodes de règlement des litiges. Un tel choix doit être fait de manière expresse et détaillée. Au minimum, il doit être énoncé dans la clause relative aux RPIS 98, par exemple, comme suit: Le présent engagement est assujetti aux RPIS 98 et tous les litiges en découlant ou s'y rattachant seront soumis à l'arbitrage en vertu des Règles de l'ICLOCA (1996).

Bien qu'il soit envisagé de traduire les RPIS dans d'autres langues et de vérifier l'exactitude de ces traductions, le texte anglais est le texte officiel des RPIS en cas de litige.

Les RPIS découlent des travaux du Groupe de travail RPIS établi sous les auspices de l'Institute of International Banking Law & Practice, Inc., qui a consulté des centaines de personnes durant cinq ans et a bénéficié des observations de personnes privées, de banques et d'associations nationales et internationales. En particulier, nous remercions vivement pour leur aide l'International Financial Services Association (auparavant USCIB) et le Groupe de travail spécial placé sous la présidence de Gary Collyer (qui a permis l'approbation des Règles par la Commission bancaire de la CCI). En outre, nous remercions pour leur parrainage et leur appui Citibank N. A., The Chase Manhattan Bank, ABN-AMRO, Baker & McKenzie et le National Law Center for Inter-American Free Trade. L'aspect le plus important des RPIS est peut-être que leur élaboration a ouvert un nouveau chapitre dans la collaboration entre la communauté bancaire internationale et la communauté juridique internationale. À ce propos, le rôle actif joué par le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a été inestimable.

Les RPIS constituent un ensemble de règles conçues pour être utilisées dans la pratique quotidienne. Elles ne constituent pas une introduction aux lettres de crédit stand-by et à leur utilisation. S'il est admis qu'il serait utile d'adjoindre à certaines règles des commentaires, cela n'a pas été fait dans le cas des RPIS, car le texte qui en aurait résulté aurait été trop peu maniable pour une utilisation quotidienne. Toutefois, des éléments d'information et commentaires officiels sont disponibles dans le *Commentaire officiel sur les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98)*. Pour plus de renseignements sur ces matériaux et sur les RPIS, on pourra consulter le site RPIS 98 à l'adresse électronique suivante: **www.ISP98.com**.

Afin de répondre aux questions qui ne manqueront pas de se poser, d'offrir une interprétation officielle des règles et d'assurer leur évolution, l'Institute of International Banking Law & Practice, Inc. a établi un Conseil des règles et pratiques internationales relatives aux stand-by qui représente de nombreuses instances ayant contribué à l'élaboration des RPIS et l'a chargé de préserver l'intégrité des RPIS en coopération avec l'Institut, la Commission bancaire de la CCI, l'IFSA et diverses autres organisations.

James G. Barnes
Baker & McKenzie Group
and Vice Chair
ISP Working Group

Professeur James E. Byrne
Directeur
Institute of International Banking
Law & Practice, Inc.
and Chair & Reporter
ISP Working Group

Gary W. Collyer
Chair, ICC Ad Hoc Working Group
and Technical Adviser to
the ICC Banking Commission

ANNEXE III

PROLOGUE

Gerold Herrmann, Secrétaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)

Cela a été pour moi une expérience des plus intéressantes et des plus enrichissantes que de participer à la rédaction des ISP 98. J'ai ainsi été témoin du très grand sérieux et du pragmatisme dont a fait preuve dans son travail un groupe excellemment choisi, rassemblant des représentants de tous les secteurs intéressés, actifs dans le domaine des lettres de crédit stand-by: banquiers, notamment responsables des lettres de crédit et des opérations commerciales internationales, conseillers bancaires, avocats, universitaires, responsables de la réglementation, hauts fonctionnaires, trésoriers de sociétés, et divers bénéficiaires à l'influence non négligeable. Cette richesse d'expérience et de compétences et la diversité des intérêts et des perspectives se sont révélées inestimables pour déterminer — toujours au moyen d'exemples concrets — s'il serait souhaitable et utile d'élaborer une règle opérationnelle pour un problème donné et, dans l'affirmative, quelle solution serait la plus efficace et refléterait les meilleures pratiques.

Ma participation continue aux travaux préparatoires m'a également convaincu — comme elle aurait, j'en suis sûr, convaincu toute autre personne — des caractéristiques particulières des stand-by au niveau opérationnel, notamment pour ce qui est des détails pratiques. Selon moi, ces caractéristiques particulières non seulement justifient, mais aussi appellent des règles contractuelles particulières, conçues pour les stand-by. Comme l'a clairement démontré la comparaison constante avec les RUU, bon nombre d'articles de ces RUU ne sont pas adaptés aux stand-by et bon nombre de questions d'une importance essentielle pour les stand-by sont ignorées des RUU. S'il existe des disparités similaires, dans la pratique, entre les stand-by et les garanties indépendantes (les garanties bancaires ou sur demande de style européen), cela semble être particulièrement, sinon exclusivement, vrai des types d'utilisation (par exemple, stand-by financier, stand-by à paiement direct) que l'on ne rencontre qu'extrêmement rarement dans la pratique des garanties. Pour cette raison et pour d'autres, notamment la solidité de l'engagement, je ne serais pas surpris de voir non seulement des stand-by, mais aussi des garanties sur demande régis par les ISP 98.

En tant qu'unificateur professionnel du droit, j'ai aussi été particulièrement heureux de participer aux travaux préparatoires en raison des liens de ces travaux avec d'autres efforts d'harmonisation et de réforme. Je pense non seulement à la concordance avec l'Article 5 révisé du Code de commerce uniforme (la législation des lettres de crédit du pays d'origine des stand-by) et aux liens tout aussi étroits (voire les chevauchements) avec la révision de 1993 des RUU, mais aussi, en particulier, aux travaux de la CNUDCI ayant abouti en 1995 à l'adoption par l'Assemblée générale de la "Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by". L'idée d'élaborer des règles opérationnelles spéciales pour les stand-by est née durant les débats approfondis qui ont eu lieu sur la comparaison des lois nationales, ainsi que sur les deux instruments que devait unir ladite Convention. Les deux candidats à l'union ayant été examinés sous toutes leurs coutures, et d'un œil critique, par leur famille d'adoption, les travaux préparatoires de la CNUDCI sont une lecture des plus enrichissantes (comme le seront les futurs sommaires de jurisprudence que publiera la CNUDCI dans ses recueils de jurisprudence; page d'accueil: **www.uncitral.org**). J'ai été heureux de constater que le groupe chargé d'élaborer les ISP 98 se référait constamment à la Convention de la CNUDCI, afin d'assurer une uniformité complète entre les deux instruments. Et je dois admettre avoir été particulièrement gratifié d'entendre l'un des plus grands experts mondiaux des lettres de crédit déclarer à un de ses collègues: "Plus je regarde cette Convention, plus elle me plaît."

La coordination des efforts et la coopération dans le cadre des activités d'harmonisation universelle et de modernisation sont très utiles, et même essentielles, en raison de l'interdépendance (souvent négligée ou ignorée) entre deux niveaux très différents de normalisation juridique: le niveau contractuel, celui auquel des règles telles que les ISP 98, les RUU 500 ou les RUGD prennent effet par convention entre les parties et le niveau législatif, celui auquel des instruments internationaux tels que la Convention de l'Organisation des Nations Unies, ou des lois nationales, telles que l'Article 5 du CCU, reconnaissent, en lui donnant plein effet, l'exercice de l'autonomie des parties et réglementent certaines questions ne pouvant être véritablement réglées qu'à ce niveau (par exemple, les normes relatives à l'exception de fraude, les mesures conservatoires et autres mesures judiciaires). Ainsi, les ISP 98 et la Convention se complètent de manière idéale et, ensemble, permettront, j'en suis convaincu, un fonctionnement sans heurt des stand-by dans le monde entier.

ANNEXE IV

RÈGLE 1: DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Objet, application, définitions et interprétation de ces règles

1.01 Objet et application

a) Ces Règles sont destinées à être appliquées aux lettres de crédit stand-by (y compris les lettres de crédit stand-by pour bonne exécution, les lettres de crédit stand-by financières et les lettres de crédit stand-by couvrant un paiement direct);

b) Toute lettre de crédit stand-by ou tout engagement similaire, quelle qu'en soit la dénomination ou la description, et que ce soit pour utilisation au plan national ou international, peut être soumis à ces Règles par référence expresse à celles-ci;

c) Tout engagement soumis à ces Règles peut en modifier ou en exclure expressément l'application;

d) Tout engagement assujetti à ces Règles est ci-après dénommé une "stand-by".

1.02 Relation avec la loi applicable et d'autres Règles

a) Ces Règles complètent la loi applicable dans la mesure où cette loi ne l'interdit pas;

b) Ces Règles prévalent sur toutes dispositions contraires qu'énoncent d'autres règles et pratiques auxquelles une lettre de crédit stand-by est également soumise.

1.03 Principes d'interprétation

Ces Règles doivent être interprétées comme définissant des usages commerciaux en prenant en considération:

a) l'intégrité des stand-by comme engagements de paiement fiables et efficaces;

b) les pratiques et la terminologie utilisées par les banques et les entreprises dans leurs opérations quotidiennes;

c) la cohérence du système mondial des opérations bancaires et des échanges; et

d) leur interprétation et leur application uniformes au plan mondial.

1.04 Effet des Règles

Sauf si le contexte l'exige autrement ou sauf modification ou exclusion expresse, ces Règles s'appliquent comme des termes et conditions incorporés dans une stand-by, une confirmation, une notification, une désignation de personne, un amendement, un transfert, une demande d'émission, ou un autre accord émanant:

i) de l'émetteur;
ii) du bénéficiaire dans la mesure où il utilise la stand-by;
iii) de tout notificateur;
iv) de tout confirmant;
v) de toute personne désignée dans la stand-by qui agit ou donne son accord pour agir; et
vi) du donneur d'ordre qui autorise l'émission de la stand-by, ou encore accepte d'une autre façon l'application de ces Règles.

1.05 Exclusion des questions liées à la validité de l'émission et au tirage frauduleux ou abusif

Ces Règles ne comportent pas de définitions ou d'autres dispositions concernant:

a) le pouvoir ou la capacité d'émettre une stand-by;

b) les conditions de forme pour la signature d'une stand-by (par exemple, document signé); ou

c) les moyens de défense au paiement fondés sur la fraude, l'abus ou des pratiques similaires.

Ces questions relèvent de la loi qui leur est applicable.

Principes généraux

1.06 Nature des stand-by

a) Une stand-by constitue dès son émission un engagement irrévocable, indépendant, documentaire et contraignant, et ce, sans qu'il soit nécessaire de le mentionner;

b) Une stand-by étant irrévocable, les obligations de l'émetteur ne peuvent être modifiées ou annulées au titre de la stand-by par l'émetteur, sauf comme prévu dans la stand-by ou accepté par la personne à laquelle la modification ou l'annulation est opposée;

c) Une stand-by étant un engagement indépendant, le caractère exécutoire des obligations d'un émetteur en vertu d'une stand-by ne dépend pas:

i) du droit ou de la capacité de l'émetteur à obtenir le remboursement par le donneur d'ordre;
ii) du droit du bénéficiaire à obtenir le paiement du donneur d'ordre;
iii) d'une référence dans la stand-by à un quelconque accord de remboursement ou à une opération sous-jacente; ou
iv) de la connaissance par l'émetteur de l'exécution ou de la violation de tout accord de remboursement ou de toute opération sous-jacente;

d) Une stand-by étant documentaire, les obligations de l'émetteur dépendent de la présentation de documents et de l'examen de l'apparence des documents requis;

e) Une stand-by, ou un amendement à une stand-by, étant contraignant(e) dès son émission, est exécutoire envers l'émetteur, que le donneur d'ordre ait ou non autorisé son émission, que l'émetteur ait ou non reçu une commission, que le bénéficiaire ait reçu ou se soit fié à la stand-by ou à l'amendement.

1.07 Autonomie de la relation émetteur/bénéficiaire

Les obligations d'un émetteur à l'égard du bénéficiaire ne sont pas affectées par les droits et obligations de l'émetteur envers le donneur d'ordre au titre de quelque accord, pratique ou loi applicable que ce soit.

1.08 Limites de responsabilité

L'émetteur n'assume aucune responsabilité afférente:

a) à l'exécution ou à la non-exécution de toute opération sous-jacente;

b) à l'exactitude, l'authenticité ou les effets de tout document présenté en vertu de la stand-by;

c) à toute action ou omission de tiers même s'il s'agit d'une personne choisie par l'émetteur ou par une personne désignée; ou

d) au respect de toute loi ou pratique autre que celle spécifiée dans la stand-by ou applicable au lieu d'émission de la stand-by.

Terminologie

1.09 Termes définis

Outre le sens donné par les pratiques bancaires générales et par la loi applicable, les termes ci-après ont la signification suivante:

a) Définitions

"Bénéficiaire": une personne dénommée et en droit d'effectuer un tirage en vertu d'une stand-by. Voir Règle 1.11 *c* ii.

"Confirmant": la personne qui, nommée à cet effet par l'émetteur, ajoute à l'engagement de l'émetteur son propre engagement d'honorer une stand-by. Voir Règle 1.11 *c* i.

"Date d'expiration": la date ultime pour une présentation conforme comme prévu dans une stand-by.

"Demande": selon le contexte, soit la demande d'honorer la stand-by, soit un document formulant pareille demande.

"Document": une traite, une demande, un titre de propriété, une valeur mobilière, une facture, un certificat d'inexécution ou toute autre déclaration décrivant un fait, un droit, la loi, ou encore une opinion et dont la présentation (sur papier ou par un support électronique) permet d'en examiner la conformité avec les termes et conditions d'une stand-by.

"Donneur d'ordre": toute personne qui demande l'émission d'une stand-by ou pour le compte de laquelle la stand-by est émise, y compris une personne agissant en son nom propre mais pour le compte d'une autre personne, ou un émetteur agissant pour son propre compte.

"Jour ouvrable": un jour où est normalement ouverte la place où l'acte en question doit être accompli; "Jour bancaire": un jour où la banque concernée est normalement ouverte sur la place où l'acte visé doit être accompli.

"Personne": une personne physique, une société de personnes, une société de capitaux, une société à responsabilité limitée, un organisme gouvernemental, une banque, un *trustee* et toute autre association ou entité juridique ou commerciale.

"Présentation": selon le contexte, soit l'acte de remettre des documents pour vérification en vertu de la stand-by, soit les documents ainsi remis.

"Remettant": une personne qui effectue une présentation en qualité de bénéficiaire ou pour le compte d'un bénéficiaire ou d'une personne désignée.

"Signature": tout symbole apposé ou adopté par une personne avec l'intention manifeste d'authentifier un document.

"Tirage": selon le contexte, soit une demande présentée, soit une demande honorée.

b) Renvois

"Amendement" — Règle 2.06

"Amendement automatique" — Règle 2.06 *a*

"Bénéficiaire du transfert" — Règle 1.11 *c* ii

"Cession de produits" — Règle 6.06

"Conditions non documentaires" — Règle 4.11

"Copie" — Règle 4.15 *d*

"Émetteur" — Règle 2.01

"Environ" — Règle 3.08 *f*

"Honorer" — Règle 2.01

"Lettre d'instructions" — Règle 5.08

"Notification" — Règle 2.05

"Original" — Règle 4.15 *b* et *c*

"Personne désignée" — Règle 2.04

"Présentations multiples" — Règle 3.08 *b*

"Stand-by" — Règle 1.01 *d*

"Tirage partiel" — Règle 3.08 *a*

"Transfert" — Règle 6.01

"Transfert légal" — Règle 6.11

c) Présentations électroniques

Si une stand-by prévoit ou permet une présentation électronique, les termes ci-après seront entendus comme suit, sauf autre signification découlant du contexte:

"Relevé électronique":

i) un relevé (informations inscrites sur un support tangible ou stockées dans un support électronique ou autre et susceptibles d'être récupérées sous une forme perceptible);

ii) communiqué par voie électronique à un système pour la réception, le stockage, la retransmission, ou pour tout autre traitement de l'information (données, textes, images, sons, codes, programmes d'ordinateurs, logiciels, bases de données, etc.); et

iii) capable d'être authentifié puis examiné aux fins de vérifier sa conformité avec les termes et conditions de la stand-by.

"Authentifier": vérifier un relevé électronique selon une procédure ou une méthodologie généralement acceptée dans le commerce, la vérification portant sur:

i) l'identité d'un expéditeur ou d'une source; et

ii) l'intégrité du message — ou les erreurs de transmission affectant le contenu du message.

Pour déterminer l'intégrité des informations contenues dans un relevé électronique, il faut examiner si les informations sont restées complètes et non modifiées, mis à part l'ajout de toute mention ou modification qui intervient dans le cours normal de la communication, du stockage et de l'affichage.

"Signature électronique": les lettres, caractères, chiffres et autres symboles sous forme électronique, tels qu'attachés ou logiquement associés à un relevé électronique qui sont reproduits ou adoptés par une partie avec l'intention manifeste d'authentifier un relevé électronique.

La "Réception" intervient lorsque:

i) un relevé électronique pénètre sous une forme pouvant être traitée par le système d'information désigné dans la stand-by; ou

ii) un émetteur récupère un relevé électronique envoyé à un système d'information autre que celui désigné par l'émetteur.

1.10 Termes redondants ou indésirables

a) Une stand-by ne devrait pas et n'a pas besoin d'indiquer qu'elle est:

i) inconditionnelle ou abstraite (si ce terme est utilisé, il signifie seulement que le paiement en vertu de la stand-by dépend uniquement de la présentation des documents qui y sont spécifiés);

ii) absolue (si ce terme est utilisé, il signifie seulement que la stand-by est irrévocable);

iii) principale (si ce terme est utilisé, il signifie seulement qu'il s'agit d'une obligation autonome de l'émetteur);

iv) payable sur les fonds personnels de l'émetteur (si ce terme est utilisé, il signifie seulement que le paiement en vertu de la stand-by ne dépend pas de la disponibilité des fonds du donneur d'ordre et qu'il est effectué pour remplir l'obligation autonome de l'émetteur);

v) net ou payable sur demande (si ce terme est utilisé, il signifie seulement que la stand-by est payable sur présentation d'une demande écrite ou d'autres documents spécifiés dans la stand-by).

b) L'expression "et/ou" ne devrait pas être utilisée dans une stand-by (si elle l'est, elle signifie aussi bien "l'un ou l'autre" que "l'un et l'autre");

c) Les termes ci-après n'ont pas une seule signification généralement acceptée et:

i) ne seront pas pris en compte:
"susceptible d'être appelé",
"divisible",
"se prêtant à fractionnement",
"indivisible", et
"transmissible".

ii) ne seront pas pris en compte sauf s'ils ont un sens dans le contexte:
"cessible",
"evergreen",
"rétablir", et
"revolving".

1.11 Interprétation des présentes Règles

a) Ces Règles doivent être interprétées dans le contexte des pratiques standard applicables;

b) Dans ces Règles, l'expression "lettre de crédit stand-by" vise le type d'engagement autonome pour lequel ces Règles ont été conçues, tandis que l'expression "stand-by" vise un engagement soumis à ces Règles;

c) Sauf si le contexte l'exige autrement:

i) le terme "émetteur" inclut le "confirmant" comme si le confirmant était un émetteur distinct et que sa confirmation était une stand-by séparée, émise pour le compte de l'émetteur;

ii) le terme "bénéficiaire" inclut toute personne en faveur de laquelle le bénéficiaire désigné a effectivement transféré des droits à tirage ("bénéficiaire du transfert");

iii) le terme "y compris" signifie "y compris mais non limité à";

iv) le terme "A ou B" signifie "A ou B ou l'un et l'autre"; le terme "soit A ou B" signifie "A ou B mais non pas l'un et l'autre"; enfin le terme "A et B" signifie "A et B l'un et l'autre";

v) les mots au singulier incluent le pluriel et ceux au pluriel incluent le singulier; et

vi) les mots du genre neutre incluent tout autre genre;

d) i) L'utilisation de l'expression "sauf dispositions contraires dans la stand-by" ou d'une expression similaire dans une règle donnée souligne que le texte de la stand-by l'emporte sur la Règle;

ii) l'absence de l'expression ci-dessus (*d* i) dans d'autres Règles n'implique pas que ces autres Règles l'emportent sur le texte de la stand-by;

iii) l'ajout du mot "expressément" ou "clairement" dans l'expression "sauf dispositions contraires dans la stand-by" ou dans une expression similaire souligne que seule une rédaction spécifique et sans ambiguïté dans la stand-by pourrait exclure ou modifier la Règle; et

iv) étant donné que les effets de toutes ces Règles peuvent varier selon le texte de la stand-by, les variations ainsi apportées peuvent avoir pour résultat de retirer à la stand-by son caractère d'engagement autonome aux termes du droit applicable;

e) Les termes "indiqué dans la stand-by" ou des termes similaires visent le texte même de la stand-by (tel que rédigé lors de l'émission ou tel qu'effectivement amendé), tandis que les termes "prévu dans la stand-by" ou des termes similaires visent à la fois le texte de la stand-by et les présentes Règles telles qu'incorporées.

RÈGLE 2: OBLIGATIONS

2.01 Engagement de l'émetteur et du confirmant d'honorer leurs obligations à l'égard du bénéficiaire

a) Tout émetteur s'engage vis-à-vis du bénéficiaire à honorer toute présentation qui a l'apparence de se conformer aux termes et conditions de la stand-by en application des présentes Règles, telles que complétées par les pratiques standard en matière de stand-by;

b) Tout émetteur honore une présentation conforme qui lui est faite en payant à vue le montant demandé, sauf si la stand-by prévoit que la présentation sera honorée:

i) par acceptation d'une traite tirée par le bénéficiaire sur l'émetteur, auquel cas l'émetteur s'acquittera de ses obligations:
a. en acceptant en temps utile la traite; et
b. en payant ensuite le porteur de la traite sur présentation de la traite acceptée, et ce, à sa date d'échéance ou ultérieurement;

ii) par paiement différé d'une demande adressée par le bénéficiaire à l'émetteur, auquel cas l'émetteur honore la demande:
a. en assumant en temps utile une obligation de paiement différé; et
b. en effectuant ensuite le paiement à échéance;

iii) par négociation, auquel cas l'émetteur honore ses obligations en payant à vue le montant demandé, sans recours;

c) Tout émetteur agit en temps utile s'il paie à vue, accepte une traite ou assume une obligation de paiement différé (ou notifie son refus d'honorer ses obligations) dans les délais prévus pour examiner la présentation et pour notifier son refus d'honorer cette présentation;

d) i) Tout confirmant s'engage à honorer une présentation conforme qui lui est faite en payant à vue le montant demandé ou, si la stand-by l'indique, en utilisant un autre moyen compatible avec l'engagement de l'émetteur;

ii) Si la confirmation autorise la présentation à l'émetteur, le confirmant s'engage alors à honorer également ses obligations — en cas de refus injustifié de l'émetteur de les honorer —, et ce, en agissant comme si la présentation lui avait été faite directement;

iii) Si la stand-by autorise la présentation au confirmant et que celui-ci refuse, à tort, de l'honorer, l'émetteur s'engage aussi dans ce cas à honorer ladite présentation en agissant comme si elle lui avait été faite directement;

e) Tout émetteur honore la stand-by en payant en fonds immédiatement disponibles dans la devise indiquée dans la stand-by, sauf si la stand-by indique qu'elle peut être réglée:

i) par paiement dans une unité de compte monétaire, auquel cas l'engagement est de payer dans cette unité de compte; ou

ii) par livraison d'autres biens de valeur, auquel cas l'engagement est de livrer ces biens.

2.02 Obligation de différentes succursales, agences ou autres bureaux

Pour les besoins de ces Règles, toute succursale, agence ou autre bureau de l'émetteur qui, en vertu d'une stand-by, agit ou s'engage à agir en une qualité autre que celle d'émetteur est tenu(e) d'agir dans cette seule qualité et sera traité(e) comme une personne différente.

2.03 Conditions d'émission

Une stand-by est émise dès lors qu'elle quitte le contrôle de l'émetteur, à moins qu'elle ne précise clairement qu'elle n'est pas alors "émise" ou "exécutoire". Des déclarations indiquant que la stand-by n'est pas "disponible", "opérationnelle", "effective", etc., n'affectent pas le caractère irrévocable et obligatoire de la stand-by au moment où celle-ci quitte le contrôle de l'émetteur.

2.04 Nomination

a) Une stand-by peut désigner nommément une personne pour notifier, recevoir une présentation, effectuer un transfert, confirmer, payer, négocier, assumer une obligation de paiement différé, ou accepter une traite;

b) La désignation n'oblige pas la personne ainsi désignée à agir, sauf dans les limites de l'engagement d'agir pris par cette personne;

c) Une personne désignée n'est pas autorisée à engager la personne qui a effectué la désignation.

2.05 Notification d'une stand-by ou d'un amendement

a) Sauf indication différente dans la notification, celle-ci signifie que:

i) la personne ayant fait la notification a vérifié l'authenticité apparente du message notifié conformément aux pratiques standard pour les lettres de crédit; et que

ii) la notification reflète correctement ce qui a été reçu;

b) Toute personne appelée à notifier une stand-by et qui décide de ne pas le faire devrait aviser de sa décision la partie qui lui en a fait la demande.

2.06 Amendement autorisé et effet contraignant

a) Si une stand-by indique expressément qu'elle est soumise à "amendement automatique" par augmentation ou diminution du montant disponible, par prorogation de la date d'expiration, etc., l'amendement prend automatiquement effet sans notification ou accord autre que comme prévu expressément dans la stand-by; (Pareil amendement peut aussi être mentionné comme devenant effectif "sans amendement".)

b) En l'absence de dispositions prévoyant un amendement automatique, tout amendement lie:

i) l'émetteur dès que celui-ci n'en a plus le contrôle; et

ii) le confirmant dès que celui-ci n'en a plus le contrôle, à moins qu'il ne déclare qu'il ne confirme pas l'amendement;

c) En l'absence de dispositions visant un ou des amendements automatiques:

i) le bénéficiaire doit accepter l'amendement pour que ce dernier devienne contraignant;

ii) l'acceptation du bénéficiaire doit être donnée par communication expresse à la personne notifiant l'amendement, à moins que le bénéficiaire ne présente des documents qui sont en conformité avec la stand-by telle qu'amendée et qui ne seraient pas en conformité avec la stand-by avant un tel amendement; et

iii) un amendement n'a pas besoin d'être accepté par le donneur d'ordre pour lier l'émetteur, le confirmant ou le bénéficiaire;

d) L'acceptation partielle d'un amendement constitue un rejet de l'amendement dans son intégralité.

2.07 Transmission des amendements

a) Tout émetteur utilisant une autre personne pour notifier une stand-by doit communiquer tous les amendements à cette personne;

b) L'amendement ou l'annulation d'une stand-by n'affecte pas l'obligation de l'émetteur à l'égard d'une personne désignée qui a agi dans les limites de cette désignation avant réception de l'avis amendant ou annulant la stand-by;

c) La non-prorogation d'une stand-by automatiquement prorogeable n'affecte pas l'obligation incombant à un émetteur à l'égard d'une personne désignée qui a agi dans les limites de sa désignation avant réception d'un avis de non-prorogation.

RÈGLE 3: PRÉSENTATION

3.01 Présentation conforme en vertu d'une stand-by

Toute stand-by devrait indiquer le moment, la place et le lieu dans cette place, ainsi que la personne à laquelle la présentation doit être faite et le support à utiliser. Si tel est le cas, la présentation doit être ainsi faite pour être conforme. Dans la mesure où une stand-by ne comporte pas ces indications, la présentation doit être faite suivant ces Règles pour être conforme.

3.02 Ce qui constitue une présentation

La réception d'un document exigé et présenté en vertu d'une stand-by constitue une présentation qui est à examiner pour déterminer sa conformité avec les termes et conditions de la stand-by, même si tous les documents requis n'ont pas été présentés.

3.03 Identification d'une stand-by

a) Toute présentation doit identifier la stand-by en vertu de laquelle elle est faite;

b) L'identification de la stand-by peut être faite en précisant le numéro de référence complet de la stand-by ainsi que le nom et l'adresse de l'émetteur, ou encore en joignant l'original ou une copie de la stand-by;

c) Si l'émetteur ne peut déterminer sur l'apparence d'un document reçu que celui-ci est à traiter en vertu d'une stand-by ou s'il ne peut identifier la stand-by à laquelle le document se rapporte, la présentation est tenue pour faite à la date d'identification.

3.04 Où et à qui une présentation conforme doit-elle être faite?

a) Pour être conforme, une présentation doit être faite sur la place et, sur cette place, au lieu figurant dans la stand-by ou prévu par ces Règles;

b) Si aucun lieu de présentation à l'émetteur n'est stipulé dans la stand-by, la présentation à l'émetteur doit être faite au lieu de l'établissement d'où la stand-by a été émise;

c) Si une stand-by est confirmée sans indication du lieu de présentation dans l'avis de confirmation, la présentation aux fins d'engager le confirmant (et l'émetteur) doit être faite au lieu de l'établissement du confirmant d'où la confirmation a été émise, ou bien doit être faite à celui de l'émetteur;

d) Si aucun lieu précis sur la place de présentation n'est indiqué (par exemple, service, étage, bureau, "mail stop", boîte postale, ou tout autre endroit), la présentation peut être faite:

i) à l'adresse postale principale indiquée sur la stand-by;

ii) en tout lieu sur la place de présentation qui est désigné pour recevoir des livraisons de courrier ou de documents;

iii) à toute personne qui, sur le lieu de présentation, est réellement ou apparemment autorisée à recevoir la présentation.

3.05 Présentation en temps utile

a) Une présentation est faite en temps utile si elle est effectuée à tout moment après l'émission de la stand-by et avant la date d'expiration;

b) Une présentation effectuée après la fermeture des bureaux sur le lieu de présentation est considérée comme ayant été faite le jour ouvrable suivant.

3.06 Support conforme de présentation

a) Pour être conforme, tout document doit être présenté sur le support stipulé dans la stand-by;

b) Si aucun support n'est indiqué, un document doit, pour être conforme, être présenté sous forme papier, sauf si seule une demande est requise, auquel cas:

i) une demande est conforme si elle est présentée par un bénéficiaire qui est un participant SWIFT ou une banque, via SWIFT, un télex testé ou via un moyen similaire authentifié; à défaut

ii) une demande qui n'est pas présentée sous forme papier n'est pas conforme, sauf si l'émetteur autorise, à sa seule discrétion, l'usage de ce support;

c) Un document n'est pas présenté sous forme papier s'il est communiqué par voie électronique, même si l'émetteur ou la personne désignée pour le recevoir en tire un document papier;

d) Lorsqu'une présentation par support électronique est prévue, un document, pour être conforme, doit être présenté par un relevé électronique susceptible d'être authentifié par l'émetteur ou par la personne désignée pour recevoir ladite présentation.

3.07 Caractère distinct de chaque présentation

a) Une présentation non conforme, le retrait d'une présentation ou le non-accomplissement d'une ou plusieurs présentations prévues ou autorisées n'affectent pas le droit, ou n'entraînent pas l'abandon du droit, de faire une autre présentation en temps utile ou une nouvelle présentation en temps utile, et ce, que la stand-by interdise ou non des présentations ou des tirages partiels ou multiples;

b) Le refus non justifié d'honorer une présentation conforme ne constitue ni un refus d'honorer toute autre présentation en vertu d'une stand-by, ni l'annulation de la stand-by;

c) Le fait d'honorer une présentation non conforme — avec ou sans notification de cette non-conformité — n'entraîne pas renonciation aux stipulations d'une stand-by lors d'autres présentations.

3.08 Tirage partiel et présentations multiples
Montant des tirages

a) Une présentation peut être faite pour un montant inférieur au montant total disponible ("tirage partiel");

b) Plusieurs présentations peuvent être faites ("présentations multiples");

c) Les termes "tirages partiels interdits" ou des termes similaires signifient qu'une présentation doit être faite pour la totalité du montant disponible;

d) Les termes "tirages multiples interdits" ou des termes similaires signifient qu'une présentation seulement peut être faite et honorée, mais qu'elle peut porter sur un montant inférieur à la totalité du montant disponible;

e) Si une demande est supérieure au montant disponible en vertu de la stand-by, le tirage est irrégulier. Tout document autre que la demande indiquant un montant supérieur au montant demandé n'est pas irrégulier pour cette raison;

f) L'emploi des termes "approximativement", "environ", "circa" ou d'un terme similaire autorise une tolérance n'excédant pas 10 % — en plus ou en moins — du montant auquel le terme se réfère.

3.09 Prorogation ou paiement

La demande d'un bénéficiaire de proroger la date d'expiration de la stand-by ou bien de payer le montant disponible en vertu de la stand-by:

a) est une présentation demandant le paiement en vertu de la stand-by, qui est à examiner comme telle conformément à ces Règles; et

b) implique que le bénéficiaire:

i) accepte l'amendement prorogeant la date d'expiration jusqu'à la date requise;

ii) demande à l'émetteur, à sa discrétion, de rechercher l'accord du donneur d'ordre et d'émettre l'amendement en cause;

iii) retire, à l'émission de l'amendement, sa demande de paiement;

iv) accepte le délai maximal prévu par ces Règles pour vérifier les documents et notifier un refus d'honorer la stand-by.

3.10 Défaut d'accusé de réception d'une présentation

Un émetteur n'est pas tenu de notifier au donneur d'ordre la réception d'une présentation en vertu de la stand-by.

3.11 Renonciation de l'émetteur aux règles de présentation et acceptation de cette renonciation par le donneur d'ordre

En plus des autres dispositions laissées à son appréciation et incluses dans une stand-by ou dans ces Règles, un émetteur peut, à sa seule discrétion, sans aviser le donneur d'ordre ou obtenir

son accord, et sans incidence sur les obligations du donneur d'ordre à l'égard de l'émetteur, renoncer:

a) aux Règles ci-après et à tous termes et conditions similaires indiqués dans la stand-by qui sont principalement au profit, ou répondent aux besoins opérationnels, de l'émetteur:

i) traitement des documents reçus, à la requête du remettant, comme s'ils avaient été présentés à une date ultérieure (Règle 3.02);

ii) identification d'une présentation à la stand-by en vertu de laquelle elle est faite (Règle 3.03 *a*);

iii) où et à qui la présentation est faite (Règle 3.04 *b*, *c* et *d)*, sauf le pays de présentation indiqué dans la stand-by; ou

iv) traitement d'une présentation faite après la fermeture des bureaux comme si elle avait été faite le jour ouvrable suivant (Règle 3.05 *b*);

b) à la Règle ci-après mais pas à des termes similaires indiqués dans la stand-by:

i) un document requis et portant une date postérieure à celle indiquée dans la lettre de présentation dudit document (Règle 4.06); ou

ii) l'exigence qu'un document émis par le bénéficiaire soit rédigé dans la langue de la stand-by (Règle 4.04);

c) à la Règle ci-après relative à l'intégrité opérationnelle de la stand-by, pour autant seulement que la banque traite en fait avec le véritable bénéficiaire: acceptation d'une demande par voie électronique (Règle 3.06 *b*);

La renonciation par le confirmant exige le consentement de l'émetteur pour ce qui est des paragraphes *b* et *c* de cette Règle.

3.12 Perte, vol, mutilation ou destruction de l'original d'une stand-by

a) Si l'original d'une stand-by est perdu, volé, mutilé ou détruit, l'émetteur n'a pas besoin de le remplacer ou de renoncer à toute demande de présentation de l'original en vertu de la stand-by;

b) Si l'émetteur accepte de remplacer l'original d'une stand-by ou de renoncer à l'exigence de sa présentation, il peut fournir un texte de remplacement ou une copie au bénéficiaire, et ce, sans affecter les obligations de remboursement qu'a le donneur d'ordre à l'égard de l'émetteur; s'il agit ainsi, l'émetteur doit annoter le texte de remplacement ou la copie comme tel. L'émetteur peut, à sa seule discrétion, demander au bénéficiaire des garanties qu'il estime adéquates et aux personnes désignées toutes assurances qu'aucun paiement n'a été fait;

Fermeture à la date d'expiration

3.13 Date d'expiration coïncidant avec un jour de fermeture

a) Si le dernier jour de présentation indiqué dans une stand-by (qu'il s'agisse de l'indication de la date d'expiration ou de la date ultime de réception des documents) n'est pas un jour ouvrable pour l'émetteur ou pour la personne désignée pour recevoir la présentation, la présentation faite le premier jour ouvrable qui suit sera considérée comme ayant été effectuée en temps utile;

b) Toute personne désignée à laquelle une telle présentation est faite doit en aviser l'émetteur.

3.14 Fermeture un jour ouvrable et autorisation d'une autre place raisonnable pour la présentation

a) Si, à la date du dernier jour ouvrable pour la présentation, la place de présentation indiquée dans une stand-by est, pour quelque raison que ce soit, fermée et que par suite de cette fermeture la présentation n'est pas faite en temps utile, le dernier jour de présentation sera alors automatiquement reporté au trentième jour civil suivant la réouverture de la place de présentation, sauf dispositions contraires dans la stand-by;

b) Lors de la fermeture de la place de présentation ou en prévision de cette fermeture, tout émetteur peut autoriser une autre place raisonnable de présentation soit dans la stand-by, soit dans une communication reçue par le bénéficiaire. En pareil cas:

i) la présentation doit être faite sur cette place raisonnable; et

ii) si la communication est reçue moins de trente jours civils avant le dernier jour pour la présentation et que pour cette raison la présentation ne peut être faite à temps, le dernier jour de présentation est automatiquement reporté au 30e jour civil qui suit le dernier jour pour la présentation.

RÈGLE 4: VÉRIFICATION

4.01 Vérification de conformité

a) Toute demande d'honorer une stand-by doit être conforme aux termes et conditions de la stand-by;

b) Pour déterminer si une présentation a l'apparence d'être conforme, la présentation doit être vérifiée par rapport aux termes et conditions indiqués dans la stand-by tels qu'interprétés et complétés par ces Règles, qui doivent être lues en tenant compte des pratiques usuelles en matière de stand-by.

4.02 Non-examen de documents non requis

Les documents présentés mais non requis par la stand-by n'ont pas à être examinés et, en tout état de cause, seront ignorés pour les besoins de déterminer la conformité de la présentation. Ils peuvent, sans engagement de responsabilité, être retournés au remettant, ou être transmis avec les autres documents présentés.

4.03 Examen pour incompatibilité

Tout émetteur ou personne désignée doit vérifier s'il y a incompatibilité entre les documents, mais seulement dans les limites prévues dans la stand-by.

4.04 Langue des documents

Tous les documents émis par le bénéficiaire doivent être rédigés dans la même langue que la stand-by.

4.05 Émetteur de documents

Tout document requis doit être émis par le bénéficiaire, à moins que la stand-by n'indique que le document doit être émis par un tiers ou qu'il s'agisse d'un type de document qui doit être émis par un tiers selon les pratiques standard en matière de stand-by.

4.06 Date des documents

La date d'émission de tout document requis peut être antérieure, mais non postérieure, à la date de sa présentation.

4.07 Signature requise sur un document

a) Un document requis n'a pas besoin d'être signé, sauf si la stand-by indique qu'il doit l'être ou s'il s'agit d'un type de document qui doit être signé selon les pratiques standard en matière de stand-by;

b) Une signature requise peut être apposée sous toute forme correspondant au support de présentation du document signé;

c) Sauf si la stand-by spécifie:

i) le nom d'une personne qui doit signer un document, toute signature ou authentification sera tenue pour conforme;

ii) la qualité de la personne qui doit signer, aucune indication de qualité n'est nécessaire;

d) Si la stand-by spécifie que la signature doit être apposée par:

i) une personne physique désignée sans exiger que la qualité du signataire soit précisée, une signature sera conforme si elle paraît être celle de la personne désignée;

ii) une personne morale désignée ou un organisme gouvernemental sans préciser la personne physique qui doit signer pour le compte de cet organisme ou la qualité de cette personne, toute signature sera tenue pour conforme si elle paraît avoir été apposée pour le compte de la personne morale désignée ou de l'organisme gouvernemental; ou

iii) une personne physique désignée, une personne morale ou un organisme exigeant que la qualité du signataire soit précisée, une signature sera conforme si elle paraît être celle de la personne physique désignée, de la personne morale désignée ou de l'organisme gouvernemental, et si la qualité de ladite personne physique ou morale est indiquée.

4.08 Document de demande implicite

Si une stand-by ne spécifie pas de document requis, elle sera néanmoins considérée comme requérant une demande sous forme de document pour être payée.

4.09 Rédaction identique et guillemets

Si une stand-by exige:

a) une déclaration, sans en spécifier la rédaction précise, la rédaction du document présenté doit paraître avoir la même signification que celle requise par la stand-by;

b) une rédaction spécifique par l'emploi de guillemets, de majuscules d'imprimerie ou l'inclusion d'une pièce jointe ou d'un formulaire, alors toutes erreurs typographiques dans l'orthographe, la ponctuation, l'espacement, etc., qui sont apparentes à la lecture dans le contexte n'ont pas à être reproduites et les lignes et espaces en blanc peuvent être complétés par tous moyens qui ne sont pas incompatibles avec la stand-by; ou

c) une rédaction spécifique par l'emploi de guillemets, de majuscules d'imprimerie, l'inclusion d'une pièce jointe ou d'un formulaire et indique aussi que la rédaction doit être "exacte" ou "identique", alors les termes figurant dans les documents présentés doivent être reproduits exactement, y compris les erreurs typographiques, d'orthographe, de ponctuation, d'espacement, ainsi que les lignes et espaces en blanc.

4.10 Approbation du donneur d'ordre

Une stand-by ne devrait pas spécifier qu'un document requis doit être émis, signé ou contresigné par le donneur d'ordre. Cependant, si la stand-by comporte une telle exigence, l'émetteur ne peut l'écarter et n'encourt aucune responsabilité si le donneur d'ordre retient le document ou ne le signe pas.

4.11 Termes ou conditions non documentaires

a) Tout terme ou condition d'une stand-by qui est non documentaire doit être ignoré(e), qu'il/elle affecte ou non l'obligation de l'émetteur de traiter une présentation comme conforme ou de traiter la stand-by comme émise, amendée ou ayant pris fin;

b) Des termes ou conditions sont non documentaires si la stand-by ne prévoit pas la présentation d'un document en apportant la preuve, et si leur respect ne peut être déterminé par l'émetteur sur la base de ses propres dossiers ou dans le cadre de ses opérations courantes;

c) La détermination par l'émetteur sur la base de ses propres dossiers ou dans le cadre de ses opérations courantes inclut la détermination:

i) de la date, du lieu et des modalités de présentation ou de livraison des documents à l'émetteur;

ii) de la date, du lieu et des modalités suivant lesquelles des communications relatives à la stand-by ont été envoyées à, ou reçues par, l'émetteur, le bénéficiaire ou une personne désignée;

iii) des montants crédités ou débités sur les comptes tenus par l'émetteur; et

iv) des montants qui peuvent être déterminés sur la base d'un indice publié (par exemple, dans le cas où la stand-by prévoit la détermination des intérêts dus selon les taux d'intérêt publiés);

d) Un émetteur n'a pas besoin de recalculer les décomptes d'un bénéficiaire suivant une formule indiquée ou référencée dans la stand-by, sauf si la stand-by le prévoit.

4.12 Caractère formel des déclarations incluses dans les documents

a) Une déclaration requise par une stand-by n'a pas besoin d'être solennelle ou officialisée ou assujettie à d'autres formalités;

b) Si une stand-by prévoit l'addition d'une formalité à une déclaration requise par la personne qui l'a faite sans spécifier ni la nature ni le contenu de cette formalité, la déclaration en cause sera conforme si elle indique qu'elle a été déclarée, affirmée, garantie, attestée, certifiée, faite sous serment, etc;

c) Si une stand-by prévoit qu'une déclaration doit être attestée par une autre personne sans spécifier la forme et les termes de cette attestation, la déclaration attestée sera conforme si elle paraît comporter la signature d'une personne autre que le bénéficiaire, avec l'indication que cette personne a agi en qualité de témoin;

d) Si une stand-by prévoit qu'une déclaration doit être contresignée, légalisée, visée, etc., par une personne autre que le bénéficiaire et agissant en qualité de représentant d'une autorité gouvernementale ou judiciaire, d'une société ou dans une autre qualité sans spécifier la forme et le contenu de la contresignature, la déclaration sera conforme si elle comporte la signature d'une personne autre que le bénéficiaire avec l'indication des pouvoirs de représentation confiés à cette personne et de l'organisation pour le compte de laquelle cette personne a agi.

4.13 Absence de responsabilité pour l'identification du bénéficiaire

Sauf si une stand-by exige la présentation d'un relevé électronique:

a) une personne honorant une présentation n'a aucune obligation à l'égard du donneur d'ordre de s'assurer de l'identité de toute personne faisant une présentation ou de tout cessionnaire du produit;

b) tout paiement en faveur d'un bénéficiaire désigné, d'un bénéficiaire de transfert, d'un cessionnaire accepté, d'un successeur légal, qui est effectué à un compte ou à un numéro de compte indiqué dans la stand-by ou dans les instructions d'accompagnement du bénéficiaire ou de la personne désignée, remplit l'obligation de payer en vertu de la stand-by.

4.14 Nom de l'émetteur ou du confirmant en cas d'acquisition ou de fusion

Si l'émetteur ou le confirmant fait l'objet d'une réorganisation ou d'une fusion ou change de dénomination, toute référence à faire nommément à l'émetteur ou au confirmant dans les documents présentés peut être faite à cet émetteur ou à ce confirmant ou au successeur de l'un ou de l'autre.

4.15 Original, copie et documents multiples

a) Tout document présenté doit être un original;

b) La présentation d'un relevé électronique, lorsqu'une présentation électronique est permise ou requise, sera considérée comme un "original";

c) i) Un document présenté est considéré comme un "original" à moins qu'il ne présente l'apparence d'avoir été reproduit à partir d'un original;

ii) Tout document qui présente l'apparence d'avoir été reproduit à partir d'un original est considéré comme un original si la signature ou l'authentification apparaît comme étant originale;

d) Si une stand-by prévoit la présentation d'une "copie", la présentation soit d'un original, soit d'une copie est permise, sauf si la stand-by dispose que seule une copie doit être présentée ou si la stand-by prévoit par ailleurs l'emploi de tous les originaux;

e) Si des multiples d'un même document sont requis, un seul doit être un original sauf si:

i) des "originaux en duplicata" ou des "originaux multiples" sont requis auquel cas tous les documents doivent être des originaux; ou

ii) "deux copies", "deux exemplaires" (ou un terme similaire) sont requis auquel cas soit des originaux, soit des copies peuvent être présentés.

Types de documents pour une stand-by

4.16 Demande de paiement

a) Une demande de paiement n'a pas besoin d'être distincte de la déclaration du bénéficiaire ou d'un autre document requis;

b) Si une demande distincte est requise, elle doit comporter:

i) une demande de paiement émanant du bénéficiaire et adressée à l'émetteur ou à la personne désignée;

ii) la date d'émission de la demande;

iii) le montant demandé; et

iv) la signature du bénéficiaire;

c) Une demande peut être en la forme d'une traite ou de toute autre instruction, ordre ou demande de paiement. Si une stand-by exige la présentation d'une "traite" ou d'une "lettre de change", cette traite ou cette lettre de change n'a pas besoin d'être en forme négociable, sauf si la stand-by l'indique.

4.17 Déclaration de défaillance ou d'un autre événement permettant le tirage

Si, sans en spécifier le contenu, une stand-by requiert une déclaration, un certificat ou un autre écrit indiquant qu'il y a eu défaillance ou un autre événement permettant le tirage, le document est conforme s'il contient:

a) une déclaration que le paiement est dû parce qu'un événement permettant le tirage et décrit dans la stand-by est survenu;

b) une date d'émission du document; et

c) la signature du bénéficiaire.

4.18 Documents négociables

Si une stand-by requiert la présentation d'un document transférable par voie d'endos et remise sans indiquer ni comment ni à qui l'endossement doit être fait, alors le document peut être présenté sans endossement ou, s'il est endossé, l'endossement peut être en blanc et, en tout état de cause, le document peut être émis ou négocié avec ou sans recours.

4.19 Documents légaux ou juridiques

Si une stand-by requiert la présentation d'un document émanant d'une autorité gouvernementale, d'une décision de justice, d'une sentence arbitrale, etc., un document ou une copie est conforme s'il présente l'apparence d'être:

i) émis par un organisme gouvernemental, une cour de justice ou un tribunal, ou une institution similaire;

ii) correctement intitulé ou dénommé;

iii) dûment signé;

iv) daté; et

v) certifié comme original ou authentifié par un représentant officiel d'une agence gouvernementale, d'une cour de justice, d'un tribunal ou d'une institution similaire.

4.20 Autres documents

a) Si une stand-by exige la présentation d'un document autre que celui dont le contenu est spécifié dans ces Règles, sans en préciser l'émetteur, le contenu ou la formulation, ce document est conforme s'il présente l'apparence d'être intitulé de façon appropriée ou de remplir la fonction dévolue à ce type de document par les pratiques standard en matière de stand-by;

b) Un document présenté en vertu d'une stand-by est à examiner dans le contexte des pratiques stand-by en vertu de ces Règles, même si ce document (facture commerciale, document de transport, document d'assurance, etc.) est l'un de ceux pour lesquels des dispositions détaillées sont énoncées dans les Règles et usances uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires.

4.21 Demande d'émission d'un engagement distinct

Si une stand-by exige que le bénéficiaire de la stand-by émette son propre engagement distinct à l'égard d'un tiers (que la stand-by donne ou non le texte de cet engagement):

a) le bénéficiaire n'acquiert aucun droit autre que celui d'effectuer un tirage en vertu de la stand-by, même si l'émetteur verse une commission au bénéficiaire pour l'émission de l'engagement distinct;

b) ni l'engagement distinct ni le ou les documents présentés en vertu de cet engagement distinct n'ont à être présentés à l'émetteur; et

c) si des originaux ou des copies de l'engagement distinct ou des documents présentés en vertu de cet engagement distinct sont reçus par l'émetteur bien que leur présentation ne soit pas requise pour honorer la stand-by:

i) l'émetteur n'a pas besoin d'examiner et en tout état de cause ne tiendra pas compte de la conformité ou de la cohérence desdits documents avec la stand-by, avec la demande du bénéficiaire au titre de la stand-by, ou avec l'engagement distinct du bénéficiaire; et

ii) l'émetteur peut, sans engager sa responsabilité, retourner ces documents au remettant ou les transmettre au donneur d'ordre en même temps que la présentation.

RÈGLE 5: NOTIFICATION, INTERDICTION ET MISE À DISPOSITION DE DOCUMENTS

5.01 Notification en temps utile du refus d'honorer une stand-by

a) La notification du refus d'honorer une stand-by doit être donnée après la présentation des documents dans un délai qui n'est pas déraisonnable:

i) Toute notification donnée dans un délai de trois jours ouvrables sera considérée comme n'étant pas déraisonnable, et celle donnée au-delà de sept jours ouvrables sera considérée comme déraisonnable;

ii) Le caractère déraisonnable ou non du délai mis pour donner la notification ne dépend pas de l'imminence d'une date limite pour la présentation des documents;

iii) Le délai pour notifier que la stand-by ne sera pas honorée est à calculer à partir du jour ouvrable qui suit le jour ouvrable de présentation;

iv) Sauf si la stand-by indique expressément que la notification de ne pas honorer la stand-by doit être effectuée dans un délai plus bref, l'émetteur n'a aucune obligation d'accélérer la vérification d'une présentation;

b) i) La notification de ne pas honorer la stand-by doit être faite par voie de télécommunication si ce moyen est disponible et à défaut par un autre moyen de communication permettant une notification rapide;

ii) Si la notification de ne pas honorer la stand-by est reçue dans les délais autorisés pour cette notification, elle est alors considérée comme faite par un moyen de communication rapide;

c) La notification du refus d'honorer une stand-by doit être donnée à la personne de qui les documents ont été reçus (qu'il s'agisse du bénéficiaire, de la personne désignée ou d'une personne autre que celle qui a délivré physiquement les documents), sauf instructions différentes du remettant.

5.02 Exposé des motifs pour lesquels une stand-by n'est pas honorée

Une notification qu'une stand-by n'est pas honorée doit indiquer toutes les irrégularités sur lesquelles se fonde ce refus.

5.03 Notification tardive du refus d'honorer une stand-by

a) Le défaut de notification en temps utile et par le moyen spécifié dans la stand-by d'une irrégularité dans une notification de refus d'honorer la stand-by entraîne l'interdiction d'invoquer ladite irrégularité sur tout document contenant cette même irrégularité, que ce document soit retenu ou présenté à nouveau; cependant, il n'interdit pas d'invoquer cette irrégularité dans toute autre présentation faite en vertu de la même stand-by ou d'une stand-by distincte;

b) Le défaut de notification d'un refus d'honorer la stand-by, ou le défaut d'acceptation ou de reconnaissance qu'un engagement de paiement différé a été contracté oblige l'émetteur à payer à l'échéance.

5.04 Avis d'expiration

L'absence de notification qu'une présentation a été faite après la date d'expiration n'interdit pas de refuser d'honorer la stand-by pour cette raison.

5.05 Demande d'accord de l'émetteur au donneur d'ordre, sans instructions du remettant pour acceptation de documents irréguliers

Si l'émetteur décide qu'une présentation n'est pas conforme et si d'autres instructions n'ont pas été données par le remettant, l'émetteur peut, à sa seule discrétion, requérir le donneur d'ordre, dans les délais prévus pour la notification du refus d'honorer la stand-by, mais sans proroger ces délais, de renoncer à invoquer la non-conformité ou d'autoriser que la stand-by soit honorée. L'obtention de la renonciation du donneur d'ordre n'oblige pas l'émetteur à renoncer à invoquer la non-conformité.

5.06 Demande d'accord de l'émetteur au donneur d'ordre, sur instructions du remettant, pour acceptation de documents irréguliers

Si, à la réception de la notification du refus d'honorer la stand-by, le remettant demande que les documents présentés soient transmis à l'émetteur ou que l'émetteur sollicite une renonciation du donneur d'ordre à soulever les irrégularités:

a) aucune personne n'est obligée de transmettre les documents présentant des irrégularités ou de solliciter la renonciation du donneur d'ordre à soulever les irrégularités;

b) la présentation à l'émetteur demeure soumise à ces Règles sauf si le remettant accepte expressément de les écarter; et

c) si les documents sont transmis ou si une renonciation est sollicitée:

i) le remettant ne peut contester les irrégularités qui lui ont été notifiées par l'émetteur;

ii) l'émetteur n'est pas dispensé de l'obligation de vérifier la présentation conformément à ces Règles;

iii) l'émetteur n'est pas obligé de renoncer à invoquer les irrégularités même si le donneur d'ordre y renonce;

iv) l'émetteur doit conserver les documents jusqu'à ce qu'il reçoive une réponse du donneur d'ordre ou qu'il soit requis par le remettant de retourner les documents; en l'absence d'une telle réponse ou requête dans les dix jours ouvrables suivant la notification de ne pas honorer la stand-by, l'émetteur peut retourner les documents au remettant.

5.07 Sort des documents

Les documents non honorés doivent être retournés, conservés ou mis à disposition conformément aux instructions raisonnables du remettant. Le défaut de notification du sort des documents lors de la notification du refus d'honorer la stand-by ne prive pas l'émetteur du droit d'utiliser tous moyens de défense par ailleurs à sa disposition pour refuser d'honorer les documents.

5.08 Instructions d'accompagnement/Lettre de transmission

a) Les instructions accompagnant une présentation faite au titre d'une stand-by peuvent être prises en compte pour autant qu'elles ne sont pas contraires aux termes et conditions d'une stand-by, à la demande ou à ces Règles;

b) Les déclarations faites par une personne désignée et accompagnant une présentation peuvent être prises en compte pour autant qu'elles ne sont pas contraires aux termes et conditions d'une stand-by ou à ces Règles;

c) Nonobstant la réception d'instructions, un émetteur ou une personne désignée peut payer, donner notification, retourner les documents ou traiter directement de quelque autre manière avec le remettant;

d) Une déclaration dans la lettre de couverture selon laquelle les documents présentent des irrégularités ne dispense pas l'émetteur de vérifier la conformité de la présentation.

5.09 Notification du refus du donneur d'ordre

a) Un donneur d'ordre doit opposer en temps utile son refus à ce que l'émetteur honore une présentation non conforme, et ce, par un avis émis en temps utile et par voie rapide;

b) Un donneur d'ordre agit en temps utile s'il refuse des documents présentant des irrégularités en envoyant à l'émetteur, dans un délai non déraisonnable après la réception des documents par lui-même, un avis précisant les irrégularités qui motivent son refus;

c) Faute de notifier son refus en temps utile et par une voie rapide, le donneur d'ordre est privé du droit d'invoquer à l'égard de l'émetteur toute irrégularité ou autre anomalie apparente sur les documents qu'il a reçus; cependant, cela n'interdit pas au donneur d'ordre de refuser les documents lors d'une présentation différente effectuée en vertu de la même stand-by ou d'une stand-by différente.

RÈGLE 6: TRANSFERT, CESSION ET TRANSFERT LÉGAL

Transfert de droits à tirage

6.01 Demande de transfert des droits à tirage

Lorsqu'un bénéficiaire demande qu'un émetteur ou une personne désignée honore un tirage fait par une autre personne comme si celle-ci était le bénéficiaire, les présentes Règles sur le transfert des droits à tirage ("transfert") s'appliquent.

6.02 Circonstances dans lesquelles les droits à tirage sont transférables

a) Une stand-by n'est pas transférable sauf indication à cet effet dans la stand-by;

b) Si une stand-by comporte la mention qu'elle est transférable sans autre disposition, cela signifie que les droits à tirage:

i) peuvent être transférés dans leur intégralité plus d'une fois;

ii) ne peuvent être transférés partiellement;

iii) ne peuvent être transférés à moins que l'émetteur (y compris le confirmant) ou une autre personne spécifiquement désignée dans la stand-by y consente et effectue le transfert demandé par le bénéficiaire.

6.03 Conditions de transfert

Un émetteur d'une stand-by transférable ou une personne désignée n'est pas obligé(e) d'effectuer un transfert à moins que:

a) il n'ait l'assurance de l'existence et de l'authenticité de la stand-by originale;

b) le bénéficiaire soumette les documents suivants ou remplisse les conditions ci-après:

i) une demande, dans une forme acceptable par l'émetteur ou la personne désignée, comportant la date effective du transfert et les nom et adresse du bénéficiaire du transfert;

ii) la stand-by originale;

iii) la vérification de la signature de la personne signant pour le bénéficiaire;

iv) la vérification des pouvoirs de la personne signant pour le bénéficiaire;

v) le paiement de la commission de transfert;

vi) toutes autres exigences raisonnables.

6.04 Effets du transfert sur les documents requis

Lorsque les droits à tirage ont été transférés dans leur totalité:

a) une traite ou une demande doit être signée par le bénéficiaire du transfert; et

b) le nom du bénéficiaire du transfert peut être utilisé dans tout autre document requis aux lieu et place du nom du bénéficiaire qui a demandé le transfert.

6.05 Remboursement d'un paiement effectué suite à un transfert

Un émetteur ou une personne désignée effectuant un paiement en vertu de la Règle 6.03 *a*, *b* i, et *b* ii a droit à remboursement comme s'il ou elle avait fait un paiement au bénéficiaire.

Accusé de réception de la cession du produit

6.06 Cession du produit

Si un émetteur ou une personne désignée est requis(e) d'accuser réception de la demande d'un bénéficiaire de payer à un cessionnaire tout ou partie des montants tirés par le bénéficiaire en vertu de la stand-by, ces Règles sur l'accusé de réception de la cession du produit s'appliquent, sauf dispositions impératives du droit applicable.

6.07 Demande d'accusé de réception

a) Sauf dispositions impératives du droit applicable, un émetteur ou une personne désignée:

i) n'est pas obligé(e) de donner suite à une demande de cession du produit dont il/elle n'a pas accusé réception; et

ii) n'est pas obligé(e) d'accuser réception de la cession;

b) Si une cession donne lieu à un accusé de réception:

i) l'accusé de réception ne confère, relativement à la stand-by, aucun droit au cessionnaire qui a seulement droit aux produits cédés, s'il y en a, et dont les droits peuvent être affectés par amendement ou annulation; et

ii) les droits du cessionnaire sont sous réserve:

a. de l'existence de toutes sommes nettes payables au bénéficiaire par la personne ayant accusé réception de la cession;

b. des droits des personnes désignées et des bénéficiaires de transfert;

c. des droits d'autres cessionnaires ayant reçu un accusé de réception; et

d. de tous autres droits ou intérêts qui peuvent être prioritaires en vertu du droit applicable.

6.08 Conditions relatives à l'accusé de réception de la cession du produit

Un émetteur ou une personne désignée peut subordonner son accusé de réception d'une cession de produit à la réception de:

a) la stand-by "originale" pour vérification ou notation;

b) la vérification de la signature de la personne signant pour le bénéficiaire;

c) la vérification des pouvoirs de la personne signant pour le bénéficiaire;

d) une demande irrévocable signée par le bénéficiaire demandant la cession et incluant toutes déclarations, conventions, garanties et autres dispositions qui peuvent figurer dans

le formulaire de l'émetteur ou de la personne désignée de qui un accusé de réception de la cession est requis, par exemple:

i) l'identification des tirages concernés, si la stand-by autorise des tirages multiples;

ii) les nom/prénom, statut juridique, localisation et adresse postale du bénéficiaire et du cessionnaire;

iii) des précisions sur toute requête relative au mode de paiement ou de remise du produit de la stand-by;

iv) des restrictions sur les cessions partielles et l'interdiction de cessions successives;

v) des déclarations visant la légalité et le rang de priorité de la cession; ou

vi) le droit de l'émetteur ou de la personne désignée de recouvrer tout montant reçu par le cessionnaire qui est recouvrable sur le bénéficiaire;

e) le paiement d'une rémunération pour l'accusé de réception; et

f) le respect de toutes autres conditions raisonnables.

6.09 Demandes conflictuelles pour le règlement de produits

S'il y a des demandes conflictuelles pour les produits, le paiement à un cessionnaire ayant reçu un accusé de réception de la cession de produit peut être suspendu en attendant le règlement du différend.

6.10 Remboursement d'un paiement effectué suite à une cession

Un émetteur ou une personne désignée effectuant un paiement à la suite d'une cession ayant fait l'objet d'un accusé de réception en vertu de la Règle 6.08 *a* et *b* a droit à remboursement comme s'il ou elle avait fait un paiement au bénéficiaire; si le bénéficiaire est une banque, l'accusé de réception peut être effectué simplement par communication authentifiée.

Transfert légal

6.11 Bénéficiaire par transfert légal

Lorsqu'un héritier, représentant personnel, liquidateur, *trustee*, administrateur, syndic, société venant aux droits ou toute autre personne similaire affirme être désigné(e) par la loi pour succéder au bénéficiaire dans ses droits et présente des documents en son nom propre comme s'il ou elle était le cessionnaire autorisé du transfert par le bénéficiaire, ces Règles sur le transfert légal s'appliquent.

6.12 Document additionnel en cas de tirage au nom du successeur

Une personne se présentant comme successeur peut être traitée comme bénéficiaire de tous les droits de tirage d'un transfert autorisé par le bénéficiaire initial à condition qu'elle présente un ou plusieurs document(s) additionnel(s) qui offre(nt) l'apparence d'être émis par un représentant officiel (y compris un officier ministériel) et indique(nt):

a) que la personne s'affirmant successeur est le survivant d'une fusion, consolidation ou opération similaire mise en place par une entreprise, société à responsabilité limitée, etc.;

b) que la personne s'affirmant successeur est autorisée ou nommée pour agir pour le compte du bénéficiaire désigné ou de son patrimoine, en raison d'une procédure pour insolvabilité;

c) que la personne s'affirmant successeur est autorisée ou nommée pour agir pour le compte du bénéficiaire désigné par suite de son décès ou de son incapacité;

d) que le nom du bénéficiaire désigné a été remplacé par celui de la personne s'affirmant successeur.

6.13 Suspension des obligations suite à une présentation par un successeur

Un émetteur ou une personne désignée qui reçoit d'une personne s'affirmant successeur une présentation qui est conforme à tous égards sauf en ce qui concerne le nom du bénéficiaire:

a) peut demander à recevoir dans une forme et une substance satisfaisantes:

i) un avis juridique;

ii) un document additionnel visé dans la Règle 6.12 et établi par un représentant officiel (document additionnel en cas de tirage au nom du successeur);

iii) toutes déclarations, tous engagements et garanties relatifs au statut de celui qui s'affirme successeur légal;

iv) le paiement de commissions raisonnables pour ces diligences; et

v) tout ce qui peut être nécessaire pour un transfert en vertu de la Règle 6.03 (Conditions de transfert) ou l'accusé de réception d'une cession de produit aux termes de la Règle 6.08 (Conditions relatives à l'accusé de réception d'une cession de produit);

cependant, cette documentation ne constituera pas un document dont la présentation est requise avant expiration de la stand-by;

b) jusqu'à ce que l'émetteur ou la personne désignée reçoive la documentation requise, son obligation d'honorer la stand-by, ou de notifier qu'elle ne sera pas honorée, est suspendue, mais toute date limite de présentation des documents requis n'en est pas prorogée pour autant.

6.14 Remboursement d'un paiement effectué suite à un transfert légal

Un émetteur ou une personne désignée qui effectue un paiement en vertu d'un transfert légal conformément à la Règle 6.12 (Document additionnel en cas de tirage au nom du successeur) a droit à remboursement comme s'il ou elle avait fait un paiement au bénéficiaire.

RÈGLE 7: ANNULATION

7.01 Annulation ou résiliation d'une stand-by irrévocable

Les droits d'un bénéficiaire en vertu d'une stand-by ne peuvent être annulés sans son consentement. La preuve de ce consentement peut être notifiée par écrit ou par un acte tel que le renvoi de la stand-by originale de telle façon qu'il implique que le bénéficiaire consent à l'annulation. Le consentement d'un bénéficiaire à l'annulation est irrévocable dès qu'il est communiqué à l'émetteur.

7.02 Latitude accordée à l'émetteur concernant une décision d'annuler

Avant de donner suite à l'autorisation d'annuler reçue d'un bénéficiaire et de traiter la stand-by comme annulée à tous égards, un émetteur peut demander à recevoir dans une forme et une substance satisfaisantes:

a) la stand-by originale;

b) la vérification de la signature de la personne signant pour le bénéficiaire;

c) la vérification de l'habilitation de la personne signant pour le bénéficiaire;

d) un avis juridique;

e) un pouvoir irrévocable pour procéder à l'annulation, dûment signé par le bénéficiaire, accompagné des documents, engagements, garanties et autres dispositions figurant dans un formulaire;

f) l'assurance que l'obligation de tout confirmant a été annulée;

g) l'assurance qu'il n'y a pas eu transfert ou paiement par une personne désignée; et

h) toute autre disposition raisonnable.

RÈGLE 8: OBLIGATIONS DE REMBOURSEMENT

8.01 Droit à remboursement

a) Lorsque le paiement est fait suite à une présentation conforme en vertu de ces Règles, le remboursement doit être fait par:

i) un donneur d'ordre au profit de l'émetteur qui a reçu instruction d'émettre une stand-by; et

ii) un émetteur à une personne désignée pour honorer la stand-by par paiement ou autre engagement;

b) Tout donneur d'ordre doit indemniser l'émetteur de toutes réclamations, obligations et responsabilités (y compris les honoraires d'avocat) résultant de:

i) l'application de dispositions légales ou de pratiques autres que celles spécifiées dans la stand-by ou applicables au lieu d'émission;

ii) la fraude, les falsifications ou autres actes illicites de tiers; ou

iii) l'exécution par l'émetteur des obligations incombant à un confirmant qui refuse à tort d'honorer une confirmation;

c) Cette Règle s'ajoute à tout accord applicable, toute pratique habituelle, tout usage ou coutume en vigueur pour le remboursement ou l'indemnisation dont la portée serait de moindre effet ou s'appuierait sur d'autres bases.

8.02 Montants de commissions, frais et charges à payer

a) Un donneur d'ordre doit payer les charges encourues par l'émetteur et lui rembourser toutes les sommes qu'il est obligé de verser à des personnes désignées avec le consentement du donneur d'ordre, pour notifier, confirmer, honorer, négocier, transférer, ou pour émettre un engagement distinct;

b) Tout émetteur est tenu de payer les frais réclamés par d'autres personnes:

i) si ces frais sont à payer conformément aux termes de la stand-by;

ii) si ces frais correspondent aux dépenses raisonnables et usuelles d'une personne appelée par l'émetteur à notifier, honorer, négocier, transférer ou émettre un engagement distinct, pour autant que lesdits frais ne soient pas recouvrés ou recouvrables auprès du bénéficiaire ou d'un autre remettant parce qu'aucune demande de tirage n'est faite en vertu de la stand-by.

8.03 Restitution d'un remboursement

Toute personne désignée qui obtient un remboursement avant que l'émetteur ait refusé en temps utile d'honorer la présentation est tenue de restituer ce remboursement, assorti d'intérêts, si l'émetteur n'honore pas la présentation. Cette restitution n'interdit pas à la personne désignée de contester le refus injustifié de paiement.

8.04 Remboursement de banque à banque

Toute instruction ou autorisation pour obtenir le remboursement par une autre banque est soumise aux Règles uniformes pour les remboursements de banque à banque de la CCI.

RÈGLE 9: DURÉE ET DÉLAIS

9.01 Durée d'une stand-by

Toute stand-by doit:

a) comporter une date d'expiration; ou

b) permettre à l'émetteur de résilier la stand-by avec un préavis raisonnable ou par paiement.

9.02 Conséquences de l'expiration sur la personne désignée

Les droits d'une personne désignée qui agit dans les limites de sa désignation ne sont pas affectés par l'expiration ultérieure de la stand-by.

9.03 Calcul des délais

a) Tout délai dans lequel une action doit être entreprise en vertu de ces Règles commence à courir à partir du premier jour ouvrable qui suit le jour ouvrable pendant lequel l'action aurait pu être entreprise sur la place où elle aurait dû l'être;

b) Toute période de prorogation commence le jour civil qui suit la date d'expiration indiquée, même si l'un ou l'autre de ces jours tombe un jour où l'établissement de l'émetteur est fermé.

9.04 Heure précise d'expiration

Si aucune heure précise au cours du jour d'expiration n'est indiquée, cette heure est celle de la fermeture des bureaux sur la place de présentation.

9.05 Rétention d'une stand-by

La rétention de la stand-by originale ne maintient aucun droit en vertu de la stand-by après cessation du droit de demander le paiement.

RÈGLE 10: SYNDICATION/PARTICIPATION

10.01 Syndication

Si une stand-by ayant plusieurs émetteurs n'indique pas à qui la présentation peut être faite, celle-ci peut être effectuée à l'un quelconque des émetteurs et lie tous les émetteurs.

10.02 Participation

a) Sauf accord contraire entre un donneur d'ordre et un émetteur, l'émetteur peut vendre des participations dans les droits de l'émetteur à l'encontre du donneur d'ordre et de tout remettant, et l'émetteur peut divulguer confidentiellement à des participants potentiels des informations appropriées sur le donneur d'ordre;

b) La vente de participations par un émetteur n'affecte pas les obligations de l'émetteur en vertu de la stand-by et ne crée pas de droits ou obligations entre le bénéficiaire et l'un des participants.

B. Règles uniformes pour les "Contract Bonds" (RUCB): rapport de la Secrétaire générale (A/CN.9/459/Add.1) [Original: anglais]

1. Par une lettre datée du 27 avril 1999 (reproduite à l'annexe I), la Secrétaire générale de la Chambre de commerce internationale (CCI) a prié la Commission de reconnaître et d'approuver formellement les Règles uniformes pour les "Contract Bonds" (RUCB). Le texte original des RUCB, en anglais, en espagnol et en français, est reproduit à l'annexe III.

2. Comme il est indiqué dans l'avant-propos des RUCB, "L'industrie de l'assurance ayant besoin d'un jeu de règles uniformes internationalement applicables aux "Contract Bonds" engendrant des obligations de nature accessoire, la Commission de l'assurance de la CCI a entrepris d'élaborer les présentes Règles uniformes pour les "Contract Bonds."

3. Pour plus de renseignements sur les RUCB, on se reportera à l'annexe II, qui reproduit l'introduction et les notes générales de la publication de la CCI.

ANNEXE I

(Original: anglais)

Lettre de Mme Maria Livanos Cattaui, Secrétaire générale de la Chambre de commerce internationale

Comme vous le savez sans doute, il y a plusieurs années, la CCI a publié les Règles uniformes pour les "Contract Bonds" (RUCB). Je vous écris pour prier la CNUDCI de bien vouloir reconnaître et approuver formellement ces Règles. La CCI sollicite également l'approbation de la Banque mondiale, de l'Union européenne et de la Banque interaméricaine de développement.

Les RUCB traitent des garanties conditionnelles, ou cautionnements accessoires, qui se rattachent directement au contrat sous-jacent dont l'exécution est garantie.

Aujourd'hui, les RUCB existent en plusieurs langues (notamment en anglais, en chinois, en espagnol, en français, en italien, en islandais, en japonais et en coréen). Le Japon, la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), l'Institution of Electrical Engineers (IEE), l'Association internationale des assureurs-crédit (ICIA), le Syndicat des entrepreneurs français internationaux (SEFI) et l'Association panaméricaine de cautionnement (PASA), entre autres, ont adopté les RUCB en tant que normes recommandées pour les cautionnements émis par leurs membres.

L'utilisation des RUCB, en tant que cadre international pour les cautionnements, permettra d'obtenir l'uniformité souhaitée dans le domaine des sûretés et contribuera ainsi à promouvoir le commerce international. Nous sommes convaincus que ce nouvel instrument type profitera à l'ensemble de la communauté des affaires. Sa reconnaissance par des institutions publiques favorisera la conclusion de contrats privés et facilitera les exportations et la liberté de contracter dans le monde entier.

ANNEXE II

RÈGLES UNIFORMES DE LA CCI POUR LES "CONTRACT BONDS"

(Original: anglais, français, espagnol)

Copyright © 1993
Chambre de commerce internationale

Tous droits réservés. Toute traduction et/ou reproduction intégrale ou partielle de ce livre par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris la photocopie) et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans autorisation écrite d'ICC Publishing S.A.

Introduction

Les présentes Règles uniformes sont l'œuvre d'un groupe de travail de la CCI composé de représentants de la Commission de l'assurance, de l'industrie du bâtiment et de l'ingénierie; elles sont destinées à s'appliquer dans le monde entier aux "Contract Bonds", c'est-à-dire aux cautionnements créant des obligations de nature accessoire, en vertu desquels la responsabilité de la caution ou du garant est engendrée et conditionnée par un défaut bien établi d'un entrepreneur (dénommé "donneur d'ordre" dans les présentes Règles) dans l'exécution du contrat objet du "Contract Bond" en cause. Les Règles ci-dessous s'appliqueront donc lorsque l'intention des parties est de faire dépendre les obligations du garant des devoirs ou responsabilités du donneur d'ordre aux termes du contrat considéré.

Les "Contract Bonds" régis par les Règles CCI ci-dessous sont destinés à s'appliquer de façon à conférer au bénéficiaire, dans chaque cas, une sûreté garantissant l'accomplissement ou l'exécution des obligations contractuelles, ou le paiement de toute somme due au bénéficiaire du fait d'une quelconque défaillance ou violation des obligations contractuelles mises à la charge du donneur d'ordre. L'objectif du "Contract Bond" est de garantir, dans les limites financières qu'il comporte, soit l'observation et l'exécution des obligations découlant du contrat, soit, en cas de défaut, le recouvrement par le bénéficiaire de toute somme qui lui serait légitimement due, en dépit de l'insolvabilité du donneur d'ordre ou de son défaut de respecter ses obligations ou de s'en acquitter pour toute autre raison. C'est pourquoi, quand s'applique un "Contract Bond" régi par les présentes Règles, le bénéficiaire aura la garantie complémentaire que les obligations accessoires du garant assureront l'observation du jugement ou de la sentence de tout tribunal judiciaire ou arbitral compétent.

Les relations entre les parties à un "Contract Bond" soumis aux présentes Règles diffèrent de celles qui découlent des Règles uniformes de la CCI pour les garanties sur demande, n° 458 ("Règles sur demande"). Il sera fait choix des présentes Règles (n° 524) chaque fois que l'on veut fournir au bénéficiaire une garantie pour les obligations du donneur d'ordre découlant du contrat, mais subordonner la responsabilité du garant au cas d'un manquement bien établi à ce contrat.

Généralités

Les présentes Règles sont destinées à fournir un système clair et concis réglementant la nature des obligations découlant de "Contract Bonds" et la procédure applicable aux réclamations. En raison de la nature des "Contract Bonds" régis par les présentes Règles, qui fait que les obligations des parties résultent directement et dépendent des termes du contrat, les Règles ne contiennent pas de dispositions détaillées relatives aux documents exigés ou aux problèmes que pose une réclamation non fondée. En cas de litige au sujet de la responsabilité d'un garant, les Règles prévoient que ce litige sera réglé par référence au contrat. Le garant et le donneur d'ordre sont protégés en ce que leur responsabilité ne naîtra que si le défaut est établi. Le bénéficiaire est protégé par l'assurance que tout jugement ou sentence sera honoré par le garant si le donneur d'ordre manque de le faire.

Les Règles uniformes pour "Contract Bonds" exposées ci-dessous s'appliqueront lorsque les parties le stipuleront expressément. Le succès de ces Règles nouvelles dépendra de leur emploi par la communauté internationale des entreprises. La CCI recommande d'utiliser ces nouvelles Règles qui contribueront à établir des pratiques uniformes en matière de fonctionnement et d'application des "Contract Bonds".

ANNEXE III

RÈGLES UNIFORMES DE LA CCI POUR LES "CONTRACT BONDS"

(Original: anglais, français, espagnol)

Publication CCI n° 524,
adoptées par le Comité directeur de la CCI le 23 avril 1993,
entrées en vigueur le 1er janvier 1994

Copyright © 1993
Chambre de commerce internationale

Tous droits réservés. Toute traduction et/ou reproduction intégrale ou partielle de ce livre par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris la photocopie) et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans autorisation écrite d'ICC Publishing S.A.

Table des matières

	Article	*Page*
Champ d'application	1er	391
Définitions	2	391
Forme du "Contract Bond" et responsabilité du garant envers le bénéficiaire	3	392
Exonération et décharge du garant	4	392
Retour du "Contract Bond"	5	393
Amendements et modifications du contrat et du "Contract Bond" et prorogation de délais	6	393
Appel à la garantie et procédure (de réclamation)	7	393
Juridiction compétente et règlement des litiges	8	393

Article premier

Champ d'application

a) Les présentes Règles s'intitulent "Règles uniformes pour les "Contract Bonds" et s'appliquent à tout "Contract Bond" stipulant l'application des présentes Règles ou en s'y référant; il suffira à cette fin que le "Contract Bond" contienne un renvoi aux présentes Règles et au numéro de la publication.

b) En cas de conflit, portant sur l'interprétation ou l'exécution des obligations de toute partie à un "Contract Bond", entre les dispositions des présentes Règles et celles de ce "Contract Bond", ou les dispositions impératives de la loi régissant ce "Contract Bond", les dispositions de ce dernier ou, selon le cas, les dispositions impératives de la loi applicable l'emporteront.

Article 2

Définitions

Les termes ou expressions utilisés dans les présentes Règles auront le sens défini ci-après et seront interprétés en conséquence.

Bénéficiaire

La partie en faveur de qui le "Contract Bond" est émis ou remis.

"Bond" pour paiement d'avance(s)

"Contract Bond" souscrit par le garant en faveur du bénéficiaire afin de garantir le remboursement de toute somme ou sommes avancée(s) par le bénéficiaire au donneur d'ordre aux termes ou aux fins du contrat lorsque cette somme ou ces sommes est, ou ont, été, avancée(s) avant l'exécution des travaux, la prestation des services ou la fourniture ou mise à la disposition de marchandises conformément audit contrat.

"Bond" de maintenance

"Bond" garantissant des obligations contractuelles relatives à la maintenance d'équipement ou de biens à la suite de leur achèvement matériel ou de leur fourniture, aux termes d'un contrat.

"Bond" de bonne fin

"Bond" garantissant l'exécution de tout contrat ou obligation contractuelle.

"Bond" de retenue de garantie

"Bond" garantissant le paiement de toute somme ou sommes payée(s) ou créditée(s) au donneur d'ordre par le bénéficiaire avant la date de paiement ou de crédit stipulée dans le contrat.

"Bond" de soumission

"Bond" relatif à une soumission en réponse à un appel d'offres, garantissant le paiement de toute perte ou tout dommage subi(e) par le bénéficiaire du fait du défaut du donneur d'ordre de conclure un contrat ou de fournir un "Bond" de bonne exécution ou tout autre "Bond" exigé par cette soumission.

"Contract Bond"

Toute forme de cautionnement, toute garantie ou tout autre instrument écrit, émis ou exécuté par le garant en faveur du bénéficiaire, en vertu duquel le garant s'engage en cas de défaut:

i) à régler ou à satisfaire toute demande, tout titre de paiement ou tous dommages-intérêts, toutes indemnités ou autres compensations financières, à hauteur du montant du "Bond"; ou

ii) à régler ou à satisfaire cette demande ou ce titre de paiement à hauteur du montant du "Bond" ou, au choix du garant, à exécuter le contrat ou à remplir toutes obligations contractuelles.

Dans l'un ou l'autre cas ci-dessus, si la responsabilité du garant est accessoire à la responsabilité du donneur d'ordre aux termes du contrat ou d'une obligation contractuelle semblable, cette expression couvrira sans aucune limite les "Bonds" de soumission, "Bonds" pour paiement d'avance, "Bonds" de bonne fin, "Bonds" de retenue de garantie et "Bonds" de maintenance.

Contrat

Tout accord écrit entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire pour l'exécution des travaux, la prestation de services ou la fourniture de marchandises.

Date d'expiration

Soit *a)* la date convenue ou la date de l'événement marquant l'expiration des obligations du garant selon le "Bond", soit *b)* s'il n'est stipulé aucune date, la date déterminée selon l'article 4.

Défaut

Toute violation, toute faute ou manquement d'observer une obligation contractuelle, donnant lieu à une demande de bonne fin, dommages, indemnisation ou autre compensation financière par le bénéficiaire selon le paragraphe *j* de l'article 7.

Donneur d'ordre

Toute personne qui: i) ou bien *a.* présente une soumission en vue de conclure un contrat avec le bénéficiaire, ou bien *b.* conclut un contrat avec le bénéficiaire; et ii) assume la responsabilité primaire pour toutes les obligations contractuelles en découlant.

Écrit et par écrit

Ce terme englobe toute télétransmission authentifiée ou message par échange testé de données informatiques (EDF) équivalent.

Garant

Toute personne qui émettra ou exécutera un "Contract Bond" pour le compte d'un donneur d'ordre.

Montant du "Bond"

Somme inscrite dans le "Contract Bond" comme étant le montant maximal total de la responsabilité du garant et amendée, modifiée ou réduite éventuellement, ou, en cas de paiement de toute somme satisfaisant en tout ou partie une demande au titre du "Bond", une somme moindre calculée en soustrayant de la somme inscrite dans le "Bond" le montant de ce paiement.

Obligations contractuelles

Tout devoir, toute obligation ou exigence imposé(e) par une clause, paragraphe, section, terme, condition, disposition figurant dans un contrat ou dans une réponse à un appel d'offres, ou en faisant partie.

Personne

Toute compagnie, société, firme, association, organisme, personne physique ou morale quelconque.

Article 3

Forme du "Contract Bond" et responsabilité du garant envers le bénéficiaire

a) Le "Contract Bond" mentionnera:

i) Le donneur d'ordre;

ii) Le bénéficiaire;

iii) Le garant;

iv) Le contrat;

v) Si le "Contract Bond" ne s'applique pas à l'ensemble du contrat, l'obligation ou les obligations contractuelles précises auxquelles se rapporte le "Contract Bond";

vi) Le montant du "Contract Bond";

vii) Toutes dispositions visant la réduction du montant du "Contract Bond";

viii) La date à laquelle le "Contract Bond" deviendra effectif (défini dans les présentes Règles comme la "date effective");

ix) Si le garant aura, s'il en fait choix, le droit d'exécuter le contrat ou une quelconque obligation contractuelle;

x) La date d'expiration;

xi) Les noms, adresses, numéros de télex et/ou télécopie et références pour contacter le bénéficiaire, le garant et le donneur d'ordre;

xii) Si l'alinéa i de l'article 7 *j* doit s'appliquer et le nom du tiers devant être désigné à ce titre aux fins de l'article 7 ci-dessous (procédure de recours);

xiii) Comment seront réglés les litiges ou différends relatifs au "Contract Bond", entre le donneur d'ordre, le bénéficiaire et le garant;

b) La responsabilité du garant envers le bénéficiaire est accessoire à la responsabilité du donneur d'ordre envers le bénéficiaire aux termes du contrat et prendra naissance en cas de défaut. Le contrat est censé être incorporé dans le "Contract Bond" et en faire partie. La responsabilité du garant ne dépassera pas le montant du "Contract Bond";

c) À moins d'une réduction du montant du "Contract Bond" en fonction du "Contract Bond" ou du contrat, et sous réserve de l'article 4, la responsabilité du garant ne sera ni réduite, ni exonérée du fait d'une quelconque exécution partielle du contrat ou d'une des obligations contractuelles;

d) En plus de tout moyen de défense, résultant ou découlant du "Contract Bond", et sans en limiter la portée, le garant dispose en outre de tous moyens de défense, de recours, de demande reconventionnelle et d'autres droits et titres lui permettant d'invoquer une compensation que le donneur d'ordre peut posséder à l'encontre du bénéficiaire résultant des termes du contrat ou tout autre moyen que le donneur d'ordre pourrait invoquer.

Article 4

Exonération et décharge du garant

a) Sauf stipulation contraire dans le "Contract Bond", et sous réserve des dispositions du paragraphe *b* du présent article 4, la date d'expiration sera postérieure de six mois à la date de la dernière exécution du contrat ou, selon le cas, des obligations contractuelles qui s'y rapportent;

b) Sauf stipulation contraire dans le "Contract Bond", la date d'expiration (aux fins) d'un "Bond" pour paiement d'avance, "Bond" de maintenance, "Bond" de retenue de garantie et "Bond" de soumission est la suivante:

i) Dans le cas d'un "Bond" pour paiement d'avance, la date à laquelle le donneur d'ordre aura exécuté des travaux, fourni des marchandises ou des services ou rempli de toute autre façon des obligations contractuelles dont la valeur authentifiée, ou déterminée d'autre façon selon le contrat, sera égale ou supérieure au montant du "Contract Bond";

ii) Dans le cas d'un "Bond" de maintenance, six mois après la date stipulée dans le contrat, ou, si aucune date n'a été spécifiée pour la fin des obligations de maintenance du donneur d'ordre, le dernier jour de la période de garantie (applicable) ou de la période de responsabilité pour défauts aux termes du contrat;

iii) Dans le cas d'un "Bond" de retenue de garantie, six mois après la date stipulée dans le contrat pour le paiement, remboursement ou déblocage des sommes retenues;

iv) Dans le cas d'un "Bond" de soumission, six mois après la date limite prévue dans les documents de l'appel d'offre ou dans les conditions fixées pour la remise des offres;

c) Si la date d'expiration ne tombe pas un jour ouvrable, la date d'expiration sera le premier jour ouvrable qui suit. Aux fins des présentes Règles, "jour ouvrable" désigne toute journée où les bureaux du garant sont ordinairement ouverts pour affaires;

d) À la date d'expiration, le "Contract Bond" prendra fin et, sous réserve de toute autre condition, convention ou stipulation du "Contract Bond" et de tout autre accord ou toute loi applicable prévoyant une exonération ou décharge plus précoce, la responsabilité du garant sera totalement éteinte et le garant exonéré, que le "Contract Bond" ait été ou non retourné au garant, sous réserve de toute réclamation formulée conformément à l'article 7;

e) Nonobstant les dispositions du paragraphe *d* du présent article, le "Contract Bond" pourra être annulé à tout moment par son renvoi au garant ou par notification et remise ou transmission au garant d'une exonération écrite dûment signée par un représentant autorisé du bénéficiaire, accompagnée ou non du "Contract Bond" et/ou de tout amendement, ou amendements, de ce dernier;

f) Le garant informera dans les meilleurs délais le donneur d'ordre de tout paiement effectué selon ou conformément au "Contract Bond" et de son annulation, exonération ou décharge, ainsi que de toute réduction du montant du "Contract Bond" si cette information n'a pas encore été donnée.

Article 5

Retour du "Contract Bond"

Après exonération ou décharge aux termes des présentes Règles, le "Contract Bond" sera immédiatement retourné au garant et la rétention ou possession du "Contract Bond" après cette exonération ou décharge ne conférera au bénéficiaire aucun droit ou titre de ce seul fait.

Article 6

Amendements et modifications du contrat et du "Contract Bond" et prorogation de délais

a) Le "Contract Bond", réserve faite de son montant et de la date d'expiration, s'appliquera au contrat tel qu'il sera amendé ou modifié de temps à autre par le donneur d'ordre et le bénéficiaire;

b) Un "Bond" de soumission ne sera valable que pour les travaux et spécifications contractuelles stipulés ou décrits dans les documents de l'appel d'offres à la date effective et ne s'appliquera pas au-delà de la date d'expiration ni dans aucun cas où il y aurait une modification ou un amendement substantiel ou essentiel de l'appel d'offres initial après la date effective, à moins que le garant ne confirme, de la manière prévue au paragraphe *c* du présent article 6, que le "Bond" de soumission s'applique ou que la date d'expiration est prorogée;

c) Tout amendement du "Contract Bond", y compris, sans limitation, son montant ou le changement de la date d'expiration, fera l'objet d'un écrit dûment signé ou exécuté par des représentants autorisés du bénéficiaire, du donneur d'ordre et du garant.

Article 7

Appel à la garantie et procédure (de réclamation)

a) Tout appel à un "Contract Bond" devra être écrit et notifié au garant avant ou à la date d'expiration, et ce, au plus tard lors de la clôture de la journée de travail du principal établissement du garant, indiqué dans le "Contract Bond" (à la date d'expiration);

b) Un appel notifié au moyen d'une télétransmission authentifiée, d'EDF, de télex ou de tout autre moyen de télécopie ou de transmission électronique sera censé avoir été reçu à l'arrivée de cette transmission;

c) Un appel fait au principal établissement du garant, indiqué dans le "Contract Bond", sera, sous réserve de la preuve de sa délivrance, censé avoir été notifié à la date de cette délivrance;

d) Un appel notifié ou transmis par la poste sera, sous réserve d'une preuve satisfaisante de sa délivrance par le bénéficiaire, censé avoir été notifié lors de sa réception effective par le garant;

e) Si le bénéficiaire notifie un appel par télophase ou par un autre mode de télétransmission ou d'EDF, il expédiera aussi une copie de cet appel par la poste;

f) Tout appel rappellera brièvement les détails du contrat identifiant celui-ci, déclarera qu'il y a eu violation ou défaut et exposera les circonstances de cette violation ou de ce défaut, ainsi que toute demande de paiement, de prestation ou d'exécution;

g) Dès réception d'un appel de la part du bénéficiaire, le garant en avertira par écrit le donneur d'ordre aussitôt que (ce sera) raisonnablement possible et avant soit *a)* de procéder à aucun paiement pour satisfaire, en tout ou en partie, l'appel, soit *b)* d'exécuter le contrat ou une partie de celui-ci en vertu d'une obligation contractuelle;

h) Le bénéficiaire, requis de le faire par écrit par le garant, fournira à ce dernier toute information complémentaire que le garant pourra raisonnablement solliciter pour lui permettre de prendre l'appel en considération et lui communiquera des copies de toute correspondance ou autres documents relatifs au contrat ou à l'exécution d'une quelconque obligation contractuelle, et permettra au garant, à ses employés, agents et représentants d'inspecter tous travaux ou services exécutés ou fournis par le donneur d'ordre;

i) Un appel ne sera honoré que si:

i) un défaut s'est produit; et

ii) l'appel a été fait et notifié conformément aux dispositions des paragraphes *a* à *f* de l'article 7, avant ou à la date d'expiration;

j) Nonobstant tout litige ou différend existant entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire au sujet de l'observation du contrat ou d'une quelconque obligation contractuelle, un défaut sera censé avoir été établi aux fins des présentes Règles:

i) par l'émission d'un certificat de défaut par un tiers (lequel peut être, sans limitation, un architecte ou ingénieur indépendant ou l'auteur d'un référé préarbitral de la CCI) si le "Contract Bond" le prévoit et si ce certificat, ou une copie certifiée conforme de celui-ci, a été remis au garant; ou

ii) si le "Contract Bond" ne prévoit pas l'émission d'un certificat par un tiers, par un certificat de défaut émis par le garant; ou

iii) par le jugement, l'ordonnance ou la sentence définitifs d'une cour ou d'un tribunal compétents si l'émission d'un certificat de défaut conformément aux paragraphes i ou ii ne restreint pas le droit des parties de solliciter ou de poursuivre le règlement de tout litige ou différend découlant du contrat ou du "Contract Bond", ou l'examen par une cour ou un tribunal compétents de tout certificat de défaut ou paiement en résultant;

k) Une copie de tout certificat de défaut émis sous *j* i ou ii sera aussitôt remise par le garant au donneur d'ordre et au bénéficiaire;

l) Le garant examinera promptement tout appel et, si celui-ci est rejeté, en avertira immédiatement le bénéficiaire par télétransmission authentifiée, télécopie ou autre transmission en facsimilé, télex, câble ou EDI, avec confirmation par lettre, exposant les motifs de ce refus, y compris tous moyens de défense ou autres sujets traités au paragraphe *d* de l'article 3.

Article 8

Juridiction compétente et règlement des litiges

a) La loi applicable sera la loi nationale choisie par les parties pour régir l'opération du "Contract Bond" et, en l'absence de sélection expresse d'un droit, la loi régissant le contrat; et tous litiges ou différends qui, à propos d'un "Contract Bond", surgissent sous les présentes Règles seront tranchés selon la loi applicable;

b) Tous les litiges qui surgiront entre le bénéficiaire, le donneur d'ordre et le garant ou l'un d'entre eux au sujet d'un "Contract Bond" régi par les présentes Règles seront, sauf convention contraire, définitivement tranchés selon le Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement;

c) Si le "Contract Bond" exclut l'application des dispositions sur l'arbitrage du présent article 8, tout litige entre les parties au "Contract Bond" sera réglé par les tribunaux du pays désigné dans le "Contract Bond" ou, à défaut d'une telle désignation, par le tribunal compétent du pays de l'établissement principal du garant, ou, au choix du bénéficiaire, par le tribunal compétent du pays où est établi la succursale du garant qui a émis le "Contract Bond".

V. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international: note du secrétariat

(A/CN.9/460) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 395

I. RÉSUMÉ DES PROPOSITIONS 396

II. SUJETS QUE LA COMMISSION POURRAIT EXAMINER 396

A. Conciliation 396

B. Prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage 398

C. Arbitrabilité 400

D. Immunité de l'État souverain 400

E. Jonction de plusieurs instances arbitrales 403

F. Confidentialité de l'information dans les procédures arbitrales 404

G. Demandes aux fins de compensation 405

H. Décisions prises par des tribunaux arbitraux incomplets 406

I. Responsabilité des arbitres 408

J. Pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts 409

K. Frais d'arbitrage 410

L. Force exécutoire des mesures conservatoires 410

M. Liberté d'exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine 412

INTRODUCTION

1. Au cours de sa trente et unième session, la Commission a organisé, le 10 juin 1998, 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 prononcée par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. En sus des allocutions des anciens participants à la conférence diplomatique qui a adopté la Convention, d'éminents spécialistes des questions d'arbitrage ont présenté des exposés sur des sujets tels que la promotion de la Convention, son adoption et son application. Des exposés ont également été faits sur des points que la Convention ne traite pas, tels que l'interaction entre la Convention et d'autres textes juridiques internationaux sur l'arbitrage commercial international, et sur les problèmes pratiques rencontrés mais non traités dans les textes existants sur l'arbitrage, de caractère législatif ou autre[1].

2. Dans les exposés faits lors de cette Journée, diverses propositions ont été avancées visant à présenter à la Commission certains problèmes mis en évidence dans la pratique de manière qu'elle puisse déterminer s'il serait souhaitable et possible qu'elle les examine.

3. À propos des échanges de vues qui ont eu lieu lors de la Journée de la Convention de New York, 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. Elle a prié le secrétariat d'établir, pour ladite session, une note sur la base de laquelle elle examinerait cette possibilité. Elle a noté que pour

[1]Publication des Nations Unies: *Actes de la Journée de la Convention de New York*: "Exécution des sentences arbitrales dans le cadre de la Convention de New York: expérience et perspectives", mai 1999, ISBN 92-1-133609-0.

l'établissement de la note on pourrait prendre en considération non seulement les délibérations de la Journée de la Convention de New York, mais également celles d'autres conférences internationales des praticiens de l'arbitrage (telles que le Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial, tenu à Paris, du 3 au 6 mai 1998)[2]. La présente note a été établie conformément à cette demande.

I. RÉSUMÉ DES PROPOSITIONS

4. Le présent document passe brièvement en revue certaines questions et certains problèmes recensés dans la pratique de l'arbitrage afin de faciliter un débat au sein de la Commission sur le point de savoir si celle-ci souhaite inscrire l'une ou l'autre de ces questions à son programme de travail. Ces questions sont les suivantes: aspects de la procédure de conciliation; prescription législative de la forme écrite pour la convention d'arbitrage; arbitrabilité; immunité souveraine; jonction de plusieurs affaires dans une procédure arbitrale unique; confidentialité de l'information dans la procédure arbitrale; formulation de demandes dans les procédures arbitrales aux fins de compensation; décisions prises par des tribunaux arbitraux "incomplets"; responsabilité des arbitres; pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts; frais d'arbitrage; force exécutoire des mesures provisoires de protection; et liberté d'exécuter une sentence qui a été annulée dans l'État d'origine. Toutes autres questions relatives au droit de l'arbitrage peuvent être soulevées à la session de la Commission en vue d'un examen éventuel par cette dernière.

5. La Commission souhaitera peut-être examiner l'opportunité d'établir des dispositions uniformes sur l'une quelconque de ces questions, en indiquant éventuellement si les travaux doivent être orientés vers l'élaboration d'un texte à caractère législatif (tel qu'un texte législatif type ou un traité) ou d'un texte à caractère non législatif (tel qu'une règle contractuelle type). Même si l'on n'aboutissait à terme à aucune solution uniforme, une discussion approfondie par des représentants de tous les grands systèmes juridiques, sociaux et économiques représentés à la Commission ou dans son Groupe de travail serait un exercice utile dans la mesure où il permettrait à ceux qui recourent à l'arbitrage dans le monde entier d'obtenir des informations opportunes sur les problèmes qui sont apparus dans la pratique et sur les solutions qui peuvent y être apportées.

6. Lorsqu'elle examinera ses travaux futurs dans ce domaine, la Commission souhaitera peut-être prendre note du fait que le Groupe de travail des pratiques juridiques et commerciales internationales de la Commission économique pour l'Europe (CEE) examine diverses questions relatives à la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961), y compris sa révision éventuelle. Aucune décision n'a encore été prise quant à la nécessité de réviser la Convention ou quant à l'orientation de cette révision, mais plusieurs idées ont été avancées, dont la possibilité d'une révision qui accroîtrait l'utilité de la Convention pour les signataires actuels et ceux qui pourraient s'y joindre. Étant donné l'intérêt général que peuvent susciter les débats du Groupe de travail de la CEE, et le lien entre ces débats et tous travaux futurs que la Commission pourra décider d'entreprendre dans le domaine de l'arbitrage, cette dernière souhaitera peut-être prier le secrétariat de suivre étroitement les délibérations du Groupe de travail de la CEE et de faire rapport sur la question à elle-même ou à son Groupe de travail.

7. Si la Commission décide d'inscrire à son programme de travail l'une quelconque des questions mentionnées dans le présent document ou toute question soulevée à sa session, elle voudra peut-être demander au secrétariat de réaliser des études, en collaboration avec les organisations internationales compétentes, et d'établir éventuellement un avant-projet de propositions qu'elle-même ou un de ses groupes de travail pourrait examiner.

II. SUJETS QUE LA COMMISSION POURRAIT EXAMINER

A. Conciliation

8. Le terme "conciliation" désigne ici une procédure dans laquelle une personne indépendante et impartiale aide des parties ayant un litige à le régler. La conciliation diffère de la négociation entre les parties (qui a lieu normalement après l'apparition d'un litige) en ce qu'elle est menée par une tierce personne indépendante et impartiale, alors qu'une telle personne n'intervient pas dans une négociation. Par ailleurs, la conciliation diffère de l'arbitrage en ce qu'elle est purement volontaire puisque les parties n'y participent que si elles acceptent toutes deux cette démarche. Partant, une conciliation soit aboutit à un règlement du litige, soit prend fin sans qu'il y ait règlement, alors que dans le cas de l'arbitrage le tribunal arbitral impose, faute de règlement, une décision obligatoire pour les parties.

9. La procédure de conciliation, telle que définie ci-dessus, est envisagée et traitée dans un certain nombre de règlements d'institutions arbitrales, ainsi que dans le Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980). Ce Règlement est largement utilisé et a servi de modèle pour de nombreux autres ensembles de règles sur la conciliation. Dans la pratique, une telle procédure de conciliation est désignée par diverses expressions dont le terme "médiation".

10. On recourt de plus en plus à la conciliation dans diverses parties du monde, y compris dans des régions où elle n'était pas courante il y a quelques années encore. Cette tendance se reflète, notamment, dans la création d'un certain nombre d'organismes publics et privés qui offrent des services de conciliation aux parties intéressées. Étant donné par ailleurs le désir croissant, dans diverses régions du monde, de promouvoir la conciliation comme méthode de règlement des litiges, des débats ont lieu dans lesquels il est demandé que des solutions juridiques harmonisées au niveau international soient trouvées pour faciliter la conciliation. Les idées avancées dans ces débats sont résumées ci-après.

[2] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente et unième session (1998), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17*, A/53/17, par. 235.

1. *Admissibilité de certains moyens de preuve dans les procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures*

11. Dans une procédure de conciliation, les parties formulent normalement des suggestions et expriment leurs vues concernant des propositions pour un règlement éventuel, admettent des faits et indiquent qu'elles sont disposées à régler le litige. Si, malgré ces efforts, la conciliation n'aboutit pas à un règlement et si les parties entament une procédure judiciaire ou arbitrale, ces vues, suggestions, admissions de faits ou indications de la volonté de parvenir à un règlement peuvent être retournées contre la partie dont elles émanent. Une telle éventualité peut dissuader les parties de s'attacher à régler leur litige pendant la procédure de conciliation, ce qui peut en réduire considérablement l'utilité.

12. Pour trouver une solution à ce problème, le Règlement de conciliation de la CNUDCI contient dans son article 20 la règle suivante:

> "Les parties s'engagent à ne pas invoquer ni proposer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, liée ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation:
>
> *a)* Les vues exprimées ou les suggestions faites par l'autre partie à l'égard d'une solution éventuelle du litige;
>
> *b)* Les faits admis par l'autre partie au cours de la procédure de conciliation;
>
> *c)* Les propositions présentées par le conciliateur;
>
> *d)* Le fait que l'autre partie a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur."

13. Si les parties ne choisissent aucun règlement de conciliation ou recourent à un règlement qui ne contient pas de dispositions analogues à l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, elles peuvent, dans de nombreux systèmes juridiques, se trouver confrontées au problème susmentionné. Même si elles sont convenues d'une règle telle que celle qui figure dans l'article 20, il n'est pas certain que la convention concernant les éléments de preuve ait pleinement effet. Pour aider les parties qui se trouvent dans de telles situations, certains pays ont adopté des lois visant à empêcher la présentation de certains éléments de preuve relatifs à une procédure de conciliation antérieure dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure.

2. *Rôle du conciliateur dans d'autres procédures contradictoires*

14. Une partie peut répugner à s'efforcer de régler un litige par conciliation si elle sait qu'en cas d'échec de la procédure le conciliateur peut être nommé conseil de la partie adverse ou arbitre. La connaissance qu'a le conciliateur de certaines informations données au cours de la procédure de conciliation (par exemple, propositions de règlement et admissions de faits) peut se révéler préjudiciable pour la partie dont elles émanent, d'où l'inclusion dans le Règlement de conciliation de la CNUDCI de l'article 19, rédigé comme suit:

> "Les parties et le conciliateur s'engagent à ce que le conciliateur ne remplisse pas les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation. Les parties s'engagent également à ne pas citer le conciliateur comme témoin dans une telle procédure."

15. Certains pays ont inclus des dispositions analogues dans leur législation. Dans certains cas, toutefois, les parties peuvent considérer comme un avantage le fait que l'arbitre possède déjà certaines informations (en particulier parce qu'il pourra ainsi statuer avec plus d'efficacité); elles peuvent alors effectivement préférer que le conciliateur soit nommé comme arbitre dans la procédure arbitrale ultérieure. Pour parer à toute objection fondée sur des assertions de préjudice dans de tels cas, certains pays ont adopté des lois qui autorisent expressément un conciliateur, sous réserve de l'accord des parties, à remplir les fonctions d'arbitre.

3. *Caractère exécutoire des accords de transaction*

16. L'un des inconvénients potentiels majeurs de la conciliation est le risque que, malgré le temps et l'argent dépensés, les parties ne parviennent pas à un règlement. On a souvent dit que la conciliation présenterait un intérêt beaucoup plus grand si le règlement auquel elle peut aboutir avait force exécutoire, de façon qu'une partie ne soit pas contrainte de recourir aux tribunaux pour obtenir l'application de l'accord. Il est vrai qu'il sera probablement moins long d'obtenir un titre exécutoire dans une procédure judiciaire si la demande est basée sur un accord de transaction que s'il n'y a pas eu de règlement. Il n'en demeure pas moins que la perspective de devoir entamer une action en justice pour faire exécuter un accord réduit l'intérêt de la conciliation.

17. Pour obtenir un titre exécutoire, les parties qui sont parvenues à un accord de transaction pourraient nommer le conciliateur comme arbitre et limiter la procédure d'arbitrage à l'enregistrement de l'accord de transaction sous forme de sentence arbitrale rendue d'accord partie [comme le prévoit, par exemple, l'article 34-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)]. Cette méthode peut toutefois présenter un problème dans un certain nombre de systèmes juridiques où, lorsque les parties sont parvenues à un accord de transaction, entraînant donc la disparition du litige, il n'est pas possible d'entamer une procédure arbitrale.

18. Compte tenu de ce qui précède, certains pays ont adopté des lois qui donnent force exécutoire aux accords de transaction conclus pendant la procédure de conciliation. De telles lois prévoient, par exemple, que l'accord de transaction écrit doit, aux fins de son application, être considéré comme une sentence arbitrale et peut être exécuté comme tel. Une autre solution législative consiste à autoriser expressément les parties à un règlement, malgré la disparition du litige, à entamer une procédure arbitrale et obtenir de l'arbitre, qui peut être l'ancien conciliateur, une sentence d'accord partie.

4. *Conclusion*

19. La Commission souhaitera peut-être examiner l'opportunité, pour encourager et faciliter la conciliation, d'envisager l'élaboration de dispositions législatives types harmonisées qui traiteraient de questions telles que l'admissibilité, dans les procédures arbitrales ou judiciaires ultérieures, des éléments de preuve soumis pendant la procédure de conciliation; tout rôle qu'un conciliateur pourrait jouer dans une procédure arbitrale ultérieure; et les conditions auxquelles un accord de transaction conclu pendant la procédure de conciliation pourrait être considéré comme un titre exécutoire.

B. Prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage

20. L'article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères stipule ce qui suit:

> "On entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes."

L'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) stipule ce qui suit:

> "La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat."

21. Les problèmes qu'engendre la prescription de la forme écrite pour les conventions d'arbitrage ont souvent été décrits comme difficiles et frustrants. C'est au stade de la reconnaissance ou de la dénégation d'une convention d'arbitrage que l'on peut encore constater des tensions entre les tribunaux étatiques et la procédure arbitrale. On a aussi dit qu'il fallait s'attacher en priorité à harmoniser l'interprétation de l'article II-2 de la Convention pour améliorer le fonctionnement de cette dernière. Toutefois, avant d'aborder cette question, la présente note examine celle de la prescription de la "forme écrite" pour une convention d'arbitrage et sa compatibilité avec le développement du commerce électronique.

1. *Convention d'arbitrage "écrite" et commerce électronique*

22. L'acceptabilité du commerce électronique comme moyen de conclure des conventions d'arbitrage valables ne devrait pas poser plus de problèmes que le développement du télex ou de la télécopie. L'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI, susmentionné, valide expressément l'emploi de tout moyen de télécommunications qui atteste l'existence de la convention d'arbitrage, ce qui couvrirait les utilisations les plus courantes du courrier électronique ou de l'échange de données informatisées.

23. Pour ce qui est de la Convention de New York, il est généralement accepté que l'expression "contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes", au paragraphe 2 de l'article II, doit être interprétée comme englobant d'autres moyens de communication, en particulier le télex (auquel on pourrait ajouter aujourd'hui la télécopie). Cette même interprétation téléologique[3] pourrait être étendue au commerce électronique. Une telle extension correspondrait aussi à la décision prise par la Commission lorsqu'elle a adopté la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et le Guide pour son incorporation en 1996[4]. Toutefois, une étude plus approfondie pourrait être nécessaire pour déterminer si l'interprétation de l'article II-2 de la Convention de New York par référence soit à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, soit à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pourrait faire l'objet d'un large consensus international, et si la Commission pourrait la recommander comme solution viable pour cette question ainsi que pour traiter les questions plus générales des prescriptions de forme[5].

2. *"Échange de lettres ou de télégrammes" comme prescription de forme*

24. Le problème qui se pose vient de la combinaison de la question de la forme et de celle de la formation de la convention d'arbitrage, exprimée par les termes "échange de lettres ou de télégrammes" que l'on trouve à la fois dans

---

[3]Par exemple, le Tribunal fédéral suisse a fait observer que "[l'article II-2] doit s'interpréter au regard de [la Loi type], dont les auteurs ont voulu ainsi adapter le régime de la Convention de New York aux besoins actuels, sans devoir le modifier". *Compagnie de Navigation et Transports S.A. c. MSC (Mediterranean Shipping Company) S.A.*, 16 janvier 1995, 1re Cour civile du Tribunal fédéral suisse; extrait pertinent dans (1995) 13 *Association suisse de l'arbitrage*, Bulletin, p. 503 à 511, citation p. 508.

[4]Le Guide pour l'incorporation de la Loi type (qui a été élaboré à la lumière de la Convention de New York et d'autres instruments internationaux) indique que "la Loi type [sur le commerce électronique] peut servir, dans certains cas, d'outil pour interpréter les conventions internationales et autres instruments internationaux existants qui créent des obstacles juridiques au recours au commerce électronique, par exemple, en prescrivant la forme écrite pour certains documents ou certaines clauses contractuelles. Entre les États parties à de tels instruments internationaux, l'adoption de la Loi type comme règle d'interprétation pourrait être un moyen de reconnaître le commerce électronique et permettrait d'éviter de devoir négocier un protocole à l'instrument international concerné". (Voir Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, par. 5.)

[5]Ce point engendre des préoccupations plus générales concernant la compatibilité du commerce électronique avec le régime juridique établi par une série de conventions internationales, qui contiennent des prescriptions impératives concernant l'utilisation de documents écrits. La Commission économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations Unies a dressé un inventaire de ces instruments (Trade/R.1096/Rev.1) et a recommandé que la CNUDCI entreprenne des travaux visant à rechercher des solutions possibles au problème.

la Convention et dans la Loi type. Cette expression se prête à une interprétation trop littérale au sens d'échange mutuel d'écrits. Une acceptation tacite serait, en principe, insuffisante, de même qu'une convention purement verbale.

25. La Convention a donné lieu à des problèmes graves dans des cas concrets, et ces cas exigent aussi une interprétation pour le moins très large et téléologique de la Loi type; il s'agit de l'acceptation tacite ou verbale d'un ordre d'achat écrit ou d'une confirmation écrite de vente; d'un contrat conclu verbalement avec référence à des conditions générales écrites (par exemple, une référence verbale à une forme de sauvetage); ou certaines notes de courtiers, connaissements et autres instruments ou contrats qui transmettent des droits ou des obligations à des tiers non-signataires (à savoir des tiers qui n'étaient pas parties à l'accord initial). On peut citer à cet égard les exemples suivants: transmission à titre universel (successions, fusions, scissions, acquisitions de sociétés) ou à titre particulier (cession de contrat ou de créance ou de dette, novation, subrogation, stipulation pour autrui); ou encore extension implicite, dans la catégorie du multipartisme ou dans celle des groupes de contrats ou des groupes de sociétés, de la convention d'arbitrage à des personnes qui n'y ont pas été expressément parties[6].

26. Les tribunaux étatiques ont rendu des décisions assez divergentes dans ces situations, qui reflètent souvent leur attitude générale vis-à-vis de l'arbitrage. Dans la grande majorité des cas, ils ont pu faire en sorte que les parties respectent leur convention. Toutefois, si l'on se réfère à la jurisprudence actuelle on note, par exemple, qu'une clause d'arbitrage dans une confirmation de vente ou d'achat est conforme à la prescription de forme de l'article II-2 de la Convention de New York uniquement si: *a)* la confirmation est signée par les deux parties; ou *b)* un double est renvoyé, signé ou non; ou encore *c)* la confirmation est ultérieurement acceptée par une autre communication écrite de la partie qui l'a reçue à la partie qui l'a envoyée. De telles conditions ne sont plus compatibles avec la pratique actuelle du commerce international.

27. On pourrait envisager divers moyens législatifs de résoudre les problèmes susmentionnés. L'un d'entre eux, sur lequel la Commission pourrait souhaiter demander une étude plus approfondie, consisterait à se servir de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international pour interpréter la Convention de New York. Il serait peut-être nécessaire, pour ce faire, d'apporter des modifications ou des ajouts au texte actuel de la Loi type, auquel cas diverses approches pourraient être envisagées.

28. Une de ces approches, qui irait dans le sens de l'évolution récente des législations dans un certain nombre de pays, consisterait à inclure une liste d'instruments ou de cas concrets où des conventions d'arbitrage seraient validées malgré l'absence d'un échange de documents. Une telle liste pourrait inclure, par exemple, les connaissements ou d'autres instruments et les cas susmentionnés.

29. Une solution plus large consisterait à valider les conventions d'arbitrage conclues en l'absence d'un échange de documents lorsque le droit applicable n'imposait aucune condition de forme pour le contrat principal. On pourrait envisager un libellé analogue à une proposition formulée lors de l'élaboration de l'article 7-2 de la Loi type, à savoir: "Il y a également convention d'arbitrage lorsque, dans son offre, sa contre-offre ou sa confirmation de contrat écrites, une partie à un contrat se réfère à des conditions générales — ou utilise une formule de contrat ou un contrat type — contenant une clause compromissoire et que l'autre partie n'émet pas d'objection, à condition que la législation applicable admette la formation de contrats de cette manière[7]." Cette proposition avait été rejetée "car elle soulevait de difficiles problèmes d'interprétation[8]". Toutefois, à l'appui de cette approche, on a proposé à plusieurs occasions, ainsi qu'à la Journée de la Convention de New York en 1998, de modifier l'article 7-2 de manière à élargir la définition de l'écrit (par exemple, pour y englober les cas où des parties concluent un contrat sur la base des conditions types d'une partie avec une clause d'arbitrage qui n'est pas signée par une des parties et sans qu'il y ait échange de documents qui pourraient faire entrer la clause d'arbitrage dans la définition de l'écrit[9]). On peut objecter qu'une partie peut avoir des raisons particulières de refuser telle ou telle disposition, en particulier une disposition aussi importante qu'une renonciation au droit d'engager des poursuites. Toutefois, on peut faire valoir, en réponse à cette objection, que ladite partie a la possibilité de s'opposer à la clause d'arbitrage. Afin de trouver une règle universellement acceptable, il faudra examiner et débattre de nouveau les propositions formulées pendant l'élaboration de la Loi type, et en particulier les diverses solutions adoptées dans les lois nationales récentes.

30. La solution la plus radicale pourrait être de modifier la Loi type afin de prévoir une liberté totale quant à la forme de la convention d'arbitrage. Une telle liberté validerait même les conventions verbales. On peut toutefois objecter que l'autorisation des conventions verbales entraînerait des incertitudes et des litiges.

31. La solution consistant à se baser sur une version éventuellement modifiée de la Loi type pour interpréter l'article II-2 de la Convention de New York (sans modifier ou réviser cette convention) pourrait ne pas assurer une certitude et une uniformité suffisantes, en particulier pour les conventions verbales, que les tribunaux répugneraient vraisemblablement à accepter dans un certain nombre de pays. Une deuxième solution pourrait être de prendre la disposition sur la loi la plus favorable de l'article VII de la Convention. Cette solution ne vaudrait que si l'article II-2 n'était plus considéré comme une règle uniforme établissant non pas la prescription de la forme écrite minimale, mais la prescription de forme maximale. Si l'on considérait que l'article II-2 établissait une règle uniforme, il ne serait possible de faire référence à l'article VII pour assouplir la prescription de forme que si la législation nationale pré-

[6]J.-L. Delvolvé, "Les tiers et l'accord d'arbitrage", *Actes de la Journée de la Convention de New York, supra,* note 1.

[7]Document A/CN.9/WG.II/WP.37 (1982), projet d'article 3.

[8]Document A/CN.9/232 (1982), par. 45.

[9]N. Kaplan, "New developments on written form", *Actes de la Journée de la Convention de New York, supra,* note 1.

voyait un mécanisme complet d'exécution puisque la Convention deviendrait alors inapplicable dans sa totalité[10]. Dans ce cas, il pourrait être nécessaire d'ajouter à la Loi type des dispositions expresses sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales fondées sur des conventions répondant à la prescription de forme assouplie — solution qui devrait être examinée dans le contexte plus large de l'inclusion éventuelle d'un chapitre sur l'exécution. La Commission jugera peut-être approprié d'étudier plus avant les deux interprétations possibles de l'article II-2.

C. Arbitrabilité

32. Dans certains États, c'est uniquement la jurisprudence qui détermine quelles sont les questions commerciales qui sont réservées aux juridictions étatiques, alors que dans d'autres ce sont divers textes législatifs (par exemple, lois antitrusts ou lois sur la concurrence déloyale, les titres, la propriété intellectuelle, droit du travail ou des sociétés). Divers États ont inclus dans leur droit de l'arbitrage une disposition générale allant au-delà de la formule traditionnelle selon laquelle "Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition" afin d'y englober, par exemple, les demandes faisant intervenir un intérêt économique. Les incertitudes et les divergences quant à la définition d'un litige arbitrable peuvent entraîner des difficultés considérables dans la pratique.

33. Une des façons d'aborder le problème peut être de tenter de parvenir à un consensus mondial sur une liste de questions ne se prêtant pas à l'arbitrage. Si cela ne semble pas faisable, on peut alors voir s'il serait souhaitable de s'accorder sur une disposition uniforme énonçant trois ou quatre questions généralement considérées comme non arbitrables et inviter les État membres à énumérer immédiatement après toutes autres questions qu'ils jugent également non arbitrables. Une telle approche, qui a été adoptée dans l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, offrirait l'avantage de la certitude et permettrait un accès aisé aux informations sur ces restrictions.

34. Lorsqu'on recherche la meilleure approche, la plus viable au niveau mondial et celle qui assurerait la certitude et la transparence voulues, on se trouve confronté à un dilemme. Plus la formule est générale, plus grand est le risque potentiel d'interprétations divergentes par les tribunaux des différents États; et plus la liste est détaillée, plus grand est le risque de non-acceptation par les États et, pour autant que la liste soit acceptée, plus grand est le risque de figer des questions et d'empêcher ainsi une évolution qui permette à terme de limiter le nombre de litiges ne se prêtant pas à l'arbitrage. Il semble néanmoins souhaitable de faire une tentative réfléchie dans ce sens puisqu'un échange de vues au niveau international serait à la fois révélateur et utile.

[10]A. J. van den Berg, "The New York Convention: Its Intended Effects, Its Interpretation, Salient Problem Areas", dans (1996) *Association suisse de l'arbitrage*, série spéciale n° 9, p. 25 à 45, extrait p. 44.

D. Immunité de l'État souverain

35. Lorsqu'un particulier entame une procédure arbitrale contre un État, il court le risque que l'État refuse de participer à cette procédure en invoquant l'immunité de l'État souverain. Si, d'autre part, il essaie de faire reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale à l'encontre d'un État, il peut se voir opposer à ce stade l'exception d'immunité souveraine. L'arbitrage ayant pour base une convention, la question qui se pose est celle de savoir si l'État peut invoquer l'immunité lorsqu'il a antérieurement conclu une convention d'arbitrage avec l'autre partie.

1. *Immunité de l'État souverain dans les procédures arbitrales*

a) *Droit international*

36. Un examen de divers instruments internationaux ainsi que des législations de nombreux États montre qu'un État peut conclure une convention d'arbitrage qui le lie ou qu'un État qui accepte de se soumettre à l'arbitrage pour des litiges commerciaux internationaux renonce à son immunité d'État souverain.

37. Un certain nombre d'instruments internationaux et régionaux contiennent une disposition qui contraint les États à reconnaître les conventions d'arbitrage. Ainsi, la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961) prévoit, pour les questions auxquelles elle s'applique, que "les personnes morales qualifiées, par la loi qui leur est applicable, de "personnes morales de droit public" ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage" (article II-1).

38. Par ailleurs, l'article 12-1 de la Convention européenne sur l'immunité des États stipule ce qui suit:

> "Si un État contractant a accepté par écrit de soumettre à l'arbitrage des différends déjà nés ou qui pourraient naître en matière civile ou commerciale, il ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État contractant sur le territoire ou selon la loi duquel l'arbitrage doit avoir ou a eu lieu en ce qui concerne toute action relative:
>
> *a)* à la validité ou l'interprétation de la convention d'arbitrage;
>
> *b)* à la procédure d'arbitrage;
>
> *c)* à l'annulation de la sentence, à moins que la convention d'arbitrage n'en dispose autrement[11]."

39. Des dispositions analogues figurent dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adopté par la Commission du droit interna-

[11]Conseil de l'Europe, Convention européenne sur l'immunité des États et Protocole additionnel fait à Bâle, le 16 mai 1972.

tional en 1991[12], et dans le projet de convention sur l'immunité des États, élaboré par l'Association de droit international[13].

40. On notera également qu'en 1976 le Comité juridique consultatif afro-asiatique avait invité la CNUDCI à envisager la possibilité d'élaborer un protocole qui sera joint en annexe à la Convention de New York, en vue de préciser, notamment, que, "lorsqu'un organisme étatique est partie à une transaction commerciale à l'occasion de laquelle il a été conclu une convention d'arbitrage, il ne devrait pas pouvoir invoquer l'immunité attachée à la souveraineté de l'État intéressé pour éviter qu'un litige soit soumis à l'arbitrage conformément à ladite convention[14]".

b) *Lois nationales*

41. C'est dans les années 70 que les parlements nationaux ont pour la première fois tenté de codifier les règles sur l'immunité de l'État souverain, et, depuis, plusieurs États ont adopté une législation sur la question. Certains ont promulgué des lois qui contiennent des dispositions analogues à celles des instruments internationaux susmentionnés. D'autres sont parvenus au même résultat en prévoyant qu'un État étranger jouit de l'immunité de juridiction dans l'État législateur, sauf dans certains cas, soit, par exemple, lorsque l'État étranger a conclu une convention d'arbitrage. Dans certaines législations, si une partie à une convention d'arbitrage est un État, celui-ci ne peut se fonder sur sa propre législation pour contester sa capacité à être partie à un arbitrage ou l'arbitrabilité d'un litige couvert par la convention d'arbitrage. Dans d'autres États encore, les règles sur l'immunité de l'État souverain ont évolué par le biais de la jurisprudence.

[12]Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session (1991), *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément n° 10* (A/46/10). L'article 17 stipule ce qui suit:

"Si un État conclut par écrit un accord avec une personne physique ou morale étrangère afin de soumettre à l'arbitrage des contestations relatives à une transaction commerciale, cet État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant:

a) à la validité ou à l'interprétation de l'accord d'arbitrage;

b) à la procédure d'arbitrage; ou

c) à l'annulation de la sentence arbitrale;

à moins que l'accord d'arbitrage n'en dispose autrement."

[13]Reproduit dans (1983) 22 *International Legal Materials* 287. L'article III est rédigé comme suit:

"2. Une renonciation peut être tacitement acceptée, notamment:

b) par accord écrit de soumettre un litige qui est survenu, ou pourrait survenir, à l'arbitrage de l'État du for ou d'un certain nombre d'États qui peuvent inclure l'État du for. Dans ce cas, un État étranger ne jouit pas de l'immunité devant un tribunal de l'État du for pour une procédure qui se rapporte:

i) à la constitution ou à la nomination du tribunal arbitral; ou

ii) à la validité, ou à l'interprétation de la convention d'arbitrage ou de la sentence arbitrale; ou

iii) à la procédure arbitrale; ou

iv) à l'annulation de la sentence."

[14]A/CN.9/127, *Annuaire de la CNUDCI*, volume VIII: 1977, deuxième partie, III, annexe, par. 3 *c*.

2. *Immunité de l'État souverain dans l'exécution des sentences arbitrales*

a) *Droit international*

42. Un demandeur qui a obtenu une sentence arbitrale contre un État peut se voir opposer l'immunité de l'État souverain lorsqu'il cherche à faire exécuter cette sentence.

43. S'agissant de la Convention de New York, qui prévoit une obligation générale de reconnaître la force exécutoire des sentences arbitrales étrangères, certains commentateurs sont d'avis que le texte et les travaux préparatoires étayeraient la position selon laquelle un État qui a accepté de soumettre un litige à l'arbitrage est tenu de respecter la sentence arbitrale qui a été rendue et ne peut invoquer l'immunité.

44. La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 1965) préserve expressément l'immunité de l'État souverain en dépit de l'obligation faite aux États de reconnaître la force obligatoire des sentences rendues en vertu de la Convention et de les exécuter. L'article 54-1 de cette Convention prévoit ce qui suit:

> "1. Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État..."

Toutefois, l'article 55 prévoit ce qui suit:

> "Aucune disposition de l'article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un État contractant concernant l'immunité d'exécution dudit État ou d'un État étranger."

45. De l'avis de certains, si le principe généralement accepté est que, en devenant partie à une convention d'arbitrage, un État étranger a renoncé à tout droit d'invoquer l'immunité souveraine, alors une telle renonciation doit aussi s'étendre à l'exécution de la sentence arbitrale. Sinon, pourquoi appliquer le principe de la renonciation à engager une procédure arbitrale si l'État contre lequel la sentence est rendue peut ensuite se soustraire à la procédure d'exécution en invoquant de nouveau l'immunité de l'État souverain? D'autres estiment que le refus par un État étranger d'exécuter une sentence arbitrale constitue un acte séparé dudit État, si bien que ce dernier peut invoquer à nouveau ou pour la première fois l'immunité souveraine comme moyen de défense contre la procédure d'exécution.

46. La plupart des systèmes juridiques nationaux établissent une distinction entre la renonciation à l'immunité de juridiction et la renonciation à l'immunité d'exécution. En conséquence, dans certains cas, le fait qu'un État accepte de se soumettre à l'arbitrage n'implique pas automatiquement qu'il accepte l'exercice de la juridiction du tribunal de l'État où l'exécution est demandée, ni qu'il accepte l'exécution. La condition de consentement exprès est énoncée dans les articles 7 et 18-2 du projet d'articles de la Commission du droit international sur les immunités

juridictionnelles des États et de leurs biens, où il est précisé que l'on considère qu'il y a eu renonciation à l'immunité souveraine si l'État a donné son consentement à l'exercice de la juridiction ainsi que son consentement à l'exécution[15].

47. Il est aussi possible d'exclure l'immunité de l'État souverain comme moyen de défense dans la procédure d'exécution lorsque le bien qui doit être saisi du fait de l'exécution est un bien qui est utilisé par l'État étranger dans des activités commerciales. Cette exception est prévue au paragraphe 1 du projet d'article 18 de la Commission du droit international, reproduit ci-après[16]. Le projet d'articles précise également certaines catégories de biens qui ne peuvent être saisis[17].

Article 18-1

"1. Aucune mesure de contrainte, telle que saisie, saisie-arrêt et saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un État en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre État excepté si et dans la mesure où:

a) l'État y a expressément consenti ainsi qu'il est indiqué:

(i) par accord international;

(ii) par un accord d'arbitrage ou dans un contrat écrit;

(iii) par une déclaration devant le tribunal ou par une communication écrite faite après qu'un différend a surgi entre les parties;

b) l'État a réservé ou affecté des biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure; ou

c) les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales et sont situés sur le territoire de l'État du for, et ont un lien avec la demande qui fait l'objet de cette procédure ou avec l'organisme ou l'institution contre lesquels la procédure a été intentée."

b) *Lois nationales*

48. Rares sont les États qui ont adopté des dispositions d'exécution spécifiques aux sentences arbitrales. Ainsi, on peut lire dans une loi que, lorsqu'un État étranger est partie à une convention d'arbitrage, cet État ne peut invoquer l'immunité dans une procédure d'exécution d'une sentence rendue à la suite de l'arbitrage. Selon la loi d'un autre État, le demandeur ne peut faire saisir un bien d'un État étranger pour faire exécuter une sentence arbitrale sauf si cet État y a consenti ou si le bien est utilisé ou est destiné à être utilisé à des fins commerciales.

49. Le plus souvent, les lois nationales réglementent l'exécution des jugements en général, sans référence particulière aux sentences arbitrales. Les approches suivies sont fondées normalement sur deux théories. La première est la théorie de l'interdiction absolue, qui interdit la saisie de tous biens d'un État étranger sans le consentement de ce dernier. La seconde, à savoir la théorie de l'interdiction restreinte, qui interdit la saisie dans des cas plus restreints est celle sur laquelle se fonde l'approche la plus courante et la plus récente. Les modalités d'application, toutefois, varient. Dans certains systèmes juridiques, l'"État" est défini au sens étroit du terme, ce qui exclut les entités publiques commerciales ou les entités publiques ayant des activités commerciales. La plupart des législations excluent également l'immunité lorsque l'État a donné son consentement à l'exécution ou à la saisie, et dans certaines lois un tel consentement est interprété comme couvrant une renonciation tacite aussi bien qu'expresse. Certains États n'autorisent pas l'exécution contre des biens d'un État étranger situés dans l'État où l'exécution est demandée, sauf s'il existe un lien juridictionnel suffisant. D'autres États exigent un lien entre le bien qui doit être saisi et la demande. La plupart acceptent que certaines catégories de biens publics ne puissent être saisis, lesdites catégories étant analogues à celles de l'article 19 du projet d'articles de la Commission du droit international susmentionné.

3. *Conclusion*

50. Compte tenu du fait que la Commission du droit international continue d'étudier la question de l'immunité de l'État souverain et que l'Assemblée générale a décidé de créer un groupe de travail de la Sixième Commission chargé d'examiner les questions de fond restant à régler concernant le projet d'articles de la Commission du droit international à sa cinquante-quatrième session, au début de 1999[18], la Commission souhaitera peut-être demander au secrétariat de suivre ces travaux et de lui faire rapport sur leurs résultats.

---

[15]Le projet d'article 7 est rédigé comme suit:

"1. Un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure devant un tribunal d'un autre État à l'égard d'une matière ou d'une affaire s'il a consenti expressément à l'exercice de la juridiction de ce tribunal à l'égard de cette matière ou de cette affaire:

a) par accord international;

b) dans un contrat écrit; ou

c) par une déclaration devant le tribunal ou une communication écrite dans une procédure déterminée.

2. L'accord donné dans un État pour l'application de la loi d'un autre État n'est pas réputé valoir consentement à l'exercice de la juridiction des tribunaux de cet autre État."

Le paragraphe 2 du projet d'article 18 se lit comme suit:

"2. Le consentement à l'exercice de la juridiction visé à l'article 7 n'implique pas consentement à l'adoption de mesures de contrainte aux termes du paragraphe 1, pour lesquelles un consentement distinct est nécessaire."

[16]Cette exception découle du principe général qu'une entité publique qui a une activité commerciale, par opposition à une activité publique, ne jouit pas de l'immunité de poursuites. Plusieurs instruments internationaux contiennent des dispositions à cet effet (par exemple, l'article 7-1 de la Convention européenne sur l'immunité des États). Une telle disposition est aussi courante dans les lois nationales et de nombreux textes de jurisprudence évoquent les moyens d'établir une différence entre "activité publique" et "activité commerciale".

[17]Les catégories de biens ne pouvant être saisis, qui sont énoncées à l'article 19, sont les suivantes: biens utilisés ou destinés à être utilisés aux fins des diverses missions diplomatiques de l'État, ou à des fins militaires; biens de la banque centrale ou d'une autorité analogue; biens faisant partie du patrimoine culturel de l'État ou faisant partie d'une exposition d'objets d'intérêt scientifique, culturel ou historique.

[18]Résolution 53/98 de l'Assemblée générale, Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (20 janvier 1999).

E. Jonction de plusieurs instances arbitrales

51. Il est parfois souhaitable de joindre dans une seule procédure arbitrale plusieurs affaires fondées sur des conventions d'arbitrage différentes. On ne prendra ici en considération que les cas où les procédures pouvant faire l'objet d'une jonction ont lieu ou doivent avoir lieu dans le même État. Bien qu'il puisse être parfois souhaitable de procéder également à une jonction lorsque les procédures arbitrales ont lieu dans des États différents, ces cas soulèvent des problèmes supplémentaires de coopération internationale entre les tribunaux nationaux, qui dépassent le cadre du présent exposé.

52. Une jonction peut être jugée souhaitable dans diverses situations. Les plus courantes sont celles où plusieurs arbitrages découlent des mêmes faits ou font intervenir les mêmes parties. On peut citer à cet égard le cas où il existe une convention d'arbitrage entre l'acheteur d'une installation industrielle et son entrepreneur général et une autre convention d'arbitrage entre l'entrepreneur général et les divers sous-traitants de ce dernier, à laquelle l'acheteur n'est pas partie. Un litige soumis à un arbitrage entre certaines des parties entraîne souvent un arbitrage entre les autres parties. Dans un tel cas, une ou plusieurs parties peuvent souhaiter une jonction de ces procédures arbitrales liées entre elles.

53. Une jonction offre notamment pour avantage d'éviter des décisions contradictoires. En effet, lorsque plusieurs tribunaux arbitraux délibèrent sur des questions découlant d'un même ensemble de faits, il peut arriver que chacun parvienne à une conclusion différente. Dans l'exemple donné ci-dessus, si les parties demandaient un arbitrage séparément en cas de problème dans une installation en cours de construction, on peut concevoir qu'un tribunal estime que l'entrepreneur général n'est pas responsable et qu'un autre juge qu'aucun des sous-traitants n'est responsable. Pourtant, les faits peuvent montrer que l'acheteur de l'installation industrielle est en droit d'obtenir un dédommagement d'au moins l'une des parties. Une jonction peut également favoriser l'efficacité. En effet, en prévoyant la possibilité de faire comparaître toutes les parties et leurs témoins-experts devant un seul tribunal arbitral qui examinerait l'ensemble des éléments de preuve, on peut éviter les chevauchements, réduire les coûts et faire économiser du temps à tout le monde.

54. Il convient de noter qu'il existe une importante différence entre les cas où les parties sont convenues d'une jonction soit dans la convention d'arbitrage, soit d'une autre manière, et ceux où elles ne l'ont pas fait. Dans le premier cas, les parties peuvent avoir besoin d'une aide pour appliquer la convention; par exemple, les conditions de la jonction peuvent ne pas avoir été précisées, les parties peuvent être dans l'impossibilité de s'accorder sur le choix du tribunal ou se trouver dans une impasse pour d'autres questions. D'un autre côté, une des parties ou plus peuvent ne pas souhaiter que les litiges qui sont liés entre eux soient examinés dans le cadre d'une procédure unique (par exemple, afin de préserver la confidentialité ou pour des raisons de tactique procédurale). Il peut ainsi arriver que, dans certains cas, les multiples parties concernées conviennent que les différents litiges feront l'objet d'une procédure commune alors que dans d'autres il n'y aura pas d'accord dans ce sens.

55. Certains estiment qu'au niveau législatif le seul objectif devrait être de faciliter l'application des conventions de jonction d'instances. D'autres pensent qu'il faudrait aller plus loin et autoriser, dans la loi, les tribunaux à ordonner une jonction lorsqu'à leur avis celle-ci semble appropriée même en l'absence de convention entre les parties.

1. *Solutions législatives actuelles*

56. Lorsqu'on examine la législation actuelle, on constate qu'aucun instrument international applicable à l'arbitrage international ne traite la question de l'habilitation d'une autorité compétente à ordonner une jonction. À l'époque de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, chacun s'accordait à penser que cette loi ne devait pas traiter les problèmes de jonction dans les litiges multipartites. Tout le monde pensait certes que les parties étaient libres de conclure des conventions de jonction si elles le souhaitaient, mais le Groupe de travail était d'avis qu'il n'était pas réellement nécessaire d'inclure une disposition sur le sujet dans la Loi type[19].

a) *Habilitation à ordonner une jonction sans l'accord des parties*

57. Dans les lois nationales examinées qui traitent la question de la jonction, on a relevé uniquement deux cas où la loi habilite le tribunal étatique à ordonner une jonction, même si toutes les parties concernées ne sont pas convenues de cette jonction. Dans l'un des États, l'habilitation à ordonner la jonction s'applique uniquement aux arbitrages nationaux; pour que cette habilitation s'étende aux arbitrages internationaux, les parties doivent d'abord avoir choisi, par convention écrite, d'appliquer le régime interne qui contient les dispositions de jonction sur décision d'un tribunal. Dans l'autre État, les parties peuvent, par convention, choisir d'exclure cette disposition. Une fois que toutes les parties et les arbitres ont eu la possibilité d'exprimer leur opinion sur la demande de jonction faite par une partie, le tribunal étatique peut faire droit entièrement ou partiellement à la demande ou la rejeter. S'il doit y avoir jonction des procédures et si les parties ne peuvent pas s'entendre sur le tribunal ou les règles de procédure, la décision revient à la juridiction étatique.

b) *Habilitation à aider des parties étant convenu d'une jonction des instances*

58. Dans les pays qui ont adopté des dispositions législatives sur la jonction, la démarche la plus usuelle est cependant de favoriser l'autonomie des parties et d'aider celles qui sont déjà convenues de joindre leurs procédures. La

[19]Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa troisième session (1982), A/CN.9/216, *Annuaire de la CNUDCI*, vol. VIII: 1982, deuxième partie, III, A, par. 37.

plupart des lois exigent soit qu'un tel accord ait été expressément indiqué dans la convention d'arbitrage ou d'une autre manière, soit que la demande de jonction soit soumise au consentement de toutes les parties.

59. Dans la plupart des lois examinées, la demande de jonction doit être adressée à une juridiction étatique. Dans certains pays, elle peut être adressée au tribunal ou aux tribunaux arbitraux concernés. Les tribunaux arbitraux saisis peuvent se consulter afin d'assurer la cohérence de leurs décisions de jonction. S'il n'y a pas décision de jonction, ou si les décisions provisoires des tribunaux arbitraux saisis sont contradictoires, toute partie peut s'adresser à la juridiction étatique, qui statuera sur la jonction.

60. La plupart des lois examinées prévoient la possibilité d'ordonner une jonction lorsqu'existe une question commune de droit ou de fait, lorsque les droits à réparation revendiqués découlent de la même opération ou lorsqu'une décision de jonction est souhaitable pour toute autre raison.

2. *Conclusion*

61. La Commission souhaitera peut-être se demander si la question de la jonction des procédures arbitrales est un domaine qui doit être étudié plus avant afin d'envisager l'élaboration de dispositions législatives types. Dans l'affirmative, le secrétariat pourrait être prié d'étudier, en particulier, ce que prévoient les lois nationales en matière de jonction ainsi que d'autres questions, notamment les suivantes: doit-il y avoir reconnaissance dans la loi de la force exécutoire des conventions de jonction; les tribunaux arbitraux et les tribunaux étatiques doivent-ils être spécifiquement habilités à faciliter la jonction de conventions d'arbitrage liées entre elles, avec le consentement des parties, pour des questions telles que le choix du tribunal arbitral qui restera saisi, les conditions de la jonction et les procédures applicables; et les tribunaux concernés devraient-ils être spécifiquement habilités à se concerter sur ces questions?

F. Confidentialité de l'information dans les procédures arbitrales

62. Ces dernières années, la question de la confidentialité des procédures arbitrales a donné lieu à un vaste débat au plan international — suscité en partie par la décision de la Haute Cour australienne dans l'affaire Esso contre Plowman[20] — qui a conduit à la constatation que les besoins des parties en matière de confidentialité des procédures n'étaient peut-être pas suffisamment pris en compte dans les règlements d'arbitrage ou les lois nationales relatives à l'arbitrage. Auparavant, on supposait en général que, si le caractère privé de la procédure arbitrale était protégé, notamment par les dispositions des règles de procédure, la confidentialité était également protégée. C'est pourquoi la confidentialité n'était pas expressément abordée ni dans les règlements d'arbitrage ni dans le droit national. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, par exemple, dispose que l'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties, et que la sentence ne peut être publiée qu'avec le consentement des deux parties. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, en revanche, ne traite ni du caractère privé de la procédure ni de la confidentialité.

63. Si le fait d'assurer le caractère privé de la procédure ne garantit pas nécessairement la confidentialité, il contribue du moins à limiter le nombre des personnes qui ont accès aux audiences. Les règlements d'arbitrage abordent en général la question du caractère privé des procédures. Si, de plus en plus, ces règlements traitent également de la question de la confidentialité et si la jurisprudence de quelques juridictions reconnaît expressément que la confidentialité est une condition implicite de la convention d'arbitrage, en général la confidentialité n'est pas évoquée dans le droit national, sauf dans de très rares cas. Si la confidentialité est expressément protégée, il n'existe pas d'approche unique de l'étendue de l'obligation de confidentialité pour ce qui est des informations devant être traitées comme confidentielles, des personnes auxquelles s'applique l'obligation, ou des exceptions autorisées à l'interdiction de divulguer et de communiquer des données.

1. *Dispositions actuelles régissant la confidentialité*

64. Une étude des règlements d'arbitrage et des très rares lois nationales qui abordent la confidentialité fait apparaître la diversité des approches retenues. Ainsi, dans certains cas, en formulant une disposition de confidentialité susceptible de s'appliquer à toutes les situations, a-t-on adopté une disposition générale selon laquelle la documentation établie pour un arbitrage ou produite par cet arbitrage ne pouvait être divulguée à des tiers sans le consentement de l'autre partie ou l'autorisation du tribunal. Dans d'autres cas, on a retenu une disposition plus détaillée qui intègre les paramètres du devoir de confidentialité, notamment: i) les documents ou informations qui doivent rester confidentiels; ii) les personnes auxquelles le devoir de confidentialité doit s'étendre et comment ce devoir doit s'exercer; et iii) les exceptions autorisées à l'interdiction de divulguer et de communiquer des données.

65. S'agissant des documents ou des informations qui doivent rester confidentiels, certaines dispositions donnent une description générale de faits ou autres informations touchant le litige ou la procédure d'arbitrage. D'autres dispositions adoptent une description plus spécifique de l'information à prendre en compte et incluent diverses catégories d'information auxquelles est accordé un traitement différent. Ces catégories renvoient, par exemple, aux dépositions faites par une partie ou un témoin; aux arguments écrits et oraux; au fait que l'arbitrage a lieu; à l'identité des arbitres; au contenu de la sentence; aux communications entre les parties elles-mêmes ou leurs conseils avant ou pendant l'arbitrage; et aux informations par nature confidentielles, comme les secrets commerciaux et les informations commerciales confidentielles.

[20](1995) 183 Commonwealth Law Reports 10; voir également *Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard* P/L (1995) 36 New South Wales Law Reports 662.

66. S'agissant des personnes auxquelles s'étend le devoir de confidentialité, sont visés notamment les arbitres; le personnel de l'institution d'arbitrage, lorsqu'il s'agit d'une institution; les parties et leurs agents; les témoins, y compris les experts; les conseils et les conseillers. Dans la mesure où le devoir de confidentialité ne peut peut-être pas s'appliquer à toutes ces personnes de la même manière, selon certaines dispositions, les arbitres et les représentants des parties, et éventuellement les témoins, doivent signer un accord de confidentialité. Selon d'autres dispositions concernant les témoins il faut que la partie qui cite le témoin garantisse que ce dernier observera le même degré de confidentialité que celui exigé de la partie intéressée. Certaines dispositions portent également sur la période pendant laquelle le devoir de confidentialité continue de s'exercer.

67. Dans certaines circonstances, la divulgation des informations est autorisée, notamment lorsque les parties consentent à cette divulgation; lorsque l'information relève du domaine public; lorsque la divulgation est exigée par la loi ou par un organisme réglementaire; lorsqu'il est raisonnablement nécessaire de protéger les intérêts légitimes d'une partie; et lorsqu'il y va de l'intérêt de la justice ou du public. Si l'étendue de certaines de ces exceptions peut faire l'objet d'une définition et d'une application claires et précises pour d'autres, comme la divulgation d'informations "dans l'intérêt du public", on considère en général qu'elles méritent un examen attentif. On a estimé, par exemple, qu'il faudrait peut-être établir un équilibre entre l'intérêt réel du public dans l'information en question et la menace de divulgation d'informations commercialement sensibles comme moyen de pression sur une partie pour régler le litige.

68. Certaines dispositions portent également sur les conditions spéciales liées à la divulgation d'informations en fonction du moment auquel intervient cette divulgation. Si les informations doivent être divulguées, par exemple, pendant la procédure d'arbitrage, il faut, selon certaines dispositions qu'il soit donné notification de cette divulgation au tribunal arbitral et à l'autre partie. Lorsque la divulgation intervient une fois l'arbitrage terminé, il peut suffire d'en aviser uniquement l'autre partie.

69. Nonobstant les dispositions qui protègent la confidentialité de la sentence arbitrale, certaines règles institutionnelles prévoient une disposition autorisant la publication de statistiques agrégées ou même l'accès à des informations sur telle ou telle procédure, sous réserve que les informations divulguées ne permettent pas d'identifier telle ou telle partie ou circonstance. Le consentement de l'institution concernée est normalement requis.

2. *Conclusion*

70. La protection actuelle n'est peut-être pas suffisante, mais les opinions divergent sur la manière de garantir la confidentialité des procédures arbitrales. Selon certains, la difficulté de définir le champ d'application d'un devoir général de confidentialité fait qu'il n'est guère aisé d'aborder la question. D'autres, y compris la Haute Cour australienne dans l'affaire Esso contre Plowman, estiment que les parties à un arbitrage peuvent expressément stipuler dans leur convention d'arbitrage des niveaux absolus ou particuliers de confidentialité. D'autres encore considèrent que les règlements d'arbitrage devraient renfermer des dispositions sur la confidentialité, mais certains sont d'avis qu'il serait peut-être nécessaire d'établir une disposition législative type. Dans tous ces cas, l'accent a été mis sur l'importance, pour l'arbitrage commercial international, de l'uniformité de traitement et d'une application universelle.

71. La Commission souhaitera peut-être voir si la question de la confidentialité doit être examinée plus à fond et, en particulier, si une plus grande protection est nécessaire sous forme d'une disposition législative type. Dans l'affirmative, le secrétariat pourrait être prié d'étudier les possibilités de protéger la confidentialité et, en particulier, l'étendue de la protection qu'il pourrait être nécessaire d'accorder en ce qui concerne, par exemple, les documents ou informations qui doivent rester confidentiels, les personnes auxquelles le devoir de confidentialité doit s'étendre et la manière dont ce devoir doit s'exercer, et les exceptions autorisées à l'interdiction de divulguer et de communiquer des données.

G. Demandes aux fins de compensation

72. Il arrive souvent dans la pratique arbitrale que le défendeur, dans sa réponse au demandeur, non seulement énonce ses défenses à propos des indications figurant dans la requête, mais invoque aussi une requête présentée par lui-même contre le demandeur. Il peut le faire de deux manières. Premièrement, il peut présenter une demande reconventionnelle que le tribunal arbitral doit traiter essentiellement de la même manière que s'il s'agissait d'une demande originaire du demandeur et sur laquelle il doit rendre une décision indépendante de la décision concernant la demande présentée par le demandeur, et quel que soit le résultat auquel aboutit cette dernière. Par exemple, si la demande présentée par le demandeur est rejetée, le tribunal arbitral est-il encore appelé à statuer sur la demande reconventionnelle.

73. En second lieu, le défendeur peut invoquer sa demande non comme une demande reconventionnelle, mais comme un moyen de défense aux fins de compensation. Dans ce cas, il doit être statué sur le moyen de défense, pour autant qu'il soit recevable, uniquement si et dans la mesure où la demande présentée par le demandeur est fondée. Si elle ne l'est pas, le tribunal arbitral n'a pas à l'examiner.

74. Une question qui se pose souvent dans la pratique est de savoir dans quelles conditions le tribunal arbitral peut prendre en considération un droit litigieux invoqué comme moyen de compensation. La question qui a donné lieu à des réponses divergentes et à des controverses est celle de savoir si le tribunal arbitral est compétent pour examiner les mérites d'une demande présentée aux fins de compensation, si cette dernière n'est pas couverte par la convention d'arbitrage portant sur la demande principale (mais peut l'être par une convention d'arbitrage différente ou ne faire l'objet d'aucune convention d'arbitrage).

1. *Solutions actuelles*

75. Cette question peut être réglée par convention entre les parties. Certains règlements d'arbitrage autorisent le tribunal arbitral à examiner les demandes aux fins de compensation même si celles-ci ne sont pas visées par la convention d'arbitrage portant sur la demande principale. Par exemple, l'article 27 du Règlement d'arbitrage international de la Chambre de commerce de Zurich (1989) dispose que le tribunal arbitral a également compétence pour connaître d'une exception de compensation si la demande qui fait l'objet de la compensation ne relève pas de la clause compromissoire, et même s'il existe une autre clause compromissoire ou une clause d'attribution de compétence pour cette demande.

76. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI adopte une position plus restrictive en ce sens que le défendeur peut invoquer un droit comme moyen de compensation si la demande est fondée sur le même contrat (art. 19). Le Règlement n'indique pas expressément que la demande de compensation doit être visée par la même convention d'arbitrage que la demande principale. Si les parties ont modelé la convention d'arbitrage sur le libellé type de clause compromissoire qui apparaît dans la note de bas de page se rapportant à l'article premier du Règlement[21] (et ont, de ce fait, soumis à arbitrage les litiges nés du contrat), la demande principale et le droit invoqué comme moyen de compensation seront visés par la même convention d'arbitrage. Si, par contre, la convention d'arbitrage visant la demande principale ne couvre pas la demande de compensation, se posera la question de savoir, également en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, si le tribunal arbitral est compétent pour connaître de la demande de compensation qui n'est pas visée par la convention d'arbitrage.

77. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international n'aborde pas la question expressément. Le commentaire analytique du projet de texte de la Loi type, qui avait été établi par le secrétariat, part de l'idée que, si le défendeur présente une demande aux fins de compensation (ou une demande reconventionnelle), la demande ne doit pas excéder le champ d'application de la convention d'arbitrage. Le commentaire ajoute que cette restriction, bien que non expresse, semble aller de soi compte tenu du fait que la compétence du tribunal arbitral est fondée sur cette convention et s'inscrit dans les limites qu'elle définit[22].

78. Depuis, on a exprimé l'avis que la compétence du tribunal arbitral pour connaître des demandes présentées aux fins de compensation devrait dans certaines conditions s'étendre au-delà des limites du contrat sur lequel se fonde la demande principale. Les raisons invoquées sont l'efficacité de la procédure et l'intérêt d'éliminer les litiges entre les parties. Ces raisons sont censées avoir un certain poids, en particulier lorsque les deux parties sont des commerçants ou lorsque la demande principale et le droit invoqué comme moyen de compensation se fondent sur des contrats à caractère économique.

2. *Conclusion*

79. La Commission voudra peut-être réfléchir à l'opportunité d'une étude plus approfondie de ce problème. Les questions à traiter pourraient être, par exemple, les suivantes: la compétence du tribunal arbitral pour connaître des demandes présentées aux fins de compensation peut-elle être traitée dans les règlements d'arbitrage ou une disposition législative appropriée serait-elle souhaitable?

H. Décisions prises par des tribunaux arbitraux incomplets

80. Il découle des lois et règlements d'arbitrage que les arbitres, lorsqu'ils ont accepté d'intervenir en cette qualité, ont le droit et le devoir de participer à la procédure et aux délibérations du tribunal arbitral et de signer la sentence arbitrale. Un tel droit et un tel devoir sont également implicites ou expressément stipulés dans l'accord en vertu duquel l'arbitre accepte sa nomination.

81. Il arrive parfois qu'un arbitre, en particulier lorsqu'il est désigné par une partie, démissionne ou refuse de participer à la procédure ou aux délibérations du tribunal arbitral. La plupart des lois et règlements d'arbitrage nationaux comportent des dispositions concernant cette situation. En général, il est stipulé que lorsque l'arbitre ne s'acquitte pas de ses fonctions un arbitre remplaçant doit être nommé; habituellement, il est prévu que les règles régissant la nomination de l'arbitre remplaçant sont les règles applicables à la nomination de l'arbitre qui est remplacé (par exemple, voir le paragraphe 1 de l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international).

82. Quelles que soient les raisons de la démission ou de la carence de l'arbitre, cette situation, ainsi que la nomination d'un arbitre remplaçant risquent de provoquer des retards, des dépenses supplémentaires et d'autres désagréments. L'accroissement sensible des dépenses et des délais s'explique notamment par le fait qu'il peut être nécessaire de répéter la procédure orale qui a eu lieu avant la nomination du remplaçant (voir, par exemple, l'article 14 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI).

83. La situation est particulièrement problématique lorsque la démission d'un arbitre ou son refus de coopérer interviennent vers la fin de la procédure et que les motifs invoqués paraissent sans justification aux deux autres arbitres ou à l'institution d'arbitrage qui administre l'affaire. Dans la mesure où la procédure arbitrale risque d'être perturbée, les affaires dans lesquelles la démission ou le refus de coopérer ont pour origine une collusion entre une partie et l'arbitre nommé par cette partie sont une source particulière de préoccupation. Une telle collusion peut être motivée

[21] La partie pertinente du libellé type de clause compromissoire se lit comme suit: "Tout litige, controverse ou réclamation né du *présent contrat* ou se rapportant au *présent contrat* ... sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur" (soulignage rajouté).

[22] Document A/CN.9/264, *Annuaire de la CNUDCI*, volume XVI: 1985, deuxième partie, I, B, commentaire sur le projet d'article 23, par. 5 et 8.

par le désir de retarder l'affaire, de contrarier la procédure et donc de priver l'autre partie de ses droits légitimes en vertu de la convention d'arbitrage.

84. La carence de l'arbitre peut engager sa responsabilité pour manquement à ses obligations contractuelles ou réglementaires. Une telle responsabilité est un problème entre la partie lésée et l'arbitre et est extérieur au litige examiné dans le cadre de l'arbitrage où il y a eu carence de l'arbitre. Si la situation donne lieu à un litige, celui-ci sera normalement tranché par un tribunal étatique, à moins qu'il n'existe une convention d'arbitrage entre l'arbitre et la partie qui a engagé une action contre.

85. Nonobstant cette responsabilité de l'arbitre, la carence de ce dernier peut également être abordée dans le cadre de la procédure arbitrale à laquelle il cesse de participer. En règle générale, le problème n'est pas grave lorsque le refus de coopérer intervient après que le tribunal arbitral a terminé ses délibérations sur le fond de la sentence et lorsque l'absence de coopération se limite au refus de signer la sentence. La solution généralement acceptée dans le droit et dans les règlements d'arbitrage est que les signatures de la majorité des membres du tribunal arbitral suffisent pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission des autres (par. 1 de l'article 31 de la Loi type de la CNUDCI; une disposition analogue est énoncée, par exemple, au paragraphe 4 de l'article 32 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI).

86. La question qui, ces dernières années, a donné lieu à des débats animés parmi les praticiens est celle de savoir si, lorsqu'un arbitre démissionne vers la fin de la procédure, alors que peut-être les moyens de preuve ont été présentés et les arguments entendus, les deux autres arbitres sont autorisés à mener à terme la procédure et à rendre une sentence[23]. Les décisions ainsi prises par les deux arbitres restants sont souvent qualifiées de décisions prises par un "tribunal incomplet".

87. Dans les débats auxquels cette question a donné lieu, on a fréquemment exprimé l'avis que, aussi bien dans les pays de droit romain que dans les pays de *common law*, les juridictions étatiques respecteraient les sentences rendues par des tribunaux incomplets si les parties étaient convenues d'une telle procédure. En outre, il a été indiqué que des parties prudentes, souhaitant éviter des difficultés, choisiraient un règlement permettant à deux arbitres de poursuivre la procédure et de rendre une sentence, en l'absence du troisième arbitre, lorsque la majorité estime que cette façon de procéder est dans l'intérêt d'un arbitrage équitable et cohérent. On a également fait valoir qu'il serait difficile d'imaginer que, même en l'absence d'une convention ou d'une règle expresse, un tribunal moderne, dans un État ayant par ailleurs pour règle d'appuyer la pratique de l'arbitrage commercial international, puisse invalider une sentence rendue par une majorité des arbitres au motif qu'un arbitre désigné par une partie, cherchant à faire échouer l'arbitrage, a décidé d'être absent à un moment avancé de la procédure ou a refusé de participer aux délibérations ou de signer la sentence. Cette opinion s'appuie sur l'hypothèse que, lorsque les lois nationales font état de la participation de trois arbitres, on devrait estimer qu'il a été satisfait aux dispositions pertinentes lorsque les trois arbitres ont eu la possibilité, dans les conditions d'équité et d'égalité voulues, de participer à la procédure. On a également émis l'avis que, sur le plan pratique, dès lors qu'il était clair qu'un arbitre désigné par une partie ne pouvait pas parvenir à empêcher le prononcé d'une sentence en se tenant à l'écart de la procédure ou des délibérations, il y avait des chances pour que le problème sous-jacent cesse d'exister[24]. Des opinions différentes ont également été exprimées pour mettre en garde contre toute mesure législative tendant à autoriser un tribunal incomplet à prendre une décision à sa discrétion. On a fait valoir qu'une partie ne devrait pas être tenue responsable de l'inconduite de l'arbitre désigné par elle et que le pouvoir discrétionnaire de poursuivre la procédure avec un tribunal incomplet risquait de soulever des problèmes quand, après la démission d'un arbitre, les deux autres agissaient abusivement dans l'intérêt de l'une des parties.

1. *Solutions actuelles de caractère législatif et non législatif*

88. À la lumière de ces débats, certaines institutions arbitrales ont adopté des règlements qui déterminent les conditions dans lesquelles un tribunal incomplet peut valablement poursuivre la procédure et rendre une sentence. Par exemple, l'article 11 des *International Arbitration Rules* (Règlement d'arbitrage international) de l'American Arbitration Association (1991) est ainsi libellé:

> "1. Si un arbitre, dans un tribunal composé de trois arbitres, ne participe pas à l'arbitrage, les deux autres arbitres ont le pouvoir, à leur seule discrétion, de poursuivre l'arbitrage et de prendre toute décision ou de rendre toute sentence, nonobstant la carence du troisième arbitre. Pour déterminer s'il convient de poursuivre l'arbitrage ou de rendre une décision ou une sentence sans la participation d'un arbitre, les deux autres arbitres tiennent compte du stade de l'arbitrage, du motif donné, le cas échéant, par le troisième arbitre pour expliquer sa non-participation, et de toutes autres questions qu'ils jugent appropriées compte tenu des circonstances de l'affaire. Dans le cas où les deux autres arbitres décident de ne pas poursuivre l'arbitrage sans la participation du troisième arbitre, l'administrateur, sur la foi d'éléments de preuve de nature à lui donner satisfaction, déclare le poste vacant et un arbitre remplaçant est nommé conformément aux dispositions de l'article 6, sauf convention contraire des parties.
>
> 2. Si un arbitre remplaçant est nommé, le tribunal détermine à sa seule discrétion si la procédure orale qui a déjà eu lieu doit être répétée en totalité ou en partie."

89. Des dispositions ayant essentiellement la même teneur ont été incorporées dans d'autres ensembles de règles d'arbitrage international, comme *The Permanent Court of*

[23]Voir, par exemple, le dixième Congrès sur l'arbitrage international, Stockholm, 28-31 mai 1990. Actes du Congrès: ICCA *Congress series n° 5, International Council for Commercial Arbitration* (Conseil international pour l'arbitrage international), *I. Preventing delay and disruption of arbitration, II. Effective proceedings in construction cases*, General Editor Albert Jan van den Berg, p. 26.

[24]Ibid., p. 28 et 29.

Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between two Parties of which only one is a State (1993), (par. 3 de l'article 13) et le Règlement d'arbitrage de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) [1994], (article 32).

90. La question a été abordée dans quelques lois nationales relatives à l'arbitrage. Certaines d'entre elles ont retenu sur le fond les solutions susmentionnées. D'autres sont plus restrictives. Ainsi, tout en reconnaissant dans le principe la liberté des parties de convenir de la manière dont les décisions prises par des tribunaux incomplets doivent être traitées, elles limitent la possibilité des parties d'accorder aux arbitres restants l'autorisation de poursuivre la procédure en l'absence de l'arbitre défaillant aux affaires où ce dernier refuse de participer au vote sur une décision. Par ailleurs, les parties doivent être préalablement avisées de l'intention de rendre une sentence sans l'arbitre qui refuse de participer au vote. S'agissant d'autres décisions, il est prévu que les parties doivent être uniquement informées, une fois la décision prise, du fait que l'arbitre a refusé de participer au vote.

2. *Conclusion*

91. La Commission voudra peut-être examiner les conséquences préjudiciables que peut avoir, pour la pratique de l'arbitrage commercial international, le retrait d'arbitres de mauvaise foi de la procédure arbitrale. Dans ce contexte, elle pourrait notamment aborder les questions suivantes: *a)* mesure dans laquelle les parties devraient pouvoir, par convention, mettre hors de doute la validité d'une sentence prononcée par un tribunal incomplet; *b)* opportunité pour la Commission de formuler une solution type pour une convention entre les parties sur les décisions prises par des tribunaux incomplets; *c)* opportunité de traiter cette question dans les lois relatives à l'arbitrage commercial international et, dans l'affirmative, d'envisager l'élaboration, par la Commission, d'une solution type d'ordre législatif. Si la Commission décide que cette question doit être approfondie, elle voudra peut-être demander au secrétariat de réaliser une étude dans laquelle seraient énoncées diverses solutions envisageables qu'elle pourrait examiner.

I. Responsabilité des arbitres

92. Lors des travaux préparatoires de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, il y avait eu consensus sur le fait que la responsabilité des arbitres ne pouvait pas être traitée de manière appropriée dans la Loi type[25].

93. Les lois nationales sur l'arbitrage, y compris un certain nombre de lois incorporant la Loi type, ont ajouté des dispositions traitant de la responsabilité de l'arbitre. Ces dispositions diffèrent sur la question de savoir si les arbitres doivent bénéficier d'une exonération de responsabilité professionnelle, et sur les paramètres de cette exonération. On relève une tendance parmi les juridictions de *common law* à assimiler les arbitres à des juges et à leur accorder une immunité équivalente et, parmi les juridictions de droit romain, à mettre l'accent sur les fonctions contractuelles des arbitres en tant qu'experts. Néanmoins, il existe dans les mêmes familles juridiques des différences très sensibles et l'on ne peut établir de distinction précise entre les conceptions retenues par chacune d'entre elles.

1. *Dispositions législatives actuelles*

94. Quelques lois nationales sur l'arbitrage, dont certaines incorporent la Loi type, renferment des dispositions traitant de l'immunité des arbitres, mais le champ d'application et l'étendue de l'immunité varient sensiblement. Nombre des pays qui ont adopté des dispositions particulières dans leurs lois sur l'arbitrage donnant effet à la Loi type sont des juridictions de *common law*.

95. Certaines des dispositions figurant dans ces lois excluent la responsabilité pour tout acte ou omission en rapport avec l'arbitrage, sauf lorsqu'il est démontré que l'acte ou l'omission sont imputables à la mauvaise foi ou à la malhonnêteté, ou lorsqu'il y a eu faute consciente et délibérée. D'autres dispositions prévoient que l'arbitre n'est pas responsable de négligence pour tout acte commis ou omis en sa qualité d'arbitre. Une exception est parfois prévue pour les cas de fraudes ou de malveillances. Selon une loi, l'arbitre n'est pas responsable des erreurs de droit, de fait ou de procédure commises dans le cours de la procédure arbitrale ou dans le prononcé de la sentence arbitrale. Certaines lois adoptent une démarche opposée en ne cherchant pas à limiter la responsabilité mais en spécifiant qu'un arbitre peut être responsable des pertes subies pour retard ou non-acquittement de ses obligations.

96. Les parties auxquelles l'exonération de responsabilité peut s'appliquer varient sensiblement. Dans certains cas, l'immunité ne s'applique qu'à l'arbitre, alors que dans d'autres elle s'étend à ses salariés et agents, ainsi qu'aux conseillers et aux experts. D'autres lois étendent également l'immunité à ceux qui peuvent intervenir dans la nomination d'un tribunal arbitral et à ceux qui peuvent effectuer des tâches administratives en rapport avec la procédure arbitrale, ainsi qu'à leurs salariés et agents. Les conditions des exceptions à l'immunité, dans toutes ces lois, sont les mêmes pour les arbitres que pour les catégories de personnes auxquels s'étend l'immunité.

97. Dans d'autres juridictions, essentiellement celles de droit romain, c'est la nature contractuelle du service rendu par l'arbitre qui est mise en relief. L'arbitre est donc tenu responsable de la non-exécution de son mandat, à savoir d'un manque de diligence raisonnable dans l'exécution de ses obligations; de l'incapacité de rendre la sentence dans les délais contractuels ou légaux; d'actes faisant courir aux parties le risque d'une annulation de la sentence; de partialité; de négligence; de la violation du secret de la procédure arbitrale; et de tous les cas de fraudes, de présentation erronée des faits, de corruption et de fautes graves. Dans certaines juridictions, le prononcé de la sentence fait l'objet d'une immunité particulière en raison de la nature quasi

[25]Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa troisième session (1982), document A/CN.9/216, *Annuaire de la CNUDCI*, vol. XIII, 1982, deuxième partie, III, A, par. 51 et 52.

judiciaire de la fonction exercée. Dans certains cas, la responsabilité peut être limitée dans le contrat passé entre l'arbitre et les parties à l'arbitrage, mais cela n'exclut pas nécessairement la responsabilité pour faute grave ou faute intentionnelle.

98. Dans certaines juridictions de *common law*, les arbitres peuvent jouir d'une immunité très étendue, plus proche de celle des juges, alors que dans d'autres une distinction est établie entre les actes d'un arbitre qui sont de nature juridictionnelle et font donc l'objet d'une large immunité et les actes qui sont sans rapport avec la fonction juridictionnelle et qui relèvent donc de la responsabilité civile.

2. *Conclusion*

99. Les lois et règlements d'arbitrage diffèrent beaucoup dans leur manière d'aborder la question de la responsabilité, et l'étendue de la responsabilité civile des arbitres peut varier en fonction d'un certain nombre de facteurs, comme: *a)* le choix des règles procédurales régissant la procédure; *b)* la loi régissant le contrat entre l'arbitre et les parties; *c)* la nationalité des arbitres; et *d)* le lieu où se déroule la procédure. Compte tenu de ces considérations, la question de la responsabilité des arbitres devrait faire l'objet d'un examen attentif.

100. Dans la mesure où une formule universellement acceptable peut favoriser le processus d'arbitrage et améliorer la sécurité juridique aussi bien pour les arbitres que pour les parties, la Commission voudra peut-être déterminer s'il convient d'examiner plus à fond la question de la responsabilité. Ce faisant, il pourrait être utile d'examiner dans le détail la manière dont la responsabilité des arbitres est actuellement traitée, ainsi que les propositions formulées par des organisations ou des commentateurs.

J. Pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts

101. Pendant l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, il n'avait pas été prévu d'autoriser explicitement l'arbitre à accorder des intérêts. Depuis, dans certaines juridictions, les incertitudes se sont multipliées quant au pouvoir des arbitres d'accorder des intérêts, en particulier dans les pays de *common law*, et un certain nombre de juridictions ont ajouté, dans les lois incorporant la Loi type, des dispositions particulières régissant cette question.

1. *Solutions législatives actuelles*

102. Les dispositions traitant du pouvoir d'accorder des intérêts, qui ont été adoptées dans les lois nationales, ont un champ d'application très variable, en particulier en ce qui concerne le niveau de précision et les questions visées. Dans leur plus simple expression, ces législations autorisent le tribunal à accorder des intérêts, sauf convention contraire des parties.

103. Certaines juridictions vont au-delà de ce simple pouvoir et abordent d'autres questions. S'agissant de la somme qui peut donner lieu à intérêts, certaines lois la limitent au montant adjugé par le tribunal dans lequel peuvent être prévus les intérêts et d'autres frais. D'autres prévoient que le tribunal arbitral peut ordonner le versement d'intérêts sur la totalité ou une partie du montant adjugé. Dans d'autres cas encore, une distinction peut être établie, pour ce qui est de la somme donnant lieu à intérêts, entre le montant adjugé par le tribunal dans le cours de la procédure et le montant demandé et dû au début de la procédure, mais réglé avant le prononcé de la décision. Certaines juridictions limitent l'application de la disposition concernant les intérêts et précisent, par exemple, qu'elle n'habilite pas l'arbitre à accorder des intérêts sur des intérêts et ne vise pas les sommes sur lesquelles des intérêts sont exigibles de plein droit soit en vertu d'une convention, soit autrement.

104. Un certain nombre de lois abordent la question du moment à partir duquel des intérêts peuvent être accordés. Certaines fixent ce moment à la date où le montant est adjugé, alors que d'autres stipulent que des intérêts peuvent également être accordés pour la totalité ou une partie de la période écoulée entre la date où est survenu le motif qui a donné lieu à l'action et la date où le montant est adjugé, et d'autres encore prévoient le versement d'intérêts à partir de la date à laquelle le montant est adjugé jusqu'à la date du versement de ce montant. Certaines lois prévoient aussi un échéancier pour le versement des intérêts.

105. S'agissant du taux des intérêts, certaines lois laissent le soin au tribunal de déterminer un taux raisonnable ou un taux commercial raisonnable. D'autres spécifient que le taux doit être le même que celui qui s'applique à un jugement; dans certains cas, un taux particulier est fixé. Une règle plus détaillée stipule que le taux d'intérêt devrait être "le taux bancaire de base à court terme moyen pour la monnaie de paiement du contrat au lieu où le paiement doit être effectué ou, à défaut d'un tel taux en ce lieu, le même taux dans l'État de la monnaie de paiement[26]".

2. *Conclusion*

106. La Commission voudra peut-être examiner l'opportunité de traiter de façon plus approfondie la question du pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts, en vue d'établir une disposition législative type. Dans ce contexte, elle pourra également déterminer si une telle étude doit aborder tous les aspects de ce pouvoir, comme il ressort des dispositions législatives susmentionnées, notamment: *a)* la somme qui peut donner lieu à intérêts; *b)* la période pendant laquelle des intérêts sont exigibles, avant et après le prononcé de la décision; *c)* le type (simple ou composé) et le taux d'intérêt à appliquer; et *d)* d'autres questions, comme le moment auquel les intérêts sont exigibles.

[26]Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, article 7.4.9.

K. Frais d'arbitrage

107. Lors des travaux d'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, l'opinion selon laquelle les questions relatives aux frais d'arbitrage ne devaient pas être traitées dans ladite Loi avait bénéficié d'un large appui. Les États devaient rester libres d'autoriser les tribunaux étatiques à contrôler les frais et, par exemple, à réajuster les honoraires manifestement déraisonnables[27]. Depuis, l'incorporation de la Loi type dans le droit interne a donné lieu à l'ajout de dispositions sur le pouvoir du tribunal arbitral de fixer et allouer les frais et honoraires. Les lois divergent souvent sur le fond et particulièrement sur les détails du pouvoir des tribunaux et la portée des questions connexes.

1. *Dispositions législatives actuelles*

a) *Composition des "frais"*

108. Les lois incorporant la Loi type varient quant à la composition des "frais". Certaines comportent une description générale qui mentionne simplement les "frais d'arbitrage" et peuvent inclure une référence aux honoraires et aux dépenses de l'arbitre ou des arbitres ou aux dépenses que les parties doivent encourir pour la présentation de leur demande ou de leurs moyens de défense. D'autres reflètent une approche plus précise dans la mesure où elles indiquent les éléments à inclure tels que: *a)* les honoraires de l'arbitre et du tribunal; *b)* les frais d'hébergement, de déplacement et d'assistance administrative pendant la procédure d'arbitrage; *c)* les frais afférents à la production de preuves factuelles et à l'insertion d'experts; *d)* les frais de consultation juridique et de représentation; et *e)* les autres dépenses encourues à l'occasion de l'arbitrage.

b) *Répartition et prise en charge des frais*

109. Les lois qui incorporent la Loi type prévoient généralement que le tribunal arbitral a toute latitude pour décider laquelle des parties doit prendre à sa charge les frais d'arbitrage et dans quelles proportions, en tenant compte de ce qui est raisonnable en l'espèce. On constate toutefois des différences. Certaines lois établissent une distinction entre les honoraires et dépenses de l'arbitre et d'autres frais d'arbitrage et précisent que les parties sont conjointement responsables du paiement des frais et honoraires des arbitres. D'autres lois prévoient une règle par défaut selon laquelle, lorsque la question des frais n'est pas traitée dans la sentence et en l'absence d'une sentence séparée portant sur les frais d'arbitrage, chacune des parties doit prendre à sa charge ses propres frais de procédure et autres et une part égale des honoraires et frais du tribunal. Une loi prévoit le cas dans lequel une offre de règlement est rejetée. Si l'offre de règlement reprend la sentence définitive du tribunal, ce dernier est autorisé à en tenir compte lorsqu'il établit les frais et dépenses.

[27]Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa troisième session (1982), A/CN.9/216, *Annuaire de la CNUDCI*, volume XIII: 1982, deuxième partie, III, A, par. 99.

c) *Questions connexes*

110. *Contrôle et aide des juridictions étatiques* — Un certain nombre de lois traitent les aspects du contrôle et de l'aide des juridictions étatiques, autorisant ces dernières à ajuster les honoraires et les dépenses des arbitres, notamment à ordonner le remboursement des montants excessifs, ainsi qu'à déterminer les frais remboursables, y compris les honoraires et dépenses du tribunal arbitral, lorsque celui-ci ne le fait pas ou lorsqu'une partie ne consent pas à ce qu'il le fasse.

111. *Sentences incomplètes* — Certaines lois stipulent que, lorsque la sentence ne prévoit pas le paiement des frais d'arbitrage, les parties peuvent demander au tribunal arbitral ou, dans certains cas, à la juridiction étatique de les déterminer.

112. *Limites des frais remboursables* — Dans certains pays, les parties sont libres de convenir des frais d'arbitrage qui seront remboursables ou peuvent demander au tribunal arbitral ou à la juridiction étatique de le déterminer. En outre, le tribunal arbitral peut être habilité à limiter les frais remboursables à un montant donné, sous réserve d'ajustements possibles.

113. *Frais d'interprétation ou de rectification* — Un certain nombre de lois précisent que le tribunal arbitral n'a pas le droit de demander des honoraires supplémentaires pour l'interprétation, la rectification ou la finalisation de sa sentence.

2. *Conclusion*

114. La Commission souhaitera peut-être aborder la question de savoir si les règlements d'arbitrage ou les lois nationales traitent avec suffisamment de précision les frais d'arbitrage ou si une règle uniforme en la matière faciliterait l'arbitrage commercial international. À cet égard, elle pourrait souhaiter examiner le champ d'application d'une telle règle et voir s'il conviendrait d'étudier, en plus du pouvoir de répartir les frais, les autres questions susmentionnées.

L. Force exécutoire des mesures conservatoires

115. Selon de nombreux règlements d'arbitrage, un tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner des mesures provisoires pour préserver le statu quo jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale. De telles mesures sont désignées par des termes tels que "mesures provisoires de protection", "décisions provisoires", "sentences provisoires", "mesures conservatoires" ou "mesures avant dire droit". Ainsi, le paragraphe 1 de l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit ce qui suit:

> "À la demande de l'une ou l'autre partie, le tribunal arbitral peut prendre toutes mesures provisoires qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du litige, notamment les mesures conservatoires pour les marchandises litigieuses, en prescrivant, par exemple, leur dépôt entre les mains d'un tiers ou la vente de denrées périssables."

116. Les mesures conservatoires, qui souvent ne sont pas définies dans les règles qui prévoient leur adoption, peuvent être très variées: ordres de ne pas enlever des marchandises ou des biens d'un lieu ou d'une juridiction; conservation des éléments de preuve; vente de marchandises; et dépôt d'une garantie monétaire. Une mesure provisoire peut être imposée pour la durée de l'arbitrage ou peut être d'une nature plus temporaire et censée être modifiée à mesure que la situation évolue. Elle peut prendre la forme d'une décision du tribunal arbitral ou d'une "sentence" provisoire.

117. La question souvent débattue par les praticiens est la force exécutoire de ces mesures, à la fois dans l'État où l'arbitrage a lieu et dans les autres États. L'argument normalement avancé pour défendre la nécessité de cette force exécutoire est qu'une sentence définitive n'aura probablement que peu de valeur pour la partie qui triomphe si, entre-temps, une action ou une inaction de la part d'une partie récalcitrante a rendu l'issue de la procédure en grande partie sans effet (en raison, par exemple, de la dispersion des biens ou de leur transfert dans une autre juridiction). On a noté que, par voie de conséquence, une décision provisoire pouvait être au moins aussi importante, sinon plus, qu'une sentence[28].

118. Certains se demandent en revanche si les mesures provisoires imposées par le tribunal arbitral devraient avoir force exécutoire. On a dit que, dans la pratique, les parties tendent à respecter en tout état de cause de telles mesures, notamment pour éviter d'avoir à supporter les frais qu'entraîne leur non-application, ou parce qu'elles répugnent à déplaire au tribunal arbitral. En outre, si l'on considère les mesures provisoires comme des titres exécutoires, il sera nécessaire de leur appliquer des dispositions (identiques ou analogues à celles qui régissent l'annulation des sentences arbitrales) destinées à couvrir certaines infractions graves à la procédure, ce qui rendrait le procédé par trop formel. On a toutefois fait valoir, à l'encontre de cet argument, qu'il arrive très souvent qu'une partie refuse d'appliquer une mesure provisoire sans se soucier des conséquences qu'un tel refus peut avoir pour elle, telle que la prise en charge des frais. En outre, les dispositions relatives à l'exécution judiciaire des mesures provisoires, y compris les prérogatives de la juridiction étatique dans la procédure d'exécution, peuvent refléter la nature provisoire des mesures et ne doivent pas être nécessairement identiques aux règles qui régissent la force exécutoire des sentences définitives.

119. Certains proposent que les parties à un arbitrage qui ont besoin de mesures provisoires s'en remettent au système judiciaire, comme cela est possible en vertu de nombreuses lois nationales. On a cependant fait observer, en réponse à cet argument, qu'une telle démarche pourrait poser certains problèmes. Par exemple, l'obtention d'une mesure peut prendre beaucoup de temps, du fait notamment que le tribunal étatique peut avoir besoin d'exposés sur la question ou parce qu'il peut être interjeté appel de sa décision. En outre, la compétence des tribunaux étatiques du lieu de l'arbitrage peut ne pas s'étendre aux parties ou aux biens visés; la procédure d'arbitrage étant souvent menée sur un territoire "neutre" qui n'a que peu ou rien à voir avec la question faisant l'objet du litige, il peut être nécessaire de demander à un tribunal étatique d'une autre juridiction d'examiner la question et d'ordonner une mesure. Par ailleurs, dans certains pays, une des parties peut ne pas être autorisée à demander au tribunal d'imposer une mesure conservatoire du fait qu'en concluant une convention d'arbitrage les parties sont censées avoir exclu l'intervention des juridictions étatiques dans le litige.

120. On soutient par conséquent que l'on emploierait mieux les ressources en permettant aux parties d'adresser leur demande de mesures provisoires obligatoires directement au tribunal arbitral plutôt qu'à un tribunal étatique, dans la mesure où le premier connaît déjà l'affaire et a généralement davantage d'informations techniques sur la question.

1. *Solutions législatives actuelles*

a) *Convention de New York*

121. Il arrive parfois que les tribunaux arbitraux imposent des mesures conservatoires sous la forme de sentences provisoires. Une telle possibilité est expressément envisagée, par exemple, dans l'article 26-2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Se pose alors la question de savoir si la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères vise également de telles sentences provisoires. Dans la mesure où la Convention ne définit pas le terme "sentence", il est difficile de déterminer si elle s'applique aussi aux sentences provisoires. Selon l'avis qui semble prévaloir, confirmé par la jurisprudence de certains États, la Convention ne s'applique pas aux sentences provisoires.

b) *Loi type de la CNUDCI*

122. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international traite expressément, dans son article 17, du pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire et d'exiger de toute partie le versement d'une provision appropriée. Par contre, la Loi type reste muette sur la question de l'exécution.

123. Lorsqu'au cours de l'élaboration de la Loi type le Groupe de travail a examiné la teneur de l'article 17, ce dernier contenait la phrase suivante: "Si l'exécution d'une mesure provisoire devient nécessaire, le tribunal arbitral peut solliciter à cet effet l'assistance [d'un tribunal compétent] [du Tribunal visé à l'article V][29]". Selon une des vues exprimée au sein du Groupe de travail, l'assistance des tribunaux en matière d'exécution était souhaitable et devait être offerte. Selon une autre opinion, que le Groupe de travail avait adopté après délibération, la phrase devait être

[28]V.V. Veeder, "Provisional and conservatory measures", *Actes de la Journée de la Convention de New York*, *supra*, note 1.

[29]Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa sixième session (1983), A/CN.9/245, *Annuaire de la CNUDCI*, vol. XV: 1984, deuxième partie, II, A, 1, par. 70.

supprimée, car elle traitait d'une manière incomplète d'une question touchant au droit procédural national et à la compétence des tribunaux et ne serait sans doute acceptée que par peu d'États. Il avait été entendu, cependant, que la suppression de la phrase ne devrait pas être interprétée comme interdisant cette assistance dans les cas où un État était disposé à la fournir en vertu de son droit procédural[30].

c) *Lois nationales*

124. En ce qui concerne le caractère exécutoire des mesures provisoires ordonnées par un tribunal arbitral, les parlements ont adopté des approches diverses. Dans de nombreux États, la loi ne dit rien sur ce point. Dans d'autres, y compris dans certains de ceux qui ont incorporé l'article 17 de la Loi type dans leur législation nationale, habilitant ainsi le tribunal arbitral à ordonner des mesures conservatoires, on trouve des dispositions prévoyant expressément l'exécution de ces mesures provisoires. Ainsi, dans un cas, une clause a été ajoutée de manière qu'un tribunal étatique puisse, à la demande d'une partie, autoriser l'exécution de la mesure provisoire ordonnée par le tribunal arbitral, sauf dans le cas où une demande de mesure provisoire correspondante a déjà été adressée à une juridiction étatique. Dans quelques États, la loi précise que les dispositions inspirées du chapitre VIII de la Loi type relatif à la reconnaissance et à l'exécution des sentences (art. 35 et 36) s'appliquent également aux décisions rendues en vertu de la disposition modelée sur l'article 17 de la Loi type.

125. En ce qui concerne les pouvoirs conférés à la juridiction étatique qui fait exécuter une mesure provisoire ordonnée par le tribunal arbitral, on note également une diversité d'approches. Dans un État au moins, la juridiction étatique est habilitée à examiner les fondements de la mesure provisoire ordonnée par le tribunal arbitral. Dans quelques autres cas, elle ne peut remettre en cause les conclusions sur les faits du tribunal arbitral. Dans un pays, la loi prévoit que la juridiction étatique peut reformuler la décision rendue par le tribunal arbitral si cela est nécessaire pour faire exécuter la mesure; en outre, le même tribunal peut, sur demande, annuler ou modifier sa décision d'autoriser l'exécution.

126. Un des problèmes que peut poser l'exécution ordonnée par une juridiction étatique d'une mesure prononcée par un tribunal arbitral est celui de la responsabilité en cas d'abus de droits. Une loi nationale prévoit, par exemple, que, s'il s'avère qu'une mesure ordonnée par le tribunal arbitral était dès le début non fondée, la partie qui a obtenu son exécution est tenue d'indemniser l'autre partie pour le préjudice subi du fait de l'exécution de cette mesure. Cette loi prévoit en outre qu'une telle demande d'indemnisation peut être déposée pendant la procédure arbitrale en cours.

2. *Conclusion*

127. La Commission souhaitera peut-être examiner l'opportunité de demander au secrétariat d'étudier plus à fond la question de la force exécutoire des mesures conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral. Elle pourrait le prier d'étudier la pratique en la matière dans l'arbitrage commercial international et dans les juridictions étatiques et, en ce qui concerne l'opportunité et la faisabilité de dispositions législatives uniformes, de lui présenter une première ébauche de solutions pour examen.

M. Liberté d'exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine

128. Une fois qu'une sentence arbitrale a été prononcée, le demandeur peut demander son exécution soit aux juridictions étatiques de l'État où la sentence a été prononcée ("État d'origine"), soit à celles d'un autre État où le débiteur possède des biens ("État d'exécution"). Toutefois, lorsque la sentence est annulée par le tribunal compétent de l'État d'origine, elle ne peut être exécutée dans cet État. La partie qui demande l'exécution peut alors tenter de l'obtenir d'un tribunal d'un autre État. Le tribunal de l'État d'exécution doit alors déterminer s'il existe des circonstances qui l'autorisent à faire exécuter la sentence, en dépit du fait qu'elle a été annulée dans l'État d'origine.

1. *Solutions législatives actuelles*

a) *Convention de New York*

129. La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères contient une liste de motifs de refus de l'exécution d'une sentence arbitrale. L'exécution peut ainsi être refusée si "la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue" (art. V-1 *e*).

130. Les praticiens et les théoriciens débattent pour déterminer si, et dans quelle mesure, un tel refus fondé sur l'article V-1 *e* de la Convention est discrétionnaire. Les débats sont centrés sur la question de savoir si la juridiction étatique de l'État d'exécution est habilitée à prendre en considération les motifs d'annulation de la sentence initiale, ou si la demande d'exécution doit être nécessairement rejetée.

131. Le débat a été suscité en partie par le libellé de l'article V-1. On a en effet déclaré que dans le texte anglais les mots "enforcement ... may be refused" impliquent une certaine latitude de la part de l'autorité compétente de refuser l'exécution. Toutefois, on a aussi déclaré que, lorsqu'on y insère le mot "only" (à savoir "enforcement ... may be refused ... only if ..."), l'interprétation est différente. En conséquence, il est difficile de déterminer, affirme-t-on, si l'exécution doit être refusée chaque fois qu'une sentence a été annulée.

132. Il a aussi été déclaré que l'article VII-1 de la Convention pouvait également offrir une option qui évite de prendre en considération la décision d'annuler la sen-

[30]Ibid., par. 72

tence[31]. En vertu de ce que l'on appelle la clause du "droit le plus favorable", une partie peut demander l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère dans un État en se fondant sur d'autres traités ou sur le droit interne de cet État. La juridiction étatique de l'État d'exécution pourrait, sans avoir à se prononcer sur les mérites de la décision d'annulation de la juridiction étatique de l'État d'origine, déterminer que, sur la base de son droit interne, la sentence doit être exécutée. Toutefois, cette approche a été critiquée au motif qu'en encourageant ainsi les États à adopter des critères qui leur sont propres pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères on va à l'encontre des objectifs d'harmonisation et d'unification des lois nationales.

b) *Convention européenne de 1961*

133. L'exécution des sentences annulées est traitée dans la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961). En vertu de son article IX-1, l'annulation dans un État contractant d'une sentence arbitrale régie par la Convention ne constitue une cause de refus de reconnaissance ou d'exécution dans un autre État contractant que si cette annulation a été prononcée pour l'une des raisons qui y sont énoncées; celles-ci sont essentiellement les mêmes que celles qui figurent à l'article V-1 *a* à *d* de la Convention de New York[32]. En vertu de la Convention européenne, la juridiction étatique de l'État d'exécution est donc tenue d'exécuter la sentence si cette dernière a été annulée dans l'État d'origine pour des raisons autres que celles qui sont énoncées à l'article IX-1 de cette Convention. En outre, l'article IX-2 restreint l'application de l'article V-1 *e* de la Convention de New York dans la mesure où il prévoit ce qui suit:

> "Dans les rapports entre États contractants également Parties à la Convention de New York [...], le paragraphe 1 du présent article a pour effet de limiter aux seules causes d'annulation qu'il énumère l'application de l'article V, paragraphe 1 *e* de la Convention de New York."

c) *Loi type de la CNUDCI*

134. L'article 36-1 de la Loi type de la CNUDCI énonce les motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution d'une sentence arbitrale, qui sont essentiellement les mêmes que ceux qui sont donnés à l'article V-1 de la Convention de New York; en particulier, l'alinéa v du paragraphe 1 de cet article prévoit que l'exécution de la sentence peut être refusée si "la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties, ou a été annulée ou suspendue par un tribunal du pays dans lequel ou en vertu de la loi duquel elle a été rendue".

135. L'article 34-2 de la Loi type énonce les raisons pour lesquelles une sentence arbitrale peut être annulée; les quatre premières raisons (paragraphe 2 *a* i à iv de l'article 34) font pendant aux quatre premières raisons énoncées pour le refus de reconnaissance et d'exécution (par. 1 *a* i à iv de l'article 36 inspiré de l'article V-1 *a* à *d* de la Convention de New York). Le paragraphe 2 *b* de l'article 34 prévoit également qu'une sentence arbitrale peut être annulée si le tribunal constate que: i) l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi de l'État d'origine; ou ii) que la sentence est contraire à l'ordre public de l'État d'origine.

d) *Considérations d'ordre public*

136. Compte tenu de la jurisprudence récente, on en est venu à débattre de façon plus générale sur la question de savoir si, sur le principe, l'annulation d'une sentence dans l'État d'origine devrait interdire absolument son exécution dans un autre État. Certains des arguments avancés dans ce débat sont résumés ci-après.

137. "*La sentence n'existe plus*" — Selon une théorie, une sentence qui a été annulée n'existe plus et ne peut donc être exécutée dans une autre juridiction. Cette théorie, toutefois, a été critiquée au motif que l'on ne peut pas partir du principe que l'existence d'une sentence — en tant qu'expression d'un contrat entre des parties — est une question déterminable exclusivement par les tribunaux de l'État où ladite sentence a été rendue. Cette critique est fondée sur l'approche communément adoptée pour la plupart des questions qui suscitent un conflit de lois; si une juridiction établit correctement sa compétence, une question peut être considérée comme valable conformément aux lois de cette juridiction même si elle ne l'est pas en vertu des lois d'une autre juridiction.

138. "*La Convention ne doit pas être tournée*" — Certains craignent qu'une interprétation de la Convention selon laquelle une sentence qui a été annulée par une autorité compétente de l'État d'origine ne peut être exécutée dans

---

[31] Le paragraphe 1 de l'article VII de la Convention est rédigé comme suit:

"1. Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée."

[32] Le paragraphe 1 de l'article IX de la Convention européenne est rédigé comme suit:

"1. L'annulation dans un État contractant d'une sentence arbitrale régie par la présente Convention ne constituera une cause de refus de reconnaissance ou d'exécution dans un autre État contractant que si cette annulation a été prononcée dans l'État dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue, et ce, pour une des raisons suivantes:

a) les parties à la convention d'arbitrage étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappées d'une incapacité, ou ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont soumise ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou

b) la partie qui demande l'annulation n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou

c) la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront ne pas être annulées; ou

d) la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut de convention, aux dispositions de l'article IV de la présente Convention."

aucun autre État ne modifie l'intention du texte. Il a été déclaré que l'un des objectifs de la Convention était de libérer l'arbitrage international de la domination de la loi du lieu d'arbitrage. Si le choix du lieu d'arbitrage influe sur le résultat définitif en raison de certains motifs d'annulation qui sont particuliers à ce lieu, cet objectif ne peut être atteint. On peut ainsi imaginer une situation dans laquelle une sentence est annulée pour des raisons inhabituelles ou exceptionnelles. Une partie dont la sentence a été ainsi annulée serait privée de tout recours si cette sentence ne pouvait être exécutée ailleurs. Certains estiment qu'une interprétation de l'article V-1 *e* qui empêche totalement l'exécution des sentences annulées dans l'État d'origine peut rendre l'exécution des sentences arbitrales étrangères encore plus difficile que si la Convention n'existait pas.

139. "*Il faut éviter toute intervention excessive des juridictions étatiques*" — Un autre argument avancé, mais qui pourrait être invoqué par chacune des parties au débat, est qu'il faudrait éviter toute intervention excessive des juridictions étatiques dans l'arbitrage. Cet argument pourrait étayer la position selon laquelle la décision d'annuler la sentence dans l'État d'origine ne devrait pas être réexaminée par une deuxième juridiction dans l'État d'exécution. Mais l'argument pourrait aussi étayer la position selon laquelle, lorsqu'il y a eu intervention excessive d'une juridiction étatique dans l'État d'origine, la même juridiction de l'État d'exécution devrait pouvoir ne pas prendre en considération cette décision et exécuter la sentence.

140. "*Recherche du for le plus avantageux*" — Il a été déclaré que, si les tribunaux des juridictions autres que celles du lieu d'arbitrage avaient toute latitude pour refuser ou accepter l'exécution d'une sentence annulée par le tribunal de l'État d'origine, les parties pourraient être incitées à rechercher les juridictions où l'exécution aurait davantage de chances d'être acceptée. On pourrait ainsi arriver à une situation où la partie en faveur de laquelle la sentence arbitrale a été rendue pourrait chercher à la faire exécuter dans tous les pays qui exerceraient leur compétence, obligeant ainsi l'autre partie à se défendre indéfiniment contre l'exécution. En d'autres termes, une partie contre laquelle une sentence a été injustement prononcée et devrait être annulée sur la base de motifs internationalement reconnus se retrouverait dans l'impossibilité d'obtenir une annulation valide dans le monde entier.

141. "Res judicata: *nécessité d'éviter des résultats contradictoires*" — La juridiction étatique de l'État où l'exécution est demandée peut être réticente à se prononcer sur le bien-fondé de l'annulation de la sentence par la juridiction étatique de l'État d'origine. Cette réticence est jugée salutaire pour le maintien du respect mutuel de l'autorité du système judiciaire. On fait également observer qu'une interprétation de la Convention qui donne à la juridiction étatique de l'État d'exécution toute latitude pour refuser d'exécuter la sentence entraîne un double contrôle judiciaire. Lorsque la juridiction étatique de l'État d'origine a déjà statué sur la question de l'exécution de la sentence arbitrale, permettre à un deuxième tribunal de revenir sur cette décision signifie qu'une question qui a déjà été jugée par un tribunal sera de nouveau jugée par un second. Une telle démarche est, avance-t-on, contraire aux principes fondamentaux du droit et l'inefficacité en résultant va à l'encontre de l'intérêt de l'arbitrage commercial international. Certains craignent aussi qu'en encourageant la juridiction étatique de l'État d'exécution à réexaminer les motifs de l'annulation on n'aboutisse à des décisions judiciaires contradictoires. C'est ce qui se passerait lorsqu'une sentence annulée, et par conséquent considérée comme inexistante dans un État, serait exécutée dans un autre. La contradiction peut être plus complexe encore lorsque, après l'annulation d'une sentence dans l'État d'origine et son exécution dans un autre État, un tribunal arbitral reconstitué dans l'État d'origine prononce une sentence qui est fondamentalement différente de la première et que cette deuxième sentence est ensuite présentée pour exécution dans l'État où la première a déjà été exécutée. Le tribunal de l'État d'exécution se trouverait ainsi confronté à des demandes d'exécution de sentences contraires. Une telle situation est peut-être rare, mais elle s'est déjà produite dans la pratique.

142. "*Il ne faut pas aller à l'encontre des attentes des parties*" — Les parties qui se sont accordées sur l'État dans lequel la procédure arbitrale doit avoir lieu peuvent présumer avoir ainsi délibérément choisi de se soumettre aux lois de cet État; on estime par conséquent que le fait de permettre aux tribunaux d'un autre État de ne pas tenir compte d'une décision d'annulation prononcée par un tribunal de l'État d'origine irait à l'encontre de la volonté des parties. Certains vont même jusqu'à affirmer que les parties peuvent avoir délibérément choisi le lieu d'arbitrage où les sentences sont susceptibles d'être annulées pour des raisons particulières à cette juridiction et peuvent penser que de telles décisions seront prises en considération par les tribunaux d'un autre État. D'autres, en revanche, considèrent qu'il est beaucoup plus probable que les parties à un arbitrage n'auront pas pensé aux motifs spécifiques d'annulation à la juridiction ou exceptionnels.

143. "*Redondance de l'article V-1* e" — On a fait valoir que les motifs d'annulation d'une sentence devraient être répartis dans plusieurs catégories en fonction de leur conformité avec les normes internationalement acceptées. L'intention est d'établir une différence entre les "critères internationaux" et les "critères locaux[33]". Les critères internationaux comprendraient ceux qui sont conformes aux alinéas *a* à *d* de l'article V-1 de la Convention et à l'article 34-2 *a* de la Loi type de la CNUDCI. Selon cette proposition, seules les décisions d'annulation fondées sur un critère international constitueraient des motifs de refus d'exécution de sentences arbitrales étrangères; une annulation fondée sur tout autre motif n'empêcherait pas l'exécution de la sentence dans une autre juridiction. Cette approche, estime-t-on, correspond à l'intention de la Convention en permettant l'exécution d'une sentence arbitrale n'importe où, sauf si cette sentence a été légitimement annulée pour des motifs internationalement reconnus. On fait observer, à l'encontre de cet argument, que si

[33]Jan Paulson, "L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local *(ACL)*", *bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 9, n° 1 (mai 1998).

les seuls motifs de refus d'exécution d'une sentence qui a été annulée sont que cette annulation doit être fondée sur des raisons internationalement acceptées, l'alinéa *e* devient donc redondant. On a fait valoir que, comme telle ne pouvait être l'intention de la Convention, l'alinéa *e* devait donner une raison séparée pour que les tribunaux de l'État d'exécution puissent refuser une demande d'exécution d'une sentence déjà annulée.

2. *Conclusion*

144. La Commission voudra peut-être déterminer s'il serait possible de faciliter l'arbitrage commercial international par des travaux qui chercheraient à préciser les circonstances, le cas échéant, dans lesquelles une sentence arbitrale qui a été annulée par un tribunal de l'État d'origine peut être exécutée dans un autre État.

VI. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

Travaux futurs envisageables dans le domaine du droit de l'insolvabilité: proposition de l'Australie

(A/CN.9/462/Add.1) [Original: anglais]

INTRODUCTION

1. L'Australie propose que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) établisse un Groupe de travail chargé d'élaborer une loi type sur l'insolvabilité des sociétés, afin de promouvoir et d'encourager l'adoption de régimes nationaux efficaces en matière d'insolvabilité des sociétés.

2. Dans le contexte des crises financières régionales, il est à l'évidence urgent de renforcer les régimes nationaux de l'insolvabilité, afin non seulement de prévenir les crises, mais également d'y faire face. À ce propos, l'Équipe spéciale sur la réforme financière internationale mise en place par le Premier Ministre australien[1] a noté que des régimes solides et efficaces en matière d'insolvabilité étaient essentiels pour faire face aux difficultés financières des sociétés endettées, avant que l'accumulation de ces difficultés n'entraîne une crise pour l'ensemble de l'économie.

3. L'Australie considère qu'il faudrait, à titre de priorité élevée, approfondir et développer les travaux des plus utiles qu'a déjà entrepris la CNUDCI dans le domaine de l'insolvabilité et qui ont pris la forme d'une loi type sur l'insolvabilité internationale, en entreprenant des travaux en vue de l'élaboration d'un modèle de loi nationale sur l'insolvabilité des sociétés.

4. Les avantages qu'offre une loi efficace en la matière sont largement reconnus et acceptés par la plupart des nations. Des lois et procédures efficaces sur l'insolvabilité constituent l'un des principaux moyens de préserver la discipline financière et d'assurer une répartition efficace des ressources dans l'économie. Elles offrent un cadre juridique prévisible, permettant de faire face aux problèmes financiers que connaissent les entreprises en difficulté, avant que l'accumulation de ces problèmes ne conduise à une crise des paiements à l'échelle de l'économie, et elles contribuent ainsi à la prévention des crises. Elles offrent également le cadre nécessaire à un redressement efficace ou à une liquidation ordonnée des entreprises en difficulté. Elles limitent les pertes cumulées des créanciers résultant des difficultés des emprunteurs en favorisant la coopération entre créanciers lorsqu'ils font face à des emprunteurs connaissant des problèmes financiers. Elles visent à équilibrer les droits et intérêts des parties en jeu en répartissant la charge de l'insolvabilité d'une manière conforme aux objectifs économiques et sociaux d'un pays (par exemple, la préservation des emplois et la protection de la main-d'œuvre). Les lois sur l'insolvabilité permettent également de renforcer le gouvernement d'entreprise et l'éthique des sociétés. Elles permettent en général aux créanciers privés de remplacer la direction des entreprises en difficulté et elles incitent de ce fait fortement les dirigeants d'entreprises à adopter un comportement prudent. Elles offrent la possibilité de procéder à un examen des circonstances ayant abouti à l'insolvabilité et de la conduite des dirigeants de la société, permettant ainsi peut-être de mettre à jour un comportement coupable de la part des responsables de la défaillance de la société, ou une disposition inéquitable d'avoirs ou de biens pouvant peut-être être récupérés.

5. L'efficacité des lois et pratiques en matière d'insolvabilité est un thème régulier et un important sujet de préoccupation au sein des instances internationales depuis le début des années 90. La crise financière en Asie et dans d'autres régions a mis à jour les faiblesses des régimes d'insolvabilité et des lois relatives aux relations entre débiteurs et créanciers dans les pays touchés, ainsi que de la structure du système financier international. Les institutions internationales et leurs membres considèrent de plus en plus qu'un régime efficace en matière d'insolvabilité constitue un élément à part entière de la prévention des crises et un mécanisme essentiel de gestion des crises financières.

6. L'économie mondiale a changé du tout au tout durant les 30 dernières années. La croissance et l'intégration des marchés mondiaux de capitaux ont fait naître à la fois d'immenses perspectives, mais aussi de nouveaux risques. Le processus de mondialisation et d'évolution technologique a permis une croissance record des flux monétaires internationaux, une expansion sans précédent des investissements et des échanges, la multiplication et la diversification des créanciers et emprunteurs, ainsi qu'un renforcement de l'interdépendance économique. La mondialisation offre des perspectives immenses à tous les pays désireux d'améliorer leur niveau de vie. Toutefois, elle peut également être à l'origine de nouveaux risques d'instabilité, exigeant de tous les pays qu'ils appliquent des politiques économiques et des réformes structurelles saines. La solidité et la crédibilité des lois et pratiques en matière d'in-

[1] Le 22 octobre 1998, le Premier Ministre a chargé une équipe spéciale, présidée par le Directeur du Trésor, de le conseiller sur la manière dont l'Australie pourrait contribuer à la réforme du système financier international. L'Équipe spéciale comprenait des hauts représentants des secteurs bancaire et financier de l'Australie, ainsi que les chefs de diverses administrations publiques et le Gouverneur de la Banque centrale. Le Rapport de l'Équipe spéciale a été achevé en décembre 1998.

solvabilité doivent être au cœur des efforts déployés par les gouvernements et les organismes de régulation pour améliorer le fonctionnement du système financier mondial. Les lois et pratiques inefficaces, obsolètes ou mal conçues, dont les résultats sont incertains, changeants, inéquitables ou marqués par les particularismes, menacent les avantages qu'offre la mondialisation. Elles risquent d'entraver sérieusement la libéralisation des échanges et de nuire aux flux internationaux de capitaux.

PRÉOCCUPATIONS LIÉES AU SYSTÈME FINANCIER INTERNATIONAL

7. L'importance de régimes nationaux solides en matière d'insolvabilité a été soulignée dans divers rapports récents, par exemple, le Rapport du Groupe de travail sur les crises financières internationales établi pour le Groupe des 22, groupe rassemblant les représentants de 22 puissances économiques, qui s'est réuni à Washington en avril 1998 pour examiner des questions liées au renforcement de l'architecture financière internationale. Ce rapport étudie la nécessité de renforcer le système financier international dans trois domaines — accroissement de la transparence et de la responsabilisation; renforcement des systèmes financiers nationaux; et gestion des crises financières internationales. Il conclut que des régimes solides en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers constituent un moyen important de prévenir ou de circonscrire les crises financières et de faciliter la restructuration rapide et ordonnée d'un endettement excessif. Ils sont essentiels pour faire face efficacement aux crises des paiements, notamment lorsque l'endettement des sociétés est une source de tension majeure pour la stabilité macroéconomique d'un pays. Le rapport indique que de tels régimes contribuent à la prévention des crises en offrant le cadre juridique prévisible requis pour traiter les problèmes financiers que connaissent les entreprises en difficulté, avant que l'accumulation des difficultés n'aboutisse à une crise de paiements dans l'ensemble de l'économie. En outre, il considère qu'un tel cadre est également essentiel pour un règlement rationnel des difficultés financières des sociétés, et donc indispensable à une gestion ordonnée et coopérative des crises. Le rapport approuve huit principes et caractéristiques clefs des régimes de l'insolvabilité, qui ont été élaborés en consultation avec la Fédération internationale des praticiens de l'insolvabilité (INSOL International).

VERS UNE LÉGISLATION NATIONALE TYPE DE L'INSOLVABILITÉ

8. Aucune recommandation particulière n'a été faite dans le rapport du Groupe de travail sur les crises financières internationales à propos des moyens d'assurer l'adoption de régimes de l'insolvabilité conformes aux principes et caractéristiques approuvés. Le Groupe de travail envisageait plutôt que le processus renforcé de surveillance internationale examiné au sein de diverses instances engloberait les régimes nationaux de l'insolvabilité et qu'une assistance technique du Fonds monétaire international et de la Banque mondiale, ainsi que le contrôle assuré par le marché des capitaux contribueraient à promouvoir ces améliorations. Néanmoins, il a demandé instamment que les instances compétentes envisagent des moyens et incitations supplémentaires pour promouvoir l'adoption de régimes efficaces.

9. Les efforts déployés jusqu'ici pour traiter des lois et politiques en matière d'insolvabilité au sein d'instances internationales aux échelons mondial ou régional ont eu des résultats mitigés. L'harmonisation des lois sur l'insolvabilité pose des problèmes pour diverses raisons. Ces lois se rattachent souvent à d'autres lois et politiques nationales. Elles sont étroitement liées aux autres règles juridiques et dispositions législatives d'un pays régissant les biens, les contrats, les sociétés, les partenariats, les hypothèques ou les garanties. Dans certains pays, ces lois constituent un élément essentiel d'autres aspects de politique générale, notamment la protection des déposants dans les institutions financières, la collecte des impôts, la priorité accordée à certaines catégories de créanciers sur d'autres (par exemple, les employés), etc. En outre, pour être efficaces, les lois sur l'insolvabilité doivent s'inscrire dans un cadre institutionnel approprié et efficace en matière d'administration et d'exécution (par exemple, tribunaux étatiques et arbitraux, corps de spécialistes de l'insolvabilité professionnels et honnêtes et organismes de régulation). Ces lois doivent aussi s'inscrire dans le contexte juridique, commercial et culturel local.

10. L'Australie a conscience du fait que les fonctions, les objectifs nationaux et les objectifs de politique générale des lois sur l'insolvabilité sont très divers. Les systèmes juridiques nationaux relatifs à la validité, la protection et la priorité des créances le sont également. Il n'est pas possible de rationaliser, d'unifier ou de rapprocher ces systèmes juridiques différents ou d'adopter, sans modification, un régime législatif de l'insolvabilité ayant fait ses preuves dans un pays en supposant qu'il fonctionnera efficacement dans un autre.

11. Néanmoins, il reste possible de tirer de régimes de l'insolvabilité ayant fait leurs preuves des principes fondamentaux qui devraient être pris en compte dans les lois sur l'insolvabilité des différents pays. L'Australie estime possible d'aller plus loin et de mettre en lumière les caractéristiques particulières susceptibles de donner le plus efficacement effet aux objectifs de politique générale et aux objectifs internationaux visés par les pays au moyen de ces lois. L'élaboration d'une loi type sur l'insolvabilité, d'application souple, pourrait constituer un complément précieux des autres efforts déployés dans les différents pays pour réformer ce domaine.

CARACTÉRISTIQUES DE LA LOI TYPE ENVISAGÉE

12. La loi type ou le cadre législatif type ne devraient pas viser à harmoniser les lois sur l'insolvabilité dans tous les pays ou à énoncer des approches uniformes ou un ensemble de dispositions fermes. Ils proposeraient plutôt un menu de solutions législatives pour diverses questions (telles que les liquidations, les compromis et les redresse-

ments) que les pays pourraient choisir et modifier compte tenu de leur situation particulière. Le point de départ de l'élaboration d'un cadre législatif type pourrait être les principes et caractéristiques clefs des régimes d'insolvabilité efficaces recensés dans le Rapport du Groupe de travail sur les crises financières internationales, élaboré dans le cadre du Groupe des 22. L'objectif du Groupe de travail de la CNUDCI qu'il est proposé de créer serait d'étoffer ces principes et caractéristiques en élaborant diverses options législatives et autres qui, si elles étaient adoptées, contribueraient sans doute à la conception d'un régime efficace de l'insolvabilité.

13. Il est proposé que la loi type ne traite que de l'insolvabilité des entreprises commerciales. Elle n'engloberait pas les règles et arrangements particuliers régissant l'insolvabilité des institutions financières. En effet, certaines considérations importantes de politique générale applicables à l'insolvabilité de ces institutions exigent un traitement particulier.

RÔLE DE LA CNUDCI DANS L'ÉLABORATION D'UNE LOI TYPE SUR L'INSOLVABILITÉ

14. L'Australie considère que la CNUDCI constitue un cadre tout à fait approprié pour entreprendre un projet de cette complexité et de cette ampleur, car elle a fait ses preuves dans un domaine connexe: en mai 1997, après moins de deux ans de travaux (un temps relativement bref pour une telle tâche), la CNUDCI a en effet adopté la Loi type sur l'insolvabilité internationale.

15. Durant l'élaboration de cette loi type, la CNUDCI a noué des liens avec d'autres intervenants clefs dans le domaine de l'insolvabilité. Elle a consulté à maintes reprises des praticiens et organisé des colloques avec des juges et hauts fonctionnaires. Les participants à ces colloques représentaient un large éventail de nations aux cultures et systèmes juridiques différents. Le secrétariat de la CNUDCI et les membres de la Commission sont donc déjà familiarisés avec nombre des questions de politique nationale liées à l'insolvabilité. De ce fait, il semblerait que la CNUDCI soit l'instance appropriée pour l'élaboration d'un cadre pour les lois nationales sur l'insolvabilité.

16. Un groupe de travail de la CNUDCI chargé d'élaborer une loi type ne permettrait pas seulement d'arriver à un consensus sur les aspects techniques que devrait englober une approche nationale des systèmes d'insolvabilité. La simple existence de ce groupe de travail et le résultat de ses travaux permettraient de faire davantage prendre conscience, dans les pays en développement, de l'importance de la question. La mise en œuvre d'une réforme de la législation de l'insolvabilité pourrait ainsi recevoir un rang de priorité plus élevé. Cela donnerait également un éclairage international utile à cette approche des lois sur l'insolvabilité qui pourrait devenir un modèle de transparence et de contrôle multilatéraux et contribuer ainsi à la diffusion internationale de meilleures pratiques en matière d'insolvabilité.

17. En conclusion, l'Australie prie instamment la CNUDCI d'établir un groupe de travail chargé d'élaborer une loi type sur l'insolvabilité des sociétés, afin de promouvoir et encourager l'adoption de régimes nationaux efficaces en matière de l'insolvabilité des sociétés.

VII. 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. Les compilations de sommaires de jurisprudence (A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS) peuvent être obtenues auprès du secrétariat de la CNUDCI à l'adresse suivante:

Secrétariat de la CNUDCI
B.P. 500
Centre international de Vienne
A-1400 Vienne
Autriche
Téléphone: (43-1) 26060-4060 ou 4061
Télex: 135612 uno a
Télécopie: (43-1) 26060-5813
Courrier électronique: uncitral@uncitral.org

3. Ces compilations sont également disponibles sur l'adresse Internet de la CNUDCI. (http://www.uncitral.org)

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.

VIII. ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI

État des conventions et des lois types: note du secrétariat (A/CN.9/462) [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.uncitral.org.]

IX. FORMATION ET ASSISTANCE

Formation et assistance technique: note du secrétariat (A/CN.9/461) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-2
I.	TEXTES DE LA CNUDCI	3-4
II.	ÉLABORATION ET APPLICATION DE LOIS	5-8
III.	SÉMINAIRES ET MISSIONS D'INFORMATION DE LA CNUDCI	9-12
IV.	PARTICIPATION À D'AUTRES ACTIVITÉS	13-14
V.	PROGRAMME DE STAGES	15-16
VI.	ACTIVITÉS FUTURES	17-18
VII.	RESSOURCES FINANCIÈRES	19-25

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 à économie 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 leur permettre de réformer leur droit commercial et d'adopter les textes de la CNUDCI.

2. La présente note énumère les activités que le secrétariat a entreprises depuis la publication de la précédente note dont la Commission a été saisie à sa trente et unième session (1er-12 juin 1998) et indique les activités de formation et d'assistance technique susceptibles d'être menées compte tenu de la demande de ces services.

[1]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingtième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), par. 335.

I. TEXTES DE LA CNUDCI

3. On constate une augmentation continue et sensible de l'importance que les gouvernements, les milieux d'affaires nationaux et internationaux et les organismes d'aide multilatéraux et bilatéraux accordent à l'amélioration du cadre juridique du commerce et de l'investissement internationaux, si nécessaire à l'ère de la mondialisation. La CNUDCI a un rôle important à jouer dans ce processus, puisqu'elle a élaboré des instruments juridiques, dont elle en encourage l'utilisation, dans un certain nombre de domaines clefs du droit commercial. Ces instruments, qui constituent 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 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises;

b) Dans le domaine du règlement des différends, 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 arbitrales;

c) Dans le domaine de la passation des marchés, la Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services;

d) Dans le domaine de la banque, 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 internationale;

e) Dans le domaine des transports, la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer de 1978 (Règles de Hambourg) et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international; et

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 réformes du droit commercial est pour la CNUDCI une occasion cruciale de s'acquitter efficacement des tâches que l'Assemblée générale lui avait confiées dans sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, à savoir coordonner étroitement et accélérer sensiblement le processus d'harmonisation et d'unification du droit commercial international.

II. ÉLABORATION ET APPLICATION DE LOIS

5. Une assistance technique est fournie aux États qui préparent des lois fondées sur des textes de la CNUDCI. Cette assistance revêt diverses formes: examen d'avant-projets de lois du point de vue des textes de la CNUDCI, services consultatifs techniques et aide à l'établissement de lois fondées sur des textes de la CNUDCI, élaboration d'une réglementation pour l'application de ces lois, commentaires sur les rapports des commissions de réforme du droit et séances d'information à l'intention des législateurs, des juges, des arbitres, des responsables de la passation des marchés et d'autres utilisateurs des textes de la CNUDCI incorporés à la législation interne. Le secrétariat fournit aussi une assistance technique sous forme de conseils sur la mise en place de mécanismes institutionnels pour l'arbitrage commercial international, notamment par le biais de séminaires de formation dans ce domaine à l'intention des arbitres, des juges et des praticiens.

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: lorsque des organismes appartenant ou non au système des Nations Unies fournissent ce type d'assistance, les textes juridiques que la Commission établit et dont l'Assemblée générale recommande la prise en considération sont effectivement pris en considération et utilisés. Le secrétariat poursuit ses efforts dans ce sens.

7. Du point de vue des États bénéficiaires, l'assistance technique de la CNUDCI est précieuse compte tenu de l'expérience que le secrétariat a acquise dans l'élaboration de textes juridiques. Elle permet d'établir des systèmes juridiques qui non seulement sont cohérents, mais s'inspirent 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 d'optimiser la capacité des milieux commerciaux des différents États de planifier et conduire avec succès des opérations commerciales et, partant, accroît la confiance des investisseurs.

8. Les États qui ont entrepris une révision de 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 (par exemple, commerce, affaires étrangères, justice et transports), des juges, des arbitres, des praticiens du droit, des hommes d'affaires, 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 comme les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires et les INCOTERMS (Chambre de commerce internationale); la Convention sur l'affacturage de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT).

10. Les exposés 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 devant aboutir à l'adoption et à l'utilisation des textes 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:

Lusaka, Zambie (20-22 avril 1998), séminaire organisé en collaboration avec le Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA); a réuni 25 participants environ;

Yaoundé, Cameroun (27 avril 1998), réunion d'information à l'intention de 40 représentants de pays membres de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA);

Douala, Cameroun (28-30 avril 1998), séminaire organisé en collaboration avec l'Institut international de droit du développement; a réuni une cinquantaine de participants;

Manama, Bahreïn (12 et 13 mai 1998), séminaire organisé en collaboration avec le Centre d'arbitrage commercial du Conseil de coopération du Golfe; a réuni une centaine de participants;

La Paz, Bolivie (18 mai 1998), séminaire organisé en collaboration avec le Ministère des affaires étrangères; a réuni une soixantaine de participants;

Cochabamba, Bolivie (20 mai 1998), séminaire organisé en collaboration avec la Chambre de commerce; a réuni une cinquantaine de participants;

Santa Cruz, Bolivie (22 mai 1998), séminaire organisé en collaboration avec l'Institut bolivien du commerce extérieur; a réuni une soixantaine de participants;

Lima, Pérou (25-29 mai 1998), séminaire tenu pendant la XXXIVe Conférence de la Fédération interaméricaine des avocats; a réuni 80 participants environ;

Bakou, Azerbaïdjan (24 et 25 septembre 1998), séminaire organisé en collaboration avec le Ministère du commerce; a réuni une cinquantaine de participants;

Oulan-Bator, Mongolie (21-23 octobre 1998), séminaire organisé en collaboration avec la Chambre mongole du commerce et de l'industrie; a réuni une soixantaine de participants;

Beijing, Chine (26-30 octobre 1998), séminaires organisés en collaboration avec le Ministère de la coopération économique et du commerce extérieurs, la Commission des lois de l'Assemblée nationale populaire, la Commission chinoise d'arbitrage économique et commercial international et le Collège des juges chinois; ont réuni 130 participants environ;

Bucarest, Roumanie (29 et 30 octobre 1998), séminaire organisé en collaboration avec le Ministère des affaires étrangères; a réuni une trentaine de participants;

Sofia, Bulgarie (2 et 3 novembre 1998), séminaire organisé en collaboration avec le Ministère du commerce et du tourisme; a réuni une trentaine de participants;

Shanghai, Chine (4-6 novembre 1998), réunion d'information à l'intention de 120 participants au deuxième Séminaire de l'Association internationale du barreau sur le droit financier en Asie;

Sao Paulo, Brésil (16 novembre 1998), séminaire organisé en collaboration avec l'Association du droit international; a réuni une soixantaine de participants;

Brasilia, Brésil (19 et 20 novembre 1998), séminaire organisé en collaboration avec le Ministère des relations extérieures; a réuni une centaine de participants;

Caracas, Venezuela (24-27 novembre 1998), séminaire organisé en collaboration avec le Ministère des affaires étrangères et l'Association civile pour l'intégration des nations (ACIN); a réuni une quarantaine de participants;

Guatemala, Guatemala (11 et 12 mars 1999), séminaire organisé en collaboration avec le Ministère de l'économie; a réuni une centaine de participants;

Mexico, Mexique (15-17 mars 1999), séminaire organisé en collaboration avec le Ministère des affaires étrangères; a réuni 270 participants environ; et

Monterrey, Nuevo León, Mexique (20 mars 1999), séminaire organisé en collaboration avec le Centro Jurídico para el Comercio Interamericano; a réuni une centaine de participants.

12. Le séminaire ci-après a été financé par l'institution qui l'a organisé ou par une autre organisation:

Buenos Aires, Argentine (30 novembre et 1er décembre 1998), séminaire organisé en collaboration avec la revue juridique *La Ley*; a réuni une centaine de participants.

IV. PARTICIPATION À D'AUTRES ACTIVITÉS

13. Des membres du secrétariat de la CNUDCI ont fait des exposés dans divers séminaires, conférences et cours, où des textes de la CNUDCI étaient présentés en vue d'être examinés et, éventuellement, adoptés ou utilisés. 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:

Séminaire sur la propriété intellectuelle, l'octroi de licences et le règlement des différends, parrainé par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) (Le Caire, Égypte, 9 et 10 mars 1998);

Réunion sur le rôle des créances futures dans le financement des marchandises, parrainée par International Business Conferences (IBC) (Genève, 3 et 4 avril 1998);

Réunion sur le nouveau droit allemand de l'arbitrage et le règlement d'arbitrage de l'Institut allemand d'arbitrage (DIS), parrainée par le DIS (Leipzig, Allemagne, 21 et 22 avril 1998);

Colloque sur d'autres mécanismes possibles de règlement des différends commerciaux transnationaux, parrainé par l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) (Bangkok, Thaïlande, 27 et 28 avril 1998);

Cours de troisième cycle sur le 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, 20 mai 1998);

Inauguration et Conférence du Center for Transnational Law (Münster, Allemagne, 25 mai 1998);

Table ronde sur la réforme du droit relatif au commerce électronique à Bangkok, parrainée par le Bureau d'arbitrage du Ministère thaïlandais de la justice (Bangkok, Thaïlande, 28 et 29 mai 1998);

Conférence internationale Communic Asia 98/Network Asia 98, parrainée par Singapore Exhibition Services (Singapour, 1er-4 juin 1998);

Atelier sur l'insolvabilité bancaire internationale à l'intention des juristes des banques centrales, parrainé par

la Banque des règlements internationaux (Thoune, Suisse, 25 et 26 juin 1998);

Réunion du Legal Experts Panel on Business Environment Study of Trusted Services (BESTS), parrainée par le cabinet Coopers et Lybrand (Amsterdam, Pays-Bas, 15 et 16 juillet 1998);

Réunion annuelle de l'Association suisse d'arbitrage (Bâle, Suisse, 4 septembre 1998);

Conférence interaméricaine sur le droit bancaire, parrainée par le Centre juridique national pour le libre-échange interaméricain et la Fédération bancaire latino-américaine (FELABAN) (Mexico, Mexique, 23-26 septembre 1998);

Forum de la Banque mondiale sur la passation des marchés (Baltimore, Maryland, États-Unis d'Amérique, 16-18 septembre 1998);

Réunion sur le financement par cession de créances internationales, parrainée par l'Institut Max-Planck pour le droit public et le droit international et l'Institut du droit financier international de l'Université de Mayence (Hambourg, Allemagne, 18-20 septembre 1998);

Séminaire de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) consacré au commerce électronique dans le cadre du programme Train for Trade (Tunis, Tunisie, 26 et 27 octobre 1998);

Réunion annuelle de l'Institut du droit des affaires internationales de la Chambre de commerce internationale (Paris, 29 octobre 1998);

Séminaire sur la loi irlandaise relative à l'arbitrage, organisé par le Forum for International Arbitration et l'Irish Bar Association (Dublin, Irlande, 8 novembre 1998);

Exposé du cabinet Freshfields sur l'arbitrage (Londres, 10 novembre 1998);

Colloque consacré aux réseaux, aux techniques de télécommunications et à l'évolution du droit, parrainé par les Gouvernements français et vietnamien (Hanoi, Viet Nam, 23-26 novembre 1998);

Séminaire de l'Association du barreau milanais sur le commerce international et le commerce électronique (Milan, Italie, 9 janvier 1999);

Cours international d'initiation à l'arbitrage et cours spécial sur l'arbitrage pour les titulaires de bourses d'études, dispensés par le Chartered Institute of Arbitrators et le Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial (Le Caire et Alexandrie, Égypte, 30 janvier-6 février 1999);

Séminaire sur l'arbitrage, organisé par le Centre d'arbitrage international de la Chambre autrichienne de commerce (Hernstein, Autriche, 11 février 1999);

Séminaire organisé par le Comité du commerce et du développement de l'Organisation mondiale du commerce sur le commerce électronique et le développement (Genève, 19 février 1999);

Conférence sur le droit (Rotorua, Nouvelle-Zélande, 6-9 avril 1999);

Réunion du Steering Group on Electronic Commerce (Wellington, Nouvelle-Zélande, 11 avril 1999);

Réunion du New Zealand Arbitration and Mediation Institute (Wellington, Nouvelle-Zélande, 13 avril 1999);

Conférence semestrielle de la Business Law Section de l'American Bar Association (San Francisco, Californie, 15-17 avril 1999);

Colloque dans le cadre de la Journée nationale de l'arbitrage, parrainé par le Centre de conciliation et d'arbitrage de Tunis (Tunis, Tunisie, 26 et 27 avril 1999);

Séminaire de formation de l'Institut international de droit du développement (Rome, 26 et 27 avril 1999); et

Cours de troisième cycle sur le 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, 27 avril 1999).

14. La participation, en qualité d'orateurs, des membres du secrétariat de la CNUDCI aux conférences énumérées ci-après a été financée sur le budget ordinaire de l'Organisation des Nations Unies alloué aux voyages:

Atelier et Colloque sur l'arbitrage, parrainé par l'Institute of Transnational Arbitration de la Southwestern Legal Foundation (Dallas, Texas, 18 et 19 juin 1998);

Réunion de la Commission de techniques et pratiques bancaires, parrainée par la Chambre de commerce internationale (CCI) (Paris, 6 et 7 avril 1998);

XLIIe Congrès de l'Union internationale des avocats (UIA) (Nice, France, 28 août-1er septembre 1998);

Cours de troisième cycle sur les contrats internationaux: nouvel éclairage sur la CVIM, parrainé par le Centre interuniversitaire de Dubrovnik (Dubrovnik, Croatie, 2-4 septembre 1998);

Conférence biennale de l'Association internationale du barreau (Vancouver, Canada, 13-18 septembre 1998);

XVIIIe Congrès annuel de l'Association européenne des praticiens des procédures collectives (AEPPC) (Oslo, Norvège, 17-20 septembre 1998);

Réunion annuelle de l'Institut de la Chambre de commerce internationale — Instauration d'un climat de confiance dans le commerce électronique: le droit et le règlement des différends (Genève, 23-25 septembre 1998);

Commission de technique et pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale (Marco Island, Floride, 8 et 9 octobre 1998);

Réunion annuelle de la Société slovène du droit (Portoroz, Slovénie, 15-17 octobre 1998);

Réunion des partenaires pour le développement, parrainée par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) (Lyon, France, 9-12 novembre 1998); et

Réunion de la Chambre de commerce internationale sur le projet concernant le commerce électronique (Paris, 29 et 30 avril 1999).

V. PROGRAMME DE STAGES

15. Le programme de stages vise à donner à de jeunes juristes l'occasion de se familiariser avec les travaux de la CNUDCI et d'améliorer leurs connaissances dans des domaines spécifiques du droit commercial international. Au cours de l'année écoulée, le secrétariat a reçu sept stagiaires originaires des pays suivants: Allemagne, Autriche, États-Unis d'Amérique, Italie, Pays-Bas, Pologne et Suède. Les stagiaires se voient assigner différentes tâches — recherche fondamentale ou spécialisée, collecte et classement d'informations et de documents, participation à l'élaboration de documents d'information. Ce programme de stages a donné des résultats satisfaisants. 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 organisations, 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 réaliser 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 restant de l'année 1999, des séminaires et des missions d'information visant à fournir une 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 œuvre ces projets que s'il reçoit des crédits suffisants sous forme de contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI.

18. Comme les années précédentes, le secrétariat a accepté de coparrainer le prochain cours de troisième cycle de droit commercial international, d'une durée de trois mois, qu'organiseront à Turin l'Institut 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, notamment de ses travaux passés et actuels.

VII. RESSOURCES FINANCIÈRES

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, aucun crédit n'étant prévu au budget ordinaire pour les séminaires, 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 des ressources extrabudgétaires pour financer la mise en œuvre du volet 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 pays à économie en transition. On peut prendre contact avec le secrétariat pour obtenir des renseignements sur les modalités de versement des contributions.

21. Pendant la période considérée, la Finlande, la Grèce et la Suisse ont versé des contributions. 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 fonds 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 trente et unième session, la Commission a noté avec satisfaction que l'Assemblée générale, au paragraphe 10 de sa résolution 52/157, avait invité instamment les gouvernements, les organes, organismes et institutions des Nations Unies compétents et les particuliers à verser, 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 pour l'octroi d'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. Depuis la création de ce fonds d'affectation spéciale, des contributions ont été versées par le Cambodge, le Kenya et Singapour.

25. Il est rappelé qu'au paragraphe 11 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 contributions aux activités de développement.

Troisième partie

ANNEXES

I. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI[1]: NOTE DU SECRÉTARIAT

(A/CN.9/481) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
I.	QUESTIONS GÉNÉRALES	433
II.	VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES	434
III.	ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION	436
IV.	TRANSPORTS INTERNATIONAUX	438
V.	PAIEMENTS INTERNATIONAUX	438
VI.	COMMERCE ÉLECTRONIQUE	438
VII.	GARANTIES INDÉPENDANTES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY	440
VIII.	PASSATION DES MARCHÉS	440
IX.	INSOLVABILITÉ INTERNATIONALE	440
X.	FINANCEMENT PAR CESSION DE CRÉANCES	440
XI.	CONTRATS INTERNATIONAUX DE CONSTRUCTION	441
XII.	PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ	441
Annexe.	Textes juridiques de la CNUDCI	441

I. Questions générales

Diesse, F. Travaux des organisations internationales: droit du commerce international. *Revue de droit des affaires internationales*: Forum européen de la communication (Paris).

En deux livraisons:
I *in* 6:684-696, 1999;
II *in* 8:927-937, 1999.
Autre information concernant le titre: Conventions internationales: international conventions.
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*.

Dion, N. Travaux des organisations internationales: droit du commerce international. *Revue de droit des affaires internationales*: Forum européen de la communication (Paris) 3:345-350, 1999.

Autre information concernant le titre: Conventions internationales: international conventions.
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*.

Legal aspects of international trade / prepared by the UNCTAD secretariat. New York and Geneva, United Nations, 1999. vi, 61 p. Rapport établi par: C. Moreno; avec la participation de: M. Faghfouri.

Comprend un résumé, p. iii.
Cote du document: UNCTAD/SDTE/BFB/2; numéro de vente: E.99.II.D.6.

[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/... .

Note on the work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) / *drawn up by* the Permanent Bureau = Note sur les travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) / établie par le Bureau Permanent. *In* Proceedings of the Eighteenth Session 30 September to 19 October 1996. Tome I, Miscellaneous matters / *edited by* the Permanent Bureau of the Conference, Hague Conference on Private International Law. The Hague: SDU Publishers, 1999. p. 94-97.

Titre parallèle en français: Actes et documents de la dix-huitième session, du 30 septembre au 19 octobre 1996. Tome I, Matières diverses / *édités par* le Bureau Permanent de la Conférence, Conférence de La Haye de droit international privé.
Anglais et français en regard.

Pelichet, M. The centenary of the Hague Conference: an occasion to examine certain new techniques for carrying out the Conference's work? = Le centenaire de la Conférence de La Haye: l'occasion d'examiner de nouvelles orientations dans les méthodes de travail de l'organisation? *In* Proceedings of the Eighteenth Session 30 September to 19 October 1996. Tome I, Miscellaneous matters / *edited by* the Permanent Bureau of the Conference, Hague Conference on Private International Law. The Hague: SDU Publishers, 1999, p. 200-205.

Titre parallèle en français: Actes et documents de la dix-huitième session, du 30 septembre au 19 octobre 1996. Tome I, Matières diverses / *édités par* le Bureau Permanent de la Conférence, Conférence de La Haye de droit international privé.
Anglais et français en regard.

Towards a European civil code / *editors*: Arthur Hartkamp ... [*et al.*]; *authors*: C. von Bar, F. Barrière, H. Beale ... [*et al.*]. 2nd rev. and expanded ed. The Hague: Kluwer Law International, 1998. xiii, 652 p.

Comprend: Liste récapitulative d'affaires — Liste récapitulative de traités, de lois et d'autres textes législatifs, par exemple: Convention des Nations Unies sur les ventes (1980); Principes d'UNIDROIT; Principes du droit européen des contrats (première partie, 1995). On notera que la deuxième partie des Principes du droit européen des contrats n'avait pas été publiée avant la parution de cet ouvrage, en avril 1998.

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI. [Vienne: Organisation des Nations Unies], 1993-. (A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1-)

Dernier recueil paru: A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/28 du 3 mars 2000.
Les documents de cette série sont publiés dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies: 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, les recueils portent sur 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.
Autres publications dans la série "Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI": 1. Guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1) du 4 février 2000. — 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 de la CNUDCI pour la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980) (A/CN.9/SER.C/INDEX/2/Rev.2) du 26 avril 1999.

Winship, P. International commercial transactions: 1998. *Business lawyer*: American Bar Association (Chicago, Ill.) 54:4:2001-2015, 1999.

Zacher, M. W. The United Nations and global commerce. New York: United Nations, 1999. 78 p.

Parties relatives aux travaux de la CNUDCI: Standardizing and harmonizing rules for international commercial transactions, p. 27-30.
Ouvrage conçu et publié par: Département de l'information de l'Organisation des Nations Unies, Section du développement et des droits de l'homme.
L'appendice comprend une liste des principaux produits issus des travaux de la CNUDCI, classés par thème, p. 70 et 71.
Cote du document: numéro de vente: E.99.I.18.

II. Vente internationale de marchandises

Bailey, J. E. Facing the truth: seeing the convention on contracts for the international sale of goods as an obstacle to a uniform law of international sales. *Cornell international law journal*: Cornell Law School (Ithaca, N.Y.) 32:273-317, 1999.

Contratación internacional / *coordinador*: C. Esplugues [Mota]; [*autores*:] S. Barona Vilar, C. Esplugues Mota, J. Hernández Martí. 2a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. 1094 p. (Tirant lo Blanch tratados)

Autre information concernant le titre tirée de la couverture: Doctrina, jurisprudencia, formularios y legislación.
Parties relatives aux travaux de la CNUDCI: 1, La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, p. 269-352. — 2, Convenio de las Naciones Unidas de 31 de marzo de 1978 (Reglas de Hamburgo), p. 673-681.
Comprend une bibliographie et différentes annexes avec des textes juridiques internationaux et des formules de contrat. Texte de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) en espagnol, p. 370 à 391.

Boele-Woelki, K. The limitation of rights and actions in the international sale of goods. *Uniform law review*: UNIDROIT (Roma) 4:3:621-650, 1999. (New series)

Titre parallèle de la revue: *Revue de droit uniforme*: Institut international pour l'unification du droit privé.

Bridge, M. G. The Vienna Sales Convention and English law: curing defective performance by the seller. *In* Festskrift til O. Lando: den 2. september 1997. Koebenhavn: Gad Jura, 1997, p. 83-108.

Bueno Barrera, M. Cuatro casos relacionados con la Convención de Viena sobre compraventas internacionales de 1980. México: Universidad Panamericana, 1996. vi, 278 p.

Mémoire de maîtrise, Universidad Panamericana, 1996.

Canada. Ministère de la justice. [Collection of laws, etc. implementing the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980).] Lois canadiennes de mise en œuvre de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. [Ottawa, Ont.: The Dept., 1999?]. Diverses paginations.
Titre de couverture.
Contient des lois portant application de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) au niveau fédéral et pour toutes les provinces, ainsi qu'une étude sur la possibilité d'adhérer à (aux) convention(s) / Protocole sur la prescription.

Castellet, L. The application of the Vienna Convention in the United States (CISG) = L'application de la Convention de Vienne aux États-Unis (CVIM). *Revue de droit des affaires internationales*: Forum européen de la communication (Paris) 5:582-595, 1999.

Autre information concernant le titre: Conventions internationales: international conventions.
Anglais et français en regard.
Titre parallèle de la revue: *International business law journal*.

Corvaglia, S. Das einheitliche UN-Kaufrecht: CISG. Bern: Stämpfli Verlag, 1998. ix, 219 p.: ill.

L'annexe reproduit le texte anglais de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980), ainsi que sa traduction non officielle en allemand, telle qu'elle a été publiée au Journal officiel fédéral (Bundesgesetzblatt); vol. 2 (1989), p. 588 et sequ.

DiMatteo, P. An international contract law formula: the informality of international business transactions plus the internationalization of contract law equals unexpected contractual liability. *Syracuse journal of international law and commerce*: Syracuse University College of Law (Syracuse, N.Y.) 23:67-111, 1997.

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)
Livraisons récentes:
I *in* 35:315-317, 8 octobre 1999;
II *in* 40:355-362, 11 novembre 1999;
III *in* 41:363-370, 18 novembre 1999.
Membres de l'équipe: J. Niessen, M.-F. Papandréou-Deterville, W. Rosch, N. Spiegel, C. Witz.
Comprend une bibliographie d'ouvrages universitaires et des adresses Internet permettant d'accéder à des décisions judiciaires.
Mentionne et commente certaines affaires.

Eiselen, S. Adoption of the Vienna Convention for the International Sale of Goods (the CISG) in South Africa. *South African law journal* (Kenwyn) 116:2:323-370, 1999.

_____ Electronic commerce and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1980. *EDI law review: legal aspects of paperless communication* (Dordrecht, Netherlands) 6:1:21-46, 1999.

Comprend un résumé en anglais.

Escher, A. UN-Kaufrecht: stillschweigender Verzicht auf Einwand einer verspäteten Mängelrüge: zugleich Anmerkung zu BGH, RIW 1999, 385 f. *Recht der internationalen Wirtschaft: Betriebs-Berater International* (Heidelberg) 45:7:495-502, Juli 1999.

Note sur une décision du Bundesgerichtshof concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980), dont les extraits ont été publiés dans cette revue; 45:5:385-386, mai 1999.

Espinosa Calabuig, R. En torno a la regulación del countertrade en el comercio internacional. *Revista general de derecho* (Valencia) 50:81-99, 1994.

Fait référence au Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations d'échanges compensés (1992).

Ferrari, F. Tasso degli interessi ed applicazione uniforme della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale. *Rivista di diritto civile* (Padova) 41:II:277-291, 1995.

Fisher, G. E. Formation of contract under the International Sales Convention. *In* Australasian Law Teachers' Association Conference 1999, 4-7 July 1999, Faculty of Law, Victoria University of Wellington. Proceedings, Volume one. 36 p.

_____ Remedies for breach of contract under the International Sales Convention. *Macarthur law review*: University of Western Sydney (Campbelltown, N.S.W., Australia) 1:2:236-257, 1997.

Cet article fait suite à un exposé présenté lors de la 52e Conférence annuelle de l'Australasian Law Teachers' Association, tenue à Sydney, du 2 au 5 octobre 1997. Note, p. 236.

Frignani, A. Il contratto internazionale. Padova: CEDAM, 1990. xxviii, 529 p.

Titre de l'ouvrage en plusieurs volumes: Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, volume dodicesimo.
Parties relatives à la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) et à la Convention sur la prescription (1974/1980): La Convenzione di Vienna del 1980, p. 305-323. — La Convenzione di New York sulla prescrizione, p. 323-326.

Frisch, D. Commercial common law, the United Nations Convention on the International Sale of Goods, and the intertia of habit. *Tulane law review*: Tulane Law School (New Orleans, La.) 74:2:495-559, December 1999.

Gabriel, H. D. How international is the sales law of the United States? Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1999. 37 p. (Saggi, conferenze e seminari / Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero; 34)

Gillette, C. P. and S. D. Walt. Sales law: domestic and international. New York, N.Y.: Foundation Press, 1999. xiii, 430 p. (Concepts and insights series)

Décrit et analyse le droit de la vente par rapport à l'article 2 du Code de commerce uniforme et à la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980). — Préface.
Comprend une liste récapitulative d'affaires et un index par sujet.

Honnold, J. O. Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention. 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, c1999. xxix, 608 p.

Un des commentaires sur chaque article de la Convention qui font le plus autorité. Il va de pair avec un autre ouvrage du même auteur, intitulé Documentary history of the Uniform Law for International Sales. — Deventer, Neth.: Kluwer, 1989, dans lequel sont reproduits les travaux préparatoires.

Hugo, C. The United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods: its scope of application from a South African perspective. *SA mercantile law journal* (Kenwyn) 11:1:1-27, 1999.

Titre parallèle de la revue: *SA tydskrif vir handelsreg*.

Kemppainen, M. *and* E. Näätänen. CISG: n soveltamisalasta ja myyjän olennaisesta sopimusrikkomuksesta sopimuksen purkuperusteena. *Defensor legis*: Organ för Finlands advokatförbund (Helsinki) 81:130-139, 2000.

En finnois.

Kim, J.-Y. Transfer of risk for international sales contracts. *Arbitration journal*: Korean Commercial Arbitration Board (Seoul) 295:81-95, 2000.

En coréen avec un bref résumé en anglais.
Titre tiré de la table des matières en anglais.

Klotz, J. M. *and* J. A. Barrett, Jr. International sales agreements: an annotated drafting and negotiating guide. International ed. The Hague: Kluwer Law International, c1998. xxvi, 386 p.

Présente, dans ses grandes lignes, la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) (Cap.1.I). Le reste du guide contient un contrat de vente international annoté, qui ne comporte aucune indication de lieu et dont chaque clause est assortie d'un commentaire. Les clauses sont examinées dans le cadre de la Convention dans l'hypothèse où cette dernière pourrait s'appliquer aux opérations. — Introduction, p. xxvi.

Mo, J. S. The Code of contract law of the People's Republic of China and the Vienna Sales Convention. *American University international law review*: Washington College of Law, American University (Washington, D.C.) 15:209, 1999.

Philippe, D. Vienna Convention on the International Sale of Goods. *Comparative law yearbook of international business* (The Hague) 21:441-493, 1999.

Piltz, B. Entscheidungen des BGH zum CISG. *Internationales Handelsrecht: Mitteilungen für die wirtschaftliche Praxis* (Hamburg) 2:13-28, 1999. (Beilage zu der Zeitschrift *Transportrecht* 22:5, Mai 1999).

_____ Gestaltung von Exportverträgen. *Recht der internationalen Wirtschaft: Betriebs-Berater International* (Heidelberg) 897-902, December 1999.

Rathjen, P. Haftungsentlastung des Verkäufers oder Käufers nach Art. 79, 80 CISG. *Recht der internationalen Wirtschaft: Betriebs-Berater International* (Heidelberg) 45:8:561-565, August 1999.

Schilf, S. Writing in confirmation: valid evidence of a sales contract? Reflections in a Danish case regarding usages, CISG and the UNIDROIT Principles. *Uniform law review*: UNIDROIT (Roma) 4:4:1004-1009, 1999.

Titre parallèle de la revue: *Revue de droit uniforme*: Institut international pour l'unification du droit privé.

Schlosser, P. Rechtszersplitterung durch internationales Einheitsrecht?: Eine Studie zu kaufmännischen Bestätigungsschreiben und Rechnungsaufdrucken nach deutschem materiellem Recht, nach Para. 1031 ZPO, nach Art. 17 EuGVÜ, nach Art. 9 Abs. 2 CISG und Nr. 2.12 UNIDROIT-Grundsätzen. *In* Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag / *herausgeg. von* Volker Beuthien, ... [*et al.*]. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1999, p. 543-554.

Tallon, D. Les obstacles à l'unification du droit: comment les surmonter? *In* Festskrift til Ole Lando: den 2. september 1997. Koebenhavn: Gad Jura, 1997. p. 317-323.

Fait référence à la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980), aux Principes d'UNIDROIT (1994) et aux Principes du droit européen des contrats. (Première partie, première version, 1995)
Réflexions d'un spécialiste sur les deux ensembles de principes.

Thiele, C. Interest on damages and rate of interest under article 78 of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*: Willem C. Vis Alumni Moot Association. 2:3-35, 1998.

Reproduit en parallèle par: Institut on International Commercial Law — On trouvera une bibliographie sur le CVIM et les Principes d'UNIDROIT à l'adresse Internet suivante: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/thiele.html>
(site visité le 3 avril 2000).
Mémoire présenté à la Pace University School of Law.

Timoteo, M. Overview on Chinese court decisions on CISG = Aperçu des décisions des tribunaux chinois sur la CVIM. *Revue de droit des affaires internationales*: Forum européen de la communication (Paris) 4:471-479, 1999.

Autre information concernant le titre: Conventions internationales.
Anglais et français en regard.
Titre parallèle de la revue: *International business law journal*.

Ziegel, J. Canada's first decision on the International Sales Convention. *Canadian business law journal*: Canada La Book (Toronto) 32:2:313-325, 1999.

Titre parallèle de la revue: *Revue canadienne du droit de commerce*.

III. Arbitrage commercial international et conciliation

Aboul-Enein, M.I.M. The development of international commercial arbitration laws in the Arab world. *Arbitration*: journal of the Chartered Institute of Arbitrators (London) 65:4:314-320, November 1999.

Administrative Council of the Permanent Court of Arbitration. Designation of appointing authorities by the Secretary-General [of the Permanent Court of Arbitration]. *Permanent Court of Arbitration annual report*: International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (The Hague) 98:13-17, 1998.

Titre parallèle du rapport: *Cour Permanente d'Arbitrage, rapport annuel*.

Alvarez, H. Canada: Applying the UNCITRAL Model Law. *Arbitration and ADR*: International Bar Association, Section on Business Law, Committee D (London) 4:2:5-7, September 1999.

Annan, K. The 1958 New York Convention as a model for subsequent legislative texts on arbitration. *Arbitration international*: journal of the London Court of International Arbitration (London) 15:3:319-321, 1999.

Reproduit le texte de la déclaration liminaire faite par le Secrétaire général Kofi Annan lors de la Journée de la Convention de New York, le 10 juin 1998.
Également reproduit dans l'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York: expériences et perspectives. New York: Nations Unies, 1999, 60 pages.

Ashman, V. M. Evolving issues in international commercial arbitration: UNCITRAL's current project. *ADR currents*: American Arbitration Association (New York, N.Y.) 11-15, December 1999.

Version éditée de l'article paru dans le *New York law journal.*

_____ UNCITRAL: evolving issues in international commercial arbitration. *New York law journal* (New York, N.Y.) 222:48:1-4, 7 September 1999.

Bernstein, R. ...[*et al.*]. Handbook of arbitration practice. 3rd ed. Sweet & Maxwell in conjunction with The Chartered Institute of Arbitrators, 1998. 1009 p.

Binder, P. M. The UNCITRAL model law on international commercial arbitration: A commentary and international comparison of its adoption. Peter M. Binder (Salzburg): [s.n.], 1999. 284 p.

Thèse de doctorat — Université de Salzbourg, 1999.
Comprend des tableaux comparatifs des articles adoptés par 44 pays et une liste de documents de travail de la CNUDCI ("travaux préparatoires").

Bunni, N. G. Ireland's Arbitration (International Commercial) Act 1998 = Loi irlandaise de 1998 sur l'arbitrage (International Commercial). *Revue de droit des affaires internationales*: Forum européen de la communication (Paris) 4:482-493, 1999.

Titre parallèle de la revue: *International business law journal*
Anglais et français en regard.

Chang, B.-H. Internationalization of the arbitral proceedings in view of the UNCITRAL arbitration rules and model law. *Arbitration journal*: Korean Commercial Arbitration Board (Seoul) 293:41-55, 1999.

En coréen avec un bref résumé en anglais. Titre tiré de la table des matières en anglais.

Donovan, D. F. Powers of the arbitrators to issue procedural orders, including interim measures of protection, and the obligation of parties to abide by such orders. *ICC International Court of Arbitration bulletin*: International Chamber of Commerce (Paris) 10:1:57-71, spring 1999.

Drahozal, C. R. Commercial norms, commercial codes, and international commercial arbitration. *Vanderbilt journal of transnational law*: Vanderbilt University School of Law (Nashville, Tenn.) 33:79-146, 2000.

L'appendice I cite les règles d'arbitrage international concernant les usages commerciaux. L'appendice II cite les lois sur l'arbitrage international concernant les usages commerciaux.

Enforcing arbitration awards under the New York Convention: experience and prospects. Titre de la version française: L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York: expérience et perspectives. Titre de la version espagnole: La ejecución de las sentencias arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York: experiencias y perspectivas. Nations Unies (New York) 51:1999.

Exposés présentés lors de la Journée de la Convention de New York, organisée le 10 juin 1998 au Siège de l'Organisation des Nations Unies à l'occasion du 40e anniversaire de la Convention.
Publication des Nations Unies, numéro de vente: E/F/S.99.V.2.

Fina, A. A. de. The party appointed arbitrator in international arbitrations — role and selection. *Arbitration international*: London Court of International Arbitration (London) 15:4:381-392, 1999.

Hass, D. *and* V. Triebel. Germany: provisional measures in arbitration law. *Arbitration and ADR*: International Bar Association, Section on Business Law, Committee D (London) 4:2:9-10, September 1999.

Hacking, D. Arbitration law reform in Europe. *Arbitration*: journal of the Chartered Institute of Arbitrators (London) 65:3:180-185, August 1999.

Indique les modifications apportées aux lois d'arbitrage en Europe.

Heger, S. Internationale Schiedsgerichtbarkeit in Osteuropa. *Recht der internationalen Wirtschaft-Betriebs-Berater international* (Heidelberg) 45:7:481-487, 1999.

Herrmann, G. Does the world need additional uniform legislation on arbitration?: The 1998 Freshfields lecture. *Arbitration international*: London Court of International Arbitration (London) 15:3:211-226, 1999.

Holtzmann, H. M. Centripetal and centrifugal forces in modern arbitration. *Arbitration*: journal of the Chartered Institute of Arbitrators (London) 65:4:302-307, November 1999.

Huleatt-James, M. *and* N. Gould. International commercial arbitration: a handbook. 2nd ed. London: Lloyd's of London Press, 1999. 145 p.

Kaplan, N. *and* A. Evans. Introduction to the millennium journal. *Arbitration*: journal of the Chartered Institute of Arbitrators (London) 65:4:241-243, November 1999.

Karrer, P. A. Freedom of an arbitral tribunal to conduct proceedings. *ICC International Court of Arbitration bulletin*: International Chamber of Commerce (Paris) 10:1:14-26, spring 1999.

KCAB's [Korean Commercial Arbitration Board] Administrative Rules for Arbitration under UNCITRAL Arbitration Rules. *In* Arbitration practice in Korea '99. Seoul: Korean Commercial Arbitration Board, 1999. p. 36-39.

Kim, S.-H. The arbitral administration under the UNCITRAL rules and application of national law. *Arbitration journal*: Korean Commercial Arbitration Board (Seoul) 294:46-57, winter 1999.

En coréen avec un bref résumé en anglais.
Titre tiré de la table des matières en anglais.

Kolkey, D. M. It's time to adopt the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. *Transnational law & contemporary problems*: University of Iowa College of Law (Iowa City, Iowa) 8:1:3-17, spring 1998.

Kuckenburg, J. Developments in arbitration in Germany in 1998. *Arbitration and ADR*: International Bar Association, Section on Business Law, Committee D (London) 4:1:19-21, May 1999.

Lee, S.-W. Reports on the 5th IFCAI [International Federation of Commercial Arbitration Institutions] General Assembly and the 32nd UNCITRAL General Assembly. *Arbitration journal*: Korean Commercial Arbitration Board (Seoul)

En coréen.
Titre tiré de la table des matières en anglais.
En deux livraisons:
I in 293:4-17, 1999;
II in 294:96-113, 2000.

Lourens, M. The issue of "arbitrability" in the context of international commercial arbitration. *SA mercantile law journal* (Kenwyn).

Mémoire de maîtrise de droit, Université de Stellenbosch, 1998.
En deux livraisons:
I in 11:2:363-383, 1999;
II in 11:3:439-462, 1999.
Titre parallèle de la revue: *SA Tydskrif vir handelsreg*.

Model arbitration law quarterly reports. London: Simmonds & Hill Publishing Ltd., 1995 — Version sur papier et sur CD-ROM.

Le CD-ROM contient un index.

Montoya Alberti, U. Peru [a country report on commercial arbitration, both domestic and international] *In* International handbook on commercial arbitration */ gen. eds*., P. Sanders and A. J. van den Berg, with the assistance of International Bureau of the Permanent Court of Arbitration. The Hague: Kluwer, 1990. Suppl. 27, 28 p. + Annex 1, December 1998.

L'annexe reproduit, tel que traduit en anglais, le texte de la loi générale sur l'arbitrage (n° 26572), entrée en vigueur le 6 janvier 1996, 30 pages.

Okekeifere, A. I. Appointment and challenge of arbitrators under the UNCITRAL Model Law. *International arbitration law review* (London).

En deux livraisons:
I in 2:5&6:167-174, 1999;
II in 3:1:13-18, 2000.

_____ International commercial arbitration and the UNCITRAL Model Law under written federal constitutions: necessity versus constitutionality in the Nigerian legal framework. *Journal of international arbitration*: (London) 16:2:49-71, 1999.

_____ Public policy and arbitrability under the UNCITRAL model law. *International arbitration law review*: (London) 2:2:70-77, 1999.

Pepper, R. A. Why arbitrate?: Ontario's recent experience with commercial arbitration. *Osgoode Hall law journal*: Osgoode Hall Law School, York University (North York, Ontario) 36:4:807-845, 1998.

Rajiski, J. Arbitration in Central and Eastern Europe. *International arbitration law review*: (London) 2:2:47-52, 1999.

Ramaswamy, P. Interim measures of protection under the Indian Arbitration and Conciliation Act 1996. *Arbitration international*: London Court of International Arbitration (London) 15:4:399-404, 1999.

Sanders, P. What may still be done in the world of arbitration? *Arbitration*: journal of the Chartered Institute of Arbitrators (London) 65:4:260-265, November 1999.

Schaefer, J. Borrowing and cross-fertilising arbitration laws: a comparative overview of the development of Hong Kong and Singapore legislation for international commercial arbitration. *Journal of international arbitration*: (London) 16:4:41-99, 1999.

Smit, R. H. The Center for Public Resources rules for Non-administered Arbitration of International Disputes: a critical and comparative commentary. *American review of international arbitration*: Parker School of Foreign and Comparative Law (New York).

En deux parties:
I in 2:4:411-454, 1991;
II in 8:3-4, 275-326, 1997.
L'appendice I, p. 442 à 454, reproduit les règles.

UNCITRAL working group to study specific international commercial arbitration issues. *International arbitration report* (King of Prussia, Pa.) 14:10:16, October 1999.

Sousa Silva, A. Some innovative and controversial aspects of the new Brazilian Arbitration Act. *International arbitration report* (King of Prussia, Pa.) 14:7:28-54, July 1999.

Morán Bovio, D. Sixth Willem C. Vis international commercial arbitration moot ; una experiencia para ser contada / *Derecho de los negocios* (Madrid) 19:106-107:91-95, julio-agosto de 1999.

IV. Transports internationaux

Barona Vilar, S. Convenio de las Naciones Unidas de 31 de marzo de 1978 (Reglas de Hamburgo) / S. Barona Vilar, C. Esplugues Mota, J. Hernandez Marti. *In* Contratación internacional / coordinador: C. Esplugues [Mota]. 2nd ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 673-681.

V. Paiements internationaux

* * *

VI. Commerce électronique

Axelrud de Lendner, R. M. informe sobre el Proyecto de Régimen Uniforme para el uso de la firma electrónica (Organización de las Naciones Unidas, 25 de febrero de 1999) = Rapport relatif au projet de Régime uniforme pour l'emploi de la signature électronique (Organisation des Nations Unies, le 25 février 1999). *Revista internacional del notariado*: Unión Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires) 98:93-97, 1999.

Espagnol et français en regard.

Bernstorff, C. Graf von. Ausgewählte Rechtsprobleme im Electronic Commerce. *Recht der internationalen Wirtschaft-Betriebs-Berater International* (Heidelberg) 46:1:14-20, Januar 2000.

Clift, J. Electronic commerce: the UNCITRAL Model Law and electronic equivalents to traditional bills of lading. *International business lawyer:* journal of the Section on Business Law of the International Bar Association (London) 27:7:311-317, July/August 1999.

Eiselen, S. Electronic commerce and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1980. *EDI law review: legal aspects of paperless communication* (Dordrecht, Netherlands) 6:1:21-46, 1999.

Comprend un résumé en anglais.

Flint, D. United Kingdom electronic commerce consultation: too little, too late? *Business law review* (London) 20:5:125-132, May 1999.

Gregory, J. D. The authentication of digital legal records. *EDI law review: legal aspects of paperless communication* (Dordrecht, Netherlands) 6:1:47-63, 1999.

_____ Solving legal issues in electronic commerce. *Canadian business law journal* (Agincourt, Ont.) 32:1:84-131, July 1999.

Titre parallèle de la revue: *Revue canadienne du droit de commerce*.

Herrmann, G. Establishing a legal framework for electronic commerce: the work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *World trade and arbitration materials*: Kluwer (The Hague) 11:6:45-57, 1999.

Texte de l'exposé présenté par G. Herrmann, Secrétaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), à la Conférence internationale de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le commerce électronique et la propriété intellectuelle, tenue à Genève, du 14 au 16 septembre 1999.
Document OMPI: WIPO/EC/CONF/99/SPK/24-C (septembre 1999)

_____ Global imperative ... and the pitfalls of regionalism. *e-Business world*: International Chamber of Commerce (Paris) 1:4:8-10, January-February 2000.

Maradiaga M., J. R. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y Proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas. M.s.l.: INFOP, 1999. 71 p.: port.

En-tête du titre: Instituto Nacional de Formación Profesional; INFOP.
Reproduit la version espagnole de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), p. 33 à 71, et du projet de règles uniformes de la CNUDCI sur les signatures électroniques (texte de 1998), et présente brièvement ces deux textes, p. 5 à 32.

Mazilu, D. Contributia Comisiei Natiunilor Unite pentru Drept Comercial International la promovarea unor reguli uniforme in domeniul comertului electronic. *Revista de drept comercial* (Bucuresti) 9:4:91-106, 1999. (Serie Noua)

Traduction du titre: Contribution de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à la promotion de règles uniformes dans le commerce électronique.

_____ Dreptul comertului international. Partea generala (Curs). Bucuresti: Editura Lumina Lex, 1999. 511 p.

En roumain.
Traduction du titre de l'ouvrage: Le droit du commerce international. Généralités (manuel de cours).
Parties relatives aux travaux de la CNUDCI. Titre IV, Dezvoltarea progresiva a dreptului comertului international = Développement progressif du droit commercial international, p. 235 à 277. [Chapitre premier sur le commerce électronique, p. 238 à 257. — Chapitre 2 sur les projets d'infrastructure à financement privé et sur les CET, p. 258 à 277].
Comprend une bibliographie, p. 458 à 487.
Comprend également une conclusion en anglais, p. 488 à 496.

Nicoll, C. C. Electronic commerce: a New Zealand perspective. *EDI law review: legal aspects of paperless communication* (Dordrecht, Netherlands) 6:1:5-20, 1999.

Overby, A. B. Will cyberlaw be uniform?: an introduction to the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. *Tulane journal of international and comparative law*: Tulane Law School (New Orleans, La.) 7:219-310, spring 1999.

Texte de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), p. 237 à 250. — Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type, p. 251 à 310.

Pejovic, C. Main legal issues in the implementation of Electronic Data Interchange (EDI) to bills of lading. *European transport law: journal of law and economics* (Antwerpen) 34:2:183-185, 1999.

Examine la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

Piaggi, A. I. Reflexiones sobre la contratación electrónica. *La Ley* (Buenos Aires) 63:24:1-3, jueves 4 de febrero de 1999.

Sorieul, R. Brief overview of international initiatives for an electronic commerce uniform legal network = Aperçu de quelques initiatives internationales pour un droit uniforme du commerce électronique. *Uniform law review*: UNIDROIT (Roma) 4:4:908-926, 1999.

Anglais et français en regard.
Titre parallèle de la revue: *Revue de droit uniforme*: Institut international pour l'unification du droit privé.

Stoll, P.-T. *and* B. Goller. Electronic commerce and the internet. *German yearbook of international law* (Berlin) 41:128-169, 1998.

Parties relatives aux travaux de la CNUDCI: Electronic commerce communications and transactions, p. 150-166.
En partie consacré à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) et au projet de règles uniformes de la CNUDCI sur les signatures électroniques (texte de 1998).
Titre parallèle de la revue: *Jahrbuch für internationales Recht*.

UNCITRAL and electronic signatures. *Documentary credits INsight*: International Chamber of Commerce (Paris) 5:2:24, spring 1999.

Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, 1996, avec article 5 *bis* tel qu'ajouté en 1998. New York: Nations Unies, 1999. vii, 75 pages.

Contenu: 1. Résolution 51/162 de l'Assemblée générale du 16 décembre 1996 sur le rapport de la sixième Commission (A/51/628). — 2. Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. — 3. Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.
À présent disponible dans toutes les langues officielles de l'Organisation des Nations Unies.

VII. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by

Gerold Herrmann on why ICC rules and international conventions are both necessary. *Documentary credits INsight*: International Chamber of Commerce (Paris) 5:2:6-8, spring 1999.

Autre information concernant le titre: The Insight interview.

Herrmann, G. UNCITRAL Secretary Gerold Herrmann speaks on the UN convention. *Documentary credit world* (Montgomery Village, Md.) 3:12:31-37, December 1999.

Approbation par la CCI de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. Paris: Chambre de commerce internationale, 21 juin 1999.

ICC Doc. 470/864/Rev.2

International developments — UNCITRAL: report of the working group on international contract practices. *Commonwealth law bulletin*: Commonwealth Secretariat (London) 25:556-559, 1999.

Ly, P. de. The United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit. *International lawyer*: American Bar Association (Chicago, Ill.) 33:3:831-846, fall 1999.

VIII. Passation des marchés

* * *

IX. Insolvabilité internationale

Barrett, J. A. and J. S. Ziegel. The continuing challenges of international insolvencies: UNCITRAL. *In* Private investments abroad: problems and solutions in international business in 1998. New York: Bender, 1999. Para. 2.03[4].

Cronin, M. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: procedural approach to a substantive problem, *Journal of corporation law*: University of Iowa (Iowa City, Iowa) 24:709-726, spring 1999.

Esplugues Mota, C. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, de 30 de mayo de 1997: de la hambruna al exceso? *Cuadernos de derecho y comercio*: Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio (Madrid) 27:45-80, 1998.

Fletcher, I. F. Update on INSOL: Model Law [on Cross-Border Insolvency (1997)]. *Insol world: the newsletter of INSOL International* (London) 9, July 1999.

_____ Insolvency in private international law: national and international approaches. Oxford: Clarendon Press, 1999. lxvii, 465 p. (Oxford monographs in private international law)

Cap. 8: A global initiative: UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, p. 323-363.
L'appendice IV reproduit la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité (1997), p. 432 à 441.

Leonard, E. B. The accelerating changes in international insolvency and restructuring. *In* Euromoney Legal Group guide to the world's leading insolvency and restructuring lawyers. *International financial law review special supplements* (London) 3-5, May 1999.

Supplément spécial au numéro de la revue *International financial law review* paru en mai 1999.

New Zealand. Law Commission.

Cross-border insolvency: should New Zealand adopt the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency? Wellington, New Zealand: The Commission, February 1999. xvi, 152 p. (NZLC; R52)

Comprend un résumé, p. xi-xiv, une bibliographie et un index par sujet.
Cote du document: également publié sous la cote E 31 AM, en tant que document parlementaire.

New Zealand: cross-border insolvency. *Commonwealth law bulletin*: Commonwealth Secretariat (London) 25:357-366, spring 1999.

Obank, R. Outlining insolvency practice in Europe — ensuring maximum recovery from European insolvent companies. *Butterworths journal of international banking and financial law* (London) 14:10:437-444, November 1999.

Orderly and effective insolvency procedures: key issues / Legal Department, International Monetary Fund. Washington, D.C.: The Fund, 1999. ix, 93 p.

Contenu (extraits): Cap. 6, Cross-border insolvency issues, p. 81-82. — Appendix, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (note d'information établie par le secrétariat de la CNUDCI), p. 83 à 93.
Principale conclusion du chapitre 6: L'adoption par les pays de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité (1997) serait un moyen efficace de faciliter la reconnaissance des procédures étrangères et la coopération entre les tribunaux et les administrateurs de différents pays.

Schlosser, P. Recent developments in transit-border insolvency. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1999. 29 p. (Saggi, conferenze e seminari / Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero; 35)

Smith, A. D. *and* D. A. Ailola. Cross-border insolvencies: an overview of some recent legal developments. *SA mercantile law journal* (Kenwyn) 11:2:192-209, 1999.

Partie relative aux travaux de la CNUDCI: 5, The UNCITRAL Model Law and the draft South African Cross-Border Insolvency Act, p. 202-209.
Titre parallèle de la revue: *SA tydskrif vir handelsreg*.

X. Financement par cession de créances

Bazinas, S. V. Le projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances à des fins de financement: ses objectifs et ses effets sur les autres lois. *Revue de droit bancaire et de la bourse* (Paris) 75:171-182, septembre-octobre 1999.

Reproduit le texte du document A/CN.9/466 de la CNUDCI.

Brink, U. Die UNCITRAL Konvention über Internationale Forderungsabtretung: ein Besuch im UNCITRAL Vergnügungspark / Mainz: Oktober 1999. 17, 10 p.

L'annexe reproduit le texte anglais du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement, tiré du document A/CN.9/WG.II/WP.104 de la CNUDCI daté du 16 juillet 1999. — Note 1.

Carsella, M. B. UNCITRAL update. *Secured lender: magazine of the asse-based financial services industry* (New York, N.Y.) 8-13, June 1999.

Die Forderungsabtretung insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen / herausgegeben von Hadding W. *and* Uwe Schneider *eds*. Berlin: Duncker & Humblot, 868 p.

Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen: Abt. B, Rechtswissenschaft: Schriften des Instituts für deutsches und internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz; Bd. 120.

Janzen, D. Der UNCITRAL-Konventionsentwurf zum Recht der internationalen Finanzierungsabtretung: Symposium in Hamburg am 18 und 19 September 1998. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Tübingen) 63:2:368-377, 1999.

Mattout, J.-P. Cessions internationales de créances, projet CNUDCI: état des lieux: les besoins de la pratique. *Revue de droit bancaire et de la bourse* (Paris) 75:165-168, septembre-octobre 1999.

Pelichet, M. Note on the law applicable to assignment in receivables financing = Note sur la loi applicable à la cession de créances. *In* Proceedings of the Eighteenth Session 30 September to 19 October 1996. Tome I, Miscellaneous matters / *edited by* the Permanent Bureau of the Conference, Hague Conference on Private International Law. The Hague: SDU Publishers, 1999. p. 196-201.

Titre parallèle en français: Actes et documents de la dix-huitième session, du 30 septembre au 19 octobre 1996. Tome I, Matières diverses / *édités par* le Bureau permanent de la Conférence, Conférence de La Haye de droit international privé.
Anglais et français en regard.

Schneider, U. H. Pflichten und Haftung der erstbeauftragten Kreditinstitute bei grenzüberschreitenden Überweisungen — auf dem Weg zu einem Sonderrecht für Kettenverträge. *Wertpapier-Mitteilungen (Teil 4): Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* (Frankfurt am Main) 53:44:2189-2198, 6. November 1999.

Schwarcz, S. Towards a centralized perfection system for cross-border receivables financing. *University of Pennsylvania journal of international economic law*: University of Pennsylvania Law School (Philadelphia, Pa.) 20:455-476, 1999.

Stoufflet, J. Les contraintes juridiques actuelles. *Revue de droit bancaire et de la bourse*: (Paris) 75:169-170, septembre-octobre 1999.

XI. Contrats internationaux de construction

* * *

XII. Projets d'infrastructure à financement privé

Mazilu, D. Dreptul comertului international. Partea generala (Curs). Bucuresti: Editura Lumina Lex, 1999. 511 p.

En roumain.
Traduction du titre de l'ouvrage: Le droit du commerce international. Généralités (manuel de cours).
Parties relatives aux travaux de la CNUDCI: Titre IV, Dezvoltarea progresiva a dreptului comertului international = développement progressif du droit commercial international, p. 235 à 277. [Chapitre premier sur le commerce électronique, p. 238 à 257. — Chapitre 2 sur les projets d'infrastructure à financement privé et les CET, p. 258 à 277].
Comprend une bibliographie, p. 458 à 487.
Comprend également des conclusions en anglais, p. 488 à 496.

_____ Finantarea privata a proiectelor de infrastructura, in dezbaterea Comisiei O.N.U. pentru Drept Comercial International. *Revista de drept comercial* (Bucuresti) 9:2:115-126, 1999. (Serie Noua)

Traduction du titre: Bilan des débats sur les projets d'infrastructure à financement privé au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

Wallace, D. Issues in privately financed infrastructure. *In* Private investments abroad: problems and solutions in international business in 1998. New York: Bender, 1999. Para. 5

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, 1974 (New York)[b] et Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1980 (Vienne)[c]

Titre abrégé	*Titre complet*
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 (1986)[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]
Convention sur les lettres de change et les billets à ordre (1988)	Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (1988)[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]

Titre abrégé	*Titre complet*
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.

II. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A. Liste des documents dont était saisie la Commission à sa trente-deuxième session		
	1. *Documents à distribution générale*	
A/CN.9/453	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier des séances de la trente-deuxième session	Non reproduit
A/CN.9/454	Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-troisième session	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/455	Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-neuvième session	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/456	Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa trentième session	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/457	Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-quatrième session	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/458	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé	Deuxième partie, III
A/CN.9/458/Add.1	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé — Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé	Deuxième partie, III
A/CN.9/458/Add.2	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé — Chapitre premier. Considérations générales sur la législation	Deuxième partie, III
A/CN.9/458/Add.3	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé — Chapitre II. Risques de projet et appui des pouvoirs publics	Deuxième partie, III
A/CN.9/458/Add.4	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé — Chapitre III. Sélection du concessionnaire	Deuxième partie, III
A/CN.9/458/Add.5	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé — Chapitre IV. L'accord de projet	Deuxième partie, III

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/458/Add.6	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé — Chapitre V. Construction et exploitation de l'infrastructure	Deuxième partie, III
A/CN.9/458/Add.7	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé — Chapitre VI. Achèvement du projet, prorogation et résiliation	Deuxième partie, III
A/CN.9/458/Add.8	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé — Chapitre VII. Droit applicable	Deuxième partie, III
A/CN.9/458/Add.9	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé — Chapitre VIII. Règlement des différends	Deuxième partie, III
A/CN.9/459	Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS98)	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/459/Add.1	Règles uniformes pour les "Contract Bonds" (RUCB)	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/460	Arbitrage commercial international: travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international	Deuxième partie, V
A/CN.9/461	Formation et assistance technique	Deuxième partie, IX
A/CN.9/462	État des conventions et des lois types	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/462/Add.1	Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité: proposition de l'Australie	Deuxième partie, VI
A/CN.9/463	Bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI	Annuaire, vol. XXIX, 1998, troisième partie, III

2. *Documents à distribution restreinte*

A/CN.9/XXXII/CRP.1 et Add. 1 à 23	Projet de rapport de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial et international sur les travaux de sa trente-deuxième session	Non reproduit
A/CN.9/XXXII/CRP.2	Proposition de la délégation de la République de Corée	Non reproduit
A/CN.9/XXXII/CRP.3	Ajouts au chapitre II proposés par la délégation des États-Unis d'Amérique	Non reproduit

3. *Documents d'information*

A/CN.9/XXXII/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*

B. Liste des documents dont le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux était saisi à sa vingt-neuvième session

1. *Documents de travail*

A/CN.9/WG.II/WP.97	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.98	Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-neuvième session: articles révisés du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement: remarques et suggestions: note du secrétariat	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.99	Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-neuvième session: financement par cession de créances: rapport du groupe d'experts préparé par le Bureau Permanent de la Conférence de la Haye de droit international privé: note du secrétariat	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.II/WP.100	Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-neuvième session: proposition des États-Unis d'Amérique	Deuxième partie, I, D

2. *Documents à distribution restreinte*

A/CN.9/WG.II/XXIX/ 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-neuvième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/XXIX/ CRP.2 et Add.1 à 5	Projet de rapport du groupe de rédaction	Non reproduit

3. *Documents d'information*

A/CN.9/WG.II/XXIX/ INF.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 trentième session

1. *Documents de travail*

A/CN.9/WG.II/WP.101	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.102	Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa trentième session: articles révisés du projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement: remarques et suggestions: note du secrétariat	Deuxième partie, I, F

2. *Documents à distribution restreinte*

A/CN.9/WG.II/XXX/ 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 trentième session	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.II/XXX/ CRP.2 et Add.1 à 6	Projet de rapport du groupe de rédaction	Non reproduit

3. *Documents d'information*

A/CN.9/WG.II/XXX/ 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-troisième session

1. *Documents de travail*

A/CN.9/WG.IV/WP.75	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/WP.76	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-troisième session: projet de règles uniformes sur les signatures électroniques: note du secrétariat	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.77	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-troisième session: proposition des États-Unis d'Amérique: note du secrétariat	Deuxième partie, II, C

2. *Documents à distribution restreinte*

A/CN.9/WG.IV/ XXXIII/CRP.1 et Add.1 à 13	Projet de rapport du groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-troisième session	Non reproduit

3. *Documents d'information*

A/CN.9/WG.IV/ XXXIII/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

E. Liste des documents dont le Groupe de travail sur le commerce électronique était saisi à sa trente-quatrième session

1. *Documents de travail*

A/CN.9/WG.IV/WP.78	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/WP.79	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-quatrième session: projet de règles uniformes sur les signatures électroniques: note du secrétariat	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.IV/WP.80	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-quatrième session: signatures électroniques: note du secrétariat	Deuxième partie, II, F

2. *Documents à distribution restreinte*

A/CN.9/WG.IV/ XXXIV/CRP.1 et Add.1 à 8	Projet de rapport du groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-quatrième session	Non reproduit

3. *Documents d'information*

A/CN.9/WG.IV/ XXXIV/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

III. 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); pratiques en matière de contrats internationaux (à partir de 1981)
   c) Groupe de travail III: Réglementation internationale des transports maritimes
   d) Groupe de travail IV: Effets de commerce internationaux (1973 à 1987); paiements internationaux (1988 à 1992); commerce électronique (à partir de 1992)
   e) Groupe de travail V: Nouvel ordre économique international; insolvabilité transnationale (1996 à 1997)
7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI
8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires
9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI.

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI			
A/7216 (première session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, A	77
A/7618 (deuxième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, A	101
A/8017 (troisième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, III, A	138
A/8417 (quatrième session)	Volume II: 1971	Première partie, II, A	12
A/8717 (cinquième session)	Volume III: 1972	Première partie, II, A	11
A/9017 (sixième session)	Volume IV: 1973	Première partie, II, A	13
A/9617 (septième session)	Volume V: 1974	Première partie, II, A	13
A/10017 (huitième session)	Volume VI: 1975	Première partie, II, A	9
A/31/17 (neuvième session)	Volume VII: 1976	Première partie, II, A	11
A/32/17 (dixième session)	Volume VIII: 1977	Première partie, II, A	14
A/33/17 (onzième session)	Volume IX: 1978	Première partie, II, A	14
A/34/17 (douzième session)	Volume X: 1979	Première partie, II, A	14
A/35/17 (treizième session)	Volume XI: 1980	Première partie, II, A	7
A/36/17 (quatorzième session)	Volume XII: 1981	Première partie, A	3
A/37/17 et Corr.1 (quinzième session)	Volume XIII: 1982	Première partie, A	3
A/38/17 (seizième session)	Volume XIV: 1983	Première partie, A	3
A/39/17 (dix-septième session)	Volume XV: 1984	Première partie, A	3
A/40/17 (dix-huitième session)	Volume XVI: 1985	Première partie, A	3
A/41/17 (dix-neuvième session)	Volume XVII: 1986	Première partie, A	3
A/42/17 (vingtième session)	Volume XVIII: 1987	Première partie, A	3
A/43/17 (vingt et unième session)	Volume XIX: 1988	Première partie, A	3
A/44/17 (vingt-deuxième session)	Volume XX: 1989	Première partie, A	3

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/45/17 (vingt-troisième session)	Volume XXI: 1990	Première partie, A	3
A/46/17 (vingt-quatrième session)	Volume XXII: 1991	Première partie, A	3
A/47/17 (vingt-cinquième session)	Volume XXIII: 1992	Première partie, A	3
A/48/17 (vingt-sixième session)	Volume XXIV: 1993	Première partie, A	3
A/49/17 (vingt-septième session)	Volume XXV: 1994	Première partie, A	3
A/50/17 (vingt-huitième session)	Volume XXVI: 1995	Première partie, A	3
A/51/17 (vingt-neuvième session)	Volume XXVII: 1996	Première partie, A	3
A/52/17 (trentième session)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, A	3
A/53/17 (trente et unième session)	Volume XXIX: 1998	Première partie, A	3

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
51/161	Volume XXVII: 1996	Première partie, D	41

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
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
53/103	Volume XXIX: 1998	Première partie, D	34

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
A/53/632	Volume XXIX: 1998	Première partie, C	33

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

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
TD/B/1026	Volume XV: 1984	Première partie, B	24
TD/B/1077	Volume XVI: 1985	Première partie, B	49
TD/B/L.810/Add.9	Volume XVII: 1986	Première partie, B	37
A/42/15	Volume XVIII: 1987	Première partie, B	41
TD/B/1193	Volume XIX: 1988	Première partie, B	19
TD/B/1234/Vol.II	Volume XX: 1989	Première partie, B	18
TD/B/1277/Vol.II	Volume XXI: 1990	Première partie, B	18
TD/B/1309/Vol.II	Volume XXII: 1991	Première partie, B	48
TD/B/39(1)/15	Volume XXIII: 1992	Première partie, B	25
TD/B/40(1)/14 (Vol.I)	Volume XXIV: 1993	Première partie, B	39
TD/B/41(1)/14 (Vol.I)	Volume XXV: 1994	Première partie, B	32
TD/B/42(1)/19 (Vol.I)	Volume XXVI: 1995	Première partie, B	58
TD/B/43/12 (Vol.I)	Volume XXVII: 1996	Première partie, B	39
TD/B/44/19 (Vol. I)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, B	41
TD/B/45/13 (Vol. I)	Volume XXIX: 1998	Première partie, B	33

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

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/104	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VI	305
A/CN.9/105	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 3	248
A/CN.9/105, annexe	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 4	274
A/CN.9/106	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VIII	314
A/CN.9/107	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VII	311
A/CN.9/109 et Add.1 et 2	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 1 à 3	196
A/CN.9/110	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 4	278
A/CN.9/112 et Add.1	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 1 et 2	157
A/CN.9/113	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 3	184
A/CN.9/114	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 4	194
A/CN.9/115	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 5	322
A/CN.9/116 et annexes I et II	Volume VII: 1976	Deuxième partie, I, 1 à 3	89
A/CN.9/117	Volume VII: 1976	Deuxième partie, II, 1	143
A/CN.9/119	Volume VII: 1976	Deuxième partie, VI	327
A/CN.9/121	Volume VII: 1976	Deuxième partie, V	326
A/CN.9/125 et Add.1 à 3	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, D	119
A/CN.9/126	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, E	158
A/CN.9/127	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, III	256
A/CN.9/128 et annexes I et II	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, A à C	79
A/CN.9/129 et Add.1	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, VI, A et B	327
A/CN.9/131	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, A	191
A/CN.9/132	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, B	244
A/CN.9/133	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, A	257
A/CN.9/135	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, F	184
A/CN.9/137	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, V	324
A/CN.9/139	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, B	300
A/CN.9/141	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, A	168
A/CN.9/142	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, A	71
A/CN.9/143	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, C	121
A/CN.9/144	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, D	123
A/CN.9/145	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, E	136
A/CN.9/146 et Add.1 à 4	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, F	143
A/CN.9/147	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, B	183
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

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/197	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, A	27
A/CN.9/198	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, A	99
A/CN.9/199	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, B	74
A/CN.9/200	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, C	75
A/CN.9/201	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, C	50
A/CN.9/202 et Add.1 à 4	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, A	203
A/CN.9/203	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, B	252
A/CN.9/204	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VIII	279
A/CN.9/205/Rev.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VI	273
A/CN.9/206	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VII	275
A/CN.9/207	Volume XII: 1981	Deuxième partie, III	79
A/CN.9/208	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, C	271
A/CN.9/210	Volume XIII: l982	Deuxième partie, II, A, 1	47
A/CN.9/211	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 3	117
A/CN.9/212 (E = 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

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/270	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VIII	399
A/CN.9/271	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VII	395
A/CN.9/273	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 1	43
A/CN.9/274	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 2	61
A/CN.9/275	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, A	187
A/CN.9/276	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, A	89
A/CN.9/277	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, C	173
A/CN.9/278	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, B	83
A/CN.9/279	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, V	247
A/CN.9/280	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, IV	230
A/CN.9/281	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VI	263
A/CN.9/282	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VIII	309
A/CN.9/283	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VII	303
A/CN.9/285	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 4	81
A/CN.9/287	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, A	115
A/CN.9/288	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 1	49
A/CN.9/289	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 1	105
A/CN.9/290	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 4	112
A/CN.9/291	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, B	113
A/CN.9/292	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, IV	141
A/CN.9/293	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, VI	153
A/CN.9/294	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, V	147
A/CN.9/297	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 1	25
A/CN.9/298	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, A	67
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

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/349	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VIII	471
A/CN.9/350	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, IV	403
A/CN.9/351	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VII	467
A/CN.9/352	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V, A	421
A/CN.9/353	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI	459
A/CN.9/356	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, A	211
A/CN.9/357	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, A	39
A/CN.9/358	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, A	310
A/CN.9/359	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, C	263
A/CN.9/360	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, A	369
A/CN.9/361	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, C	348
A/CN.9/362 et Add.1 à 17	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, C	97
A/CN.9/363	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VIII	419
A/CN.9/364	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VI, A	407
A/CN.9/367	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, I, A	31
A/CN.9/368	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VII	411
A/CN.9/371	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/372	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, A	149
A/CN.9/373	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, A	203
A/CN.9/374	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, C	187
A/CN.9/375	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, C	110
A/CN.9/376 et Add.1 et 2	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, D	129
A/CN.9/377	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, E	146
A/CN.9/378 et Add.1 à 5	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, IV, A à F	243
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

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/428	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VI	231
A/CN.9/431 et Corr. 1	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, V	301
A/CN.9/432	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, A	129
A/CN.9/433	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/434	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, C	178
A/CN.9/435	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, C	75
A/CN.9/436	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, E	112
A/CN.9/437	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, A	229
A/CN.9/438 et Add.1 à 3	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, IV	271
A/CN.9/439	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VIII	311
A/CN.9/440	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VII	309
A/CN.9/444 et Add.1 à 5	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, III	194
A/CN.9/445	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, A	39
A/CN.9/446	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, A	137
A/CN.9/447	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, C	93
A/CN.9/448	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, VI	271
A/CN.9/449	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, V	269
A/CN.9/450	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, D	191

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

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
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
A/CN.9/WG.II/WP.87	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, B	161
A/CN.9/WG.II/WP.89	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 1	211
A/CN.9/WG.II/WP.90	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 2	223
A/CN.9/WG.II/WP.91	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 3	227
A/CN.9/WG.II/WP.93	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, B	70
A/CN.9/WG.II/WP.96	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, D	115

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

d) *Groupe de travail IV*

i) Effets de commerce internationaux

A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 2	130
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 2	151
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *a*	79
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *b*	85
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *c*	87
A/CN.9/WG.IV/WP.24 et Add.1 et 2	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *d* à *f*	89
A/CN.9/WG.IV/WP.25 et Add.1	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *g* et *h*	105
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 2	281
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 3	74
A/CN.9/WG.IV/WP.32 et Add.1 à 10	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 2	69
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 3	102

ii) Paiements internationaux

A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 2	37
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, B	60
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, D	94
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, C	62
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, E	95
A/CN.9/WG.IV/WP.46 et Corr.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 1	170
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 2	204
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, F	226
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, B	50

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

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.IV/WP.71	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, B	253
A/CN.9/WG.IV/WP.73	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, B	171
A/CN.9/WG.IV/WP.74	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, C	190

e) ***Groupe de travail V: Nouvel ordre économique international***

A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 1	107
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 2	201
A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, B	352
A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 5	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 9	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, B	247
A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 2	225
A/CN.9/WG.V/WP.15 et Add.1 à 10	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 2	281
A/CN.9/WG.V/WP.17 et Add.1 à 9	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 2	108
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 3	109
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, B	125
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, B	145
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, C	159
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 1	299
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 2	308
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 1	236
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 2	259
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D, 1	291
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D, 2	291
A/CN.9/WG.V/WP.36	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, B	85
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

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI			
(sans cote)	Volume I: 1968-1970	Troisième partie	320
A/CN.9/L.20/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie	155
(sans cote)	Volume II: 1971	Deuxième partie	161
(sans cote)	Volume III: 1972	Deuxième partie	339
(sans cote)	Volume IV: 1973	Deuxième partie	255
A/CN.9/L.25	Volume V: 1974	Troisième partie, II, A	223
(sans cote)	Volume V: 1974	Troisième partie, II, B	224
(sans cote)	Volume VI: 1975	Troisième partie, II, A	329
(sans cote)	Volume VII: 1976	Troisième partie, A	345
(sans cote)	Volume VIII: 1977	Troisième partie, A	351
(sans cote)	Volume IX: 1978	Troisième partie, II	250
(sans cote)	Volume X: 1979	Troisième partie, II	178
(sans cote)	Volume XI: 1980	Troisième partie, IV	179
(sans cote)	Volume XII: 1981	Troisième partie, III	287
(sans cote)	Volume XIII: 1982	Troisième partie, IV	464
(sans cote)	Volume XIV: 1983	Troisième partie, IV	280
(sans cote)	Volume XV: 1984	Troisième partie, II	387
A/CN.9/284	Volume XVI: 1985	Troisième partie, III	531
A/CN.9/295	Volume XVII: 1986	Troisième partie, III	409
A/CN.9/313	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, III	201
A/CN.9/326	Volume XIX: 1988	Troisième partie, III	223
A/CN.9/339	Volume XX: 1989	Troisième partie, III	367
A/CN.9/354	Volume XXI: 1990	Troisième partie, I	333
A/CN.9/369	Volume XXII: 1991	Troisième partie, III	579
A/CN.9/382	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, V	497
A/CN.9/402	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, IV	443
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
A/CN.9/463	Volume XXIX: 1998	Troisième partie, II	281