# Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

# ANNUAIRE

## Volume XXXI A: 2000

Nations Unies

# Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

# ANNUAIRE

**Volume XXXI A: 2000**

**NATIONS UNIES**
**New York, 2003**

**NOTE**

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

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

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

Le volume XXXI A contient l'introduction, la première partie et les chapitres I à III de la deuxième partie. Les chapitres IV à IX de la deuxième partie et la troisième partie figurent dans le volume XXXI B.

A/CN.9/SER.A/2000
(Volume XXXI A)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente: F.02.V.3
ISBN 92-1-233359-1
ISSN 0251-4257

## TABLE DES MATIÈRES


*Pages*

INTRODUCTION ..... v

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

TRENTE-TROISIÈME SESSION (2000) ..... 3

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000) (A/55/17) ..... 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-septième session [TD/B/47/11 (Vol. I)] ..... 68

C. Assemblée générale: rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-troisième session: rapport de la Sixième Commission (A/55/608) ..... 68

D. Résolution 55/151 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000 ..... 69

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

I. PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ ..... 75

Projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé: rapport du Secrétaire général (A/CN.9/471 et Add.1 à 9) ..... 75

II. CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT ..... 207

A. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa trente et unième session (Vienne, 11-22 octobre 1999) (A/CN.9/466) ..... 207

B. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa trente et unième session: 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.104) ..... 246

C. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa trente et unième session: commentaire relatif au projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement (première partie): note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.105) ..... 271

D. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa trente et unième session: commentaire relatif au projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement (deuxième partie): note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.106) ..... 288

E. Commentaire analytique sur le projet de Convention sur la cession de créances [à des fins de financement] [dans le commerce international]: note du secrétariat (A/CN.9/470) ..... 310

F. Projet de Convention sur la cession de créances [à des fins de financement] [dans le commerce international]: compilation des commentaires de gouvernements et d'organisations internationales (A/CN.9/472 et Add.1 à 4) ..... 370

III. COMMERCE ÉLECTRONIQUE ..... 409

A. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-cinquième session (Vienne, 6-17 septembre 1999) (A/CN.9/465) ..... 409

B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-cinquième session: projet de Règles uniformes sur les signatures électroniques: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.82) ..... 431

*Pages*

C. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-sixième session (New York, 14-25 février 2000) (A/CN.9/467) . . . . . 457

D. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-sixième session: projet de Règles uniformes sur les signatures électroniques: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.84) . . . . . 479

IV. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

A. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session (Vienne, 20-31 mars 2000) (A/CN.9/468)

B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-deuxième session: règlement des litiges commerciaux: règles uniformes éventuelles sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux: conciliation, mesures provisoires ou conservatoires, forme écrite de la convention d'arbitrage (A/CN.9/WG.II/WP.108 et Add.1)

V. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

A. Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa vingt-deuxième session (Vienne, 6-17 décembre 1999) (A/CN.9/469)

B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa vingt-deuxième session: travaux futurs possibles sur le droit de l'insolvabilité: note du secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.50)

C. Les sûretés: activités en cours et travaux futurs possibles: rapport du Secrétaire général (A/CN.9/475)

D. Droit des transports: travaux futurs possibles: rapport du Secrétaire général (A/CN.9/476)

VI. COORDINATION ET COOPÉRATION

A. Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98): rapport du Secrétaire général (A/CN.9/477)

B. Règles uniformes pour les "Contract Bonds" (RUCB): rapport du Secrétaire général (A/CN.9/478)

C. Les Incoterms 2000 de la CCI: rapport du Secrétaire général (A/CN.9/479)

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

VIII. ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI

État des conventions et des lois types: note du secrétariat (A/CN.9/474)

IX. FORMATION ET ASSISTANCE

Formation et assistance technique: note du secrétariat (A/CN.9/473)

**Troisième partie. Annexes**

I. GUIDE LÉGISLATIF DE LA CNUDCI SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

II. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES

III. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI: NOTE DU SECRÉTARIAT (A/CN.9/502 et Corr. 1)

IV. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI

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

## INTRODUCTION

Le présent volume est le trente et unième 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-troisième session, tenue à New York du 12 juin au 7 juillet 2000, 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-troisième session de la Commission. Ces documents comprennent les rapports des groupes de travail de la Commission ainsi que des études, rapports et notes du Secrétaire général et du secrétariat. Cette même partie présente également quelques documents de travail qui ont été soumis aux groupes de travail.

La troisième partie contient le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé,* les comptes rendus analytiques des séances de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international consacrées à l'élaboration du projet de Convention sur la cession de créances, 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-troisième 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 |
| XXX | 1999 | F.00.V.9 |

*Première partie*

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

# TRENTE-TROISIÈME SESSION (2000)

## A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000)

**(A/55/17) [Original: anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**


| | | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|---|
| I. | INTRODUCTION | 1-2 | 4 |
| II. | ORGANISATION DE LA SESSION | 3-11 | 4 |
| | A. Ouverture de la session | 3 | 4 |
| | B. Composition et participation | 4-8 | 4 |
| | C. Élection du Bureau | 9 | 5 |
| | D. Ordre du jour | 10 | 5 |
| | E. Adoption du rapport | 11 | 6 |
| III. | PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES | 12-192 | 6 |
| | A. Titre et préambule | 12 | 6 |
| | B. Examen des projets d'articles | 13-178 | 6 |
| | C. Rapport du groupe de rédaction | 179-185 | 32 |
| | D. Travaux futurs sur le projet de convention | 186-192 | 34 |
| IV. | PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ | 193-379 | 35 |
| | A. Remarques générales | 193-194 | 35 |
| | B. Examen du projet de recommandations concernant la législation | 195-368 | 35 |
| | C. Version définitive du Guide législatif | 369-371 | 50 |
| | D. Adoption du Guide législatif | 372-374 | 50 |
| | E. Travaux futurs éventuels dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé | 375-379 | 50 |
| V. | COMMERCE ÉLECTRONIQUE | 380-388 | 51 |
| | A. Projet de règles uniformes sur les signatures électroniques | 380-383 | 51 |
| | B. Travaux futurs dans le domaine du commerce électronique | 384-388 | 52 |
| VI. | RÈGLEMENT DES LITIGES COMMERCIAUX | 389-399 | 53 |
| VII. | DROIT DE L'INSOLVABILITÉ | 400-409 | 54 |
| VIII. | SUIVI DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958 | 410-412 | 56 |
| IX. | JURISPRUDENCE RELATIVE AUX TEXTES DE LA CNUDCI | 413-415 | 56 |
| X. | DROIT DES TRANSPORTS | 416-427 | 56 |
| XI. | APPROBATION DE TEXTES D'AUTRES ORGANISATIONS: INCOTERMS 2000, RPIS 98 ET RUCB | 428-434 | 58 |
| XII. | FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE | 435-442 | 59 |
| XIII. | ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES DE LA CNUDCI | 443-446 | 60 |

| | | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|---|
| XIV. | RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE SUR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION | 447-454 | 61 |
| XV. | COORDINATION ET COOPÉRATION: LES SÛRETÉS | 455-463 | 62 |
| XVI. | QUESTIONS DIVERSES | 464-470 | 63 |
| | A. Bibliographie | 464-465 | 63 |
| | B. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis | 466-467 | 64 |
| | C. Date et lieu des réunions à venir | 468 | 64 |
| | D. Sessions des groupes de travail | 469 | 64 |
| | E. Départ à la retraite du Secrétaire de la Commission | 470 | 64 |

ANNEXES

| | | |
|---|---|---|
| I. | Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international | 64 |
| II. | Liste des documents dont était saisie la Commission à sa trente-troisième session | 68 |


## I. INTRODUCTION

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international porte sur les travaux de sa trente-troisième session, tenue à New York du 12 juin au 7 juillet 2000.

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.

## II. 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-troisième session le 12 juin 2000. La session a été ouverte par le 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) et Thaïlande (2004).

5. À l'exception du Kenya et de l'Ouganda, tous les membres de la Commission étaient représentés à la session.

[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.

6. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Angola, Arabie saoudite, Bangladesh, Bélarus, Bolivie, Canada, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croatie, Cuba, Indonésie, Irlande, Israël, Koweït, Maroc, Myanmar, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République de Corée, République tchèque, Saint-Siège, Suède, Suisse et Venezuela.

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

a) *Système des Nations Unies:* Commission économique pour l'Europe; Banque mondiale; Fonds monétaire international.

b) *Organisations intergouvernementales:* Banque asiatique de développement; Banque interaméricaine de développement; Conférence de La Haye de droit international privé; Institut international pour l'unification du droit privé; Secrétariat de coopération de l'Afrique de l'Est; Union asiatique de compensation; Union européenne.

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission:* Association arabe d'experts-comptables; Association arabe pour l'arbitrage international; Association du barreau de la ville de New York; Association internationale des ports; Association internationale des praticiens de l'insolvabilité; Association internationale du barreau; Association mondiale des anciens stagiaires et boursiers de l'Organisation des Nations Unies; Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international; Chambre de commerce internationale; Chartered Institute of Arbitrators; Comité maritime international; Commercial Finance Association; Conseil de l'enseignement du droit; Conseil international pour l'arbitrage commercial; Factors Chain International; Fédération bancaire de l'Union européenne; Fédération européenne des associations des sociétés d'affacturage; Financial Markets Lawyers Group; Groupe des Trente; Grupo Latinoamericano de Abogados para el Derecho del Comercio internacional; International Federation of Commercial Arbitration Institutions; International Swaps and Derivatives Association; International Women's Insolvency and Restructuring Confederation; Université des Indes occidentales; Union des avocats européens; Union internationale des avocats.

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. Jeffrey Chan Wah Teck (Singapour) |
| *Vice-Présidents:* | M. Aly Gamledin Awad (Égypte)<br>M. Jorge Roberto Maradiaga (Honduras)<br>M^me^ Victoria Gavrilescu (Roumanie) |
| *Rapporteur:* | M. David Morán Bovio (Espagne) |

## D. Ordre du jour

10. L'ordre du jour de la session, tel qu'adopté par la Commission à sa 676e séance, le 12 juin 2000, était le suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Projet de Convention sur la cession de créances.
5. Projet de guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé.
6. Commerce électronique.
7. Insolvabilité.
8. Règlement des litiges commerciaux.
9. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958.
10. Jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI.
11. Droits des transports: rapport intérimaire sur la collecte d'informations.
12. Approbation de textes d'autres organisations: Incoterms 2000, RPIS 98, RUCB.
13. Formation et assistance technique.
14. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
15. Résolutions de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission.
16. Coordination et coopération.
17. Questions diverses.
18. Date et lieu des réunions futures.
19. Adoption du rapport de la Commission.

[2] L'élection du Président a eu lieu à la 676e séance, le 2 juin 2000, celle des Vice-Présidents aux 694e et 697e séances, les 23 et 26 juin 2000, et celle du Rapporteur à la 687e séance, le 19 juin 2000. 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/72/16), 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*].)

### E. Adoption du rapport

11. À sa 710e séance, le 7 juillet 2000, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

## III. PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES

### A. Titre et préambule

12. La Commission a décidé de différer le débat sur le titre et le préambule jusqu'à ce qu'elle ait pu examiner le champ d'application du projet de Convention (voir par. 181 à 183).

### B. Examen des projets d'articles

#### CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION

##### *Article premier. Champ d'application*

13. Le texte du projet d'article premier tel qu'examiné par la Commission 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 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 du chapitre V 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. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas si un État fait une déclaration au titre de l'article 37.]

4. L'annexe de la présente convention s'applique dans un État contractant qui a fait une déclaration au titre de l'article 40."

*Paragraphe 1*

14. Il a été proposé de modifier l'alinéa *b* de manière à disposer qu'en cas de cession subséquente le cédant soit situé dans un État contractant comme le fait l'alinéa *a* pour une cession initiale. En effet, sauf si le cédant dans une cession subséquente est situé dans un État contractant, les règles de la convention ne peuvent s'appliquer à un différend avec un tiers surgissant dans le lieu de situation du cédant; de plus, la convention pourrait s'appliquer indûment à une cession même si le cédant, le cessionnaire et le débiteur sont situés dans un État non contractant. Il a été déclaré, à l'encontre de cette proposition, qu'une telle approche ne serait pas conforme au principe de *continuatio juris*, reflété à l'alinéa *a* et selon lequel, si la cession initiale est régie par la convention, il en va de même pour toute cession subséquente.

15. Malgré quelque inquiétude quant à la possibilité d'incompatibilité de l'alinéa *c* avec le principe de *continuatio juris* tel que reflété à l'alinéa *b*, le sentiment général a été que l'alinéa *c* indiquait de façon appropriée que la convention s'appliquait à une cession subséquente satisfaisant aux critères énoncés à l'alinéa *a*. À cet égard, il a été fait observer que, contrairement à ce que semblait indiquer le texte actuel, l'alinéa *c* ne visait pas véritablement un troisième type de cession, mais était en fait une disposition qui neutralisait une limitation éventuelle qui, sinon, pourrait s'appliquer aux cessions satisfaisant aux critères de l'alinéa *a*. Il a donc été proposé de faire de l'alinéa *c* un nouveau paragraphe 2 qui se lirait comme suit: "La présente convention s'applique à une cession subséquente visée à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du présent article, même si elle ne s'applique pas à une cession antérieure de la même créance." Sous réserve de cette modification, la Commission a approuvé quant au fond le paragraphe 1 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

*Paragraphe 2*

16. On a fait valoir que, pour renforcer la sécurité quant à l'application de la convention, le paragraphe 2 devrait préciser le moment où le débiteur devait être situé dans un État contractant ou celui où la créance devait être régie par la loi d'un État contractant pour que les dispositions de la convention relatives au débiteur s'appliquent. Il a aussi été déclaré que, du point de vue de la protection du débiteur, il serait préférable de faire référence au moment de la conclusion du contrat initial, car le débiteur pourrait, lorsqu'il contractait l'obligation initiale, déterminer si la convention aurait un effet sur sa situation juridique. Mais on a aussi fait remarquer que, dans ce cas, le cédant, le cessionnaire et d'autres tiers ne seraient pas en mesure de déterminer, au moment de la cession d'une créance future, si la convention s'appliquerait aux droits et obligations du débiteur. En dépit de cette difficulté, que l'on retrouvait également à l'article 3 concernant la détermination de l'internationalité d'une créance future, la Commission a décidé que le paragraphe 2 devrait être modifié afin de disposer que le débiteur doit être situé dans un État contractant ou que la créance doit être régie par la loi d'un État contractant au moment de la conclusion du contrat initial. La Commission a approuvé quant au fond le paragraphe 2 et a renvoyé la question au groupe de rédaction.

*Paragraphes 3 et 4*

17. La Commission a décidé de différer le débat sur le paragraphe 3, qui traite du champ d'application des dispositions de droit international privé figurant au chapitre V, jusqu'à l'examen de ce chapitre. La Commission a égale-

ment décidé que le paragraphe 4, concernant l'application de l'annexe, devrait être examiné plus tard dans le cadre de l'examen de l'article 40 et de l'annexe.

### *Article 2. Cession de créances*

18. Le texte du projet d'article 2 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"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."

*Créances extracontractuelles*

19. On a exprimé la crainte que, en faisant référence aux créances contractuelles, on ne rende l'alinéa *a* inutilement restrictif. En effet, la cession de créances extracontractuelles, telles que les droits de paiement au titre des demandes de remboursement d'impôt, faisait partie de pratiques de financement importantes auxquelles le projet de convention devrait s'appliquer. En outre, une définition plus large des créances pourrait éliminer les difficultés résultant des interprétations divergentes données dans différents systèmes juridiques aux termes "droits contractuels". Pour tenir compte de cette préoccupation, il a été suggéré de revoir l'alinéa *a* afin d'y inclure les créances extracontractuelles ou, pour le moins, de donner aux États la possibilité d'appliquer la convention aux cessions de créances extracontractuelles. On a fait valoir, à l'encontre de cette proposition, que l'on avait eu en vue, lors de l'élaboration du projet de convention, les créances contractuelles et que certaines dispositions (par exemple celles qui avaient trait aux exceptions et aux droits à compensation ainsi qu'au lieu de situation du débiteur) ne seraient peut-être pas adaptées aux créances extracontractuelles. Toute tentative d'inclusion de la cession de créances extracontractuelles exigerait donc un réexamen minutieux et un ajustement d'un certain nombre de dispositions du projet de convention, ce qui a été considéré contreproductif à un stade aussi avancé des délibérations. Après un débat, la Commission a confirmé la décision du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de limiter le champ d'application de la convention aux créances contractuelles.

*Fractions de créances et droits indivis sur des créances*

20. La Commission a noté que, bien que l'article 9 valide expressément l'efficacité de la cession de fractions de créances, celle-ci n'était pas explicitement mentionnée à l'alinéa *a* et qu'en conséquence on pouvait se poser la question de savoir si la convention dans son ensemble s'appliquait à ce type de cession. On a fait observer, en particulier, que des doutes pouvaient surgir quant à la situation juridique du débiteur en cas de cession de fractions de créances (pour ce qui était de savoir, par exemple, si le débiteur serait obligé de payer le cessionnaire ou le cédant). Étant donné que les cessions de fractions de créances font partie de pratiques de financement importantes, la Commission a décidé que cette question devait être traitée explicitement à l'alinéa *a* et l'a renvoyée au groupe de rédaction. Lors du débat, il a été proposé, pour régler le problème, de limiter l'article 11 aux cessions de créances non fractionnées. La Commission a reporté le débat sur la situation juridique du débiteur en cas de cession de fractions de créances jusqu'à l'examen des dispositions du projet de convention relatives à ce dernier (voir par. 173, 180 et 185).

21. La Commission a noté que l'article 9 validait non seulement la cession de fractions de créances mais aussi la cession de droits indivis sur des créances. Il a généralement été convenu que l'article 2 devrait faire dûment mention des cessions de droits indivis sur des créances de façon à faire apparaître clairement que la convention dans son ensemble s'applique également aux cessions de ce type.

*Droits à exécution non monétaires*

22. La Commission a décidé que la cession de droits à exécution non monétaires découlant du contrat initial (par exemple, droit à exécution, droit de déclarer le contrat nul) ne devrait pas être couverte par la convention. Il a été convenu que la cession de ces droits à exécution non monétaires n'était pas courante dans la pratique et qu'il n'était donc pas nécessaire de l'inclure dans le champ d'application de la convention. Il a également été indiqué que le projet de convention avait été établi en ayant surtout à l'esprit la cession des droits monétaires et que, si l'on y incluait d'autres droits à exécution, il faudrait alors en ajuster plusieurs dispositions. Par ailleurs, on a estimé que si le transfert de sûretés ou d'autres droits y afférents était convenablement visé par le projet de convention (voir art. 12), d'autres droits, tels que le droit de résilier un contrat, pourraient être considérés comme des droits éminemment personnels qui ne devraient pas être automatiquement transférés au cessionnaire avec la créance.

*Cessibilité légale*

23. La Commission a noté que la cession de créances non cessibles légalement (autres que celles dont il est question dans l'article 9) ne devait pas être couverte par le projet de convention et a examiné la question de savoir si cette interprétation devait être explicitement indiquée dans l'article 2. Notant que la question se rapportait à l'efficacité de la cession plutôt qu'au champ d'application du texte, la Commission a décidé qu'il fallait l'examiner dans le cadre de l'article 9 (voir par. 131).

*Cessions unilatérales*

24. La Commission a décidé que les cessions unilatérales (c'est-à-dire les cessions effectuées mais non encore acceptées par le cessionnaire) ne devraient pas être couvertes

par le projet de convention. De l'avis de nombreuses délégations, ce type de cession était de toute façon rare dans la pratique et il n'était donc pas nécessaire de le traiter.

### *Article 3. Internationalité*

25. Le texte du projet d'article 3, tel qu'examiné par la Commission, était le suivant:

"Une créance est internationale si, au moment de la conclusion du contrat initial, 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."

26. La Commission a approuvé, quant au fond, l'article 3 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

### *Article 4. Exclusions*

27. Le texte du projet d'article 4, tel qu'examiné par la Commission, était le suivant:

"1. La présente convention ne s'applique pas aux cessions:

*a)* Faites à une personne pour ses besoins personnels, familiaux 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 39 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.]"

#### *Paragraphe 1* a

28. Il a été noté que le champ d'application de la convention devait s'étendre aux cessions de créances commerciales ou de créances sur consommateurs à des fins commerciales, mais non aux cessions effectuées à des fins de consommation (qu'il s'agisse de créances commerciales ou non). Cela étant entendu, la Commission a approuvé, quant au fond, l'alinéa *a* et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

#### *Paragraphe 1* b

29. Il a été noté que l'alinéa *b* avait pour objet d'exclure du champ d'application de la convention les transferts d'effets de commerce, par simple remise ou par remise accompagnée d'un endossement. Il a également été noté que, lorsqu'une créance sert de base à l'émission d'un effet de commerce et que l'effet de commerce comme la créance font l'objet d'un transfert, le transfert de l'effet de commerce n'est pas couvert par le projet de convention alors que le transfert par cession de la créance doit l'être. À cet égard, il a été proposé de supprimer de l'alinéa *b* l'expression "accompagné de tout endossement nécessaire", qui pourrait faire croire que le transfert d'un effet de commerce par simple remise n'est pas exclu. La Commission a approuvé, quant au fond, l'alinéa *b* et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

30. Il a été demandé si l'alinéa *b* devrait exclure du champ d'application de la convention les transferts d'effets dématérialisés (à savoir électroniques) détenus par un intermédiaire. La Commission a pris note de la question et décidé de l'examiner ultérieurement dans le cadre de l'examen plus large des types de transaction à inclure ou à exclure du champ d'application de la convention (voir par. 72). En outre, il a été noté que les effets dématérialisés devraient peut-être faire l'objet d'un traitement spécial en ce qui concerne la législation applicable aux droits concurrents (art. 24). Il a également été noté que cette question pourrait être examinée par la Conférence de La Haye de droit international privé, auquel cas une coordination et une coopération pourraient devenir nécessaires (voir par. 177, 178 et 460).

#### *Paragraphe 1* c

31. La Commission a approuvé, quant au fond, l'alinéa *c* et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

#### *Paragraphe 2*

32. Il a été noté que le paragraphe 2, qui autorise les États à exclure d'autres pratiques, figurait entre crochets en attendant que le champ d'application de la convention soit arrêté. La Commission en a donc reporté l'examen jusqu'à ce qu'une décision définitive intervienne concernant le champ d'application (voir par. 109 et 152).

### *Article 5. Limitations concernant les [cessions de] créances autres que les créances commerciales*

33. Le texte du projet d'article 5 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"[*Variante A*

1) Les articles 17, 18, 19, 20 et 22 n'ont pas d'incidences sur les droits et obligations du débiteur en vertu d'une créance autre qu'une créance commerciale, sauf dans la mesure où le débiteur y consent.

2) Nonobstant les articles 11-2 et 12-3, le cédant qui cède une créance autre qu'une créance commerciale n'est pas responsable à l'égard du débiteur du chef de la violation d'une limitation à la cession décrite aux articles 11-1 et 12-2, et la violation n'a pas d'effet.

*Variante B*

Les articles 11 et 12 et la section II du chapitre IV ne s'appliquent qu'aux cessions de créances commerciales. Pour ce qui est des cessions de créances autres que des créances commerciales, les questions traitées par ces articles doivent être réglées conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé.]"

34. Si la variante A a eu quelques défenseurs, de nombreuses délégations ont estimé qu'il vaudrait mieux s'en tenir à l'idée qui s'exprimait dans la variante B, qui protégerait mieux le débiteur que la première. On a fait observer que si la cession devait être effective entre le cédant et le cessionnaire, comme le prévoyait la variante A, la position juridique du débiteur pourrait, dans certains systèmes juridiques, s'en trouver compromise. Le débat s'est centré sur une version révisée de la variante B, qui se lit comme suit (voir A/CN.9/472/Add.1, p. 10):

"À moins du consentement du débiteur, les articles 11 et 12 ne s'appliquent qu'aux cessions de créances commerciales. Pour ce qui est des cessions de créances autres que des créances commerciales, les questions traitées par ces articles doivent être réglées conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé."

35. Cette version révisée de la variante B était assortie des définitions suivantes (voir A/CN.9/472/Add.1, p. 11):

"Le terme "créance commerciale" désigne une créance qui naît d'un contrat initial de vente ou de location de marchandises ou de fourniture de services autres que les créances nées de règlements dans les systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres et les créances nées de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale ou utilisés à titre de garantie.

Le terme "système de paiement ou de règlement des opérations sur titres" désigne tout arrangement contractuel conclu entre trois participants ou plus, stipulant des règles communes pour le règlement d'ordres de paiement ou de transfert de titres ainsi que les garanties qui y sont liées, qu'il soit supporté ou non par une contrepartie centrale, un agent de règlement ou un organisme de compensation.

Le terme "contrat financier" désigne toute opération au comptant, à terme, à option ou swap portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur titres, toute opération de dépôt et toute opération analogue à l'une des précédentes, effectuée sur les marchés financiers et toute combinaison de ces opérations ainsi que toute garantie ou facilité de crédit liée à l'une ou l'autre des opérations visées ci-dessus.

Le terme "convention de compensation globale" désigne une convention prévoyant un ou plusieurs des modes de règlement suivants:

*a)* Le règlement net des paiements dus dans la même monnaie à la même date par novation ou autrement;

*b)* Dès l'insolvabilité d'une partie ou autre défaillance de sa part, la résiliation de toutes les opérations en cours à leur valeur de remplacement ou à leur valeur loyale et marchande, la conversion des sommes correspondantes dans une seule monnaie et la compensation sous forme d'un paiement unique effectué par une partie à l'autre; et

*c)* La compensation des montants calculés comme prévu à l'alinéa *b* précédent au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus."

36. La version révisée de la variante B a été préférée d'une manière générale à la version d'origine. On a fait observer que cette dernière était inutilement large en ce qu'elle aboutirait à exclure involontairement du champ d'application de la convention la cession de toutes les créances autres que commerciales. Au contraire de la version originale, la version révisée prévoyait une exclusion plus restreinte, puisqu'elle ne renvoyait qu'aux articles 11 et 12, uniquement pour les créances entrant dans des systèmes de paiement ou des conventions de compensation globale, et à condition que le débiteur ne consente pas à la cession.

37. Quant au libellé précis de la version révisée de la variante B, il a suscité un certain nombre d'opinions. Selon l'une, la référence au consentement du débiteur n'avait aucun sens puisque les conventions de compensation globale contenaient normalement une clause d'incessibilité. Selon une autre, la référence au droit international privé pouvait être source d'incertitude, et il convenait de la supprimer. Ce à quoi il a été répondu que, même si l'on faisait disparaître la référence en cause, on obtiendrait le même résultat. Pour ce qui était de la définition de la "créance commerciale", on a fait observer que les créances découlant de travaux de construction devaient aussi entrer dans cette catégorie. Selon une délégation, peut-être vaudrait-il mieux d'ailleurs éviter de définir la "créance commerciale", le terme n'ayant pas partout le même sens (pour des remarques sur les autres définitions, voir les paragraphes 49 à 51).

38. Les participants sont convenus que la version révisée de la variante B était préférable à la version originale ainsi qu'à la variante A, mais on a fait remarquer que, même ainsi révisé, le texte ne protégeait pas suffisamment les droits du débiteur, par exemple dans les conventions de compensation globale, puisqu'il s'appuyait sur l'existence d'une clause d'incessibilité et sur l'effet reconnu à cette clause dans le droit applicable en dehors du projet de convention. Si ce droit reconnaissait la validité d'une cession faite en violation d'une clause d'incessibilité, la cession serait effective et relèverait donc de la convention. Il pouvait en résulter des perturbations pour les conventions de compensation globale (le règlement net-net pouvant, par exemple, être opéré autrement que par compensation, l'article 19 risquait de ne pas être suffisant pour préserver les droits à compensation globale). Dans la mesure où le débiteur aurait un droit à compensation et serait aussi considéré comme un créancier en cas de conflit de priorités, l'article 24 s'appliquerait et renverrait les questions de priorité à la législation du lieu de situation du cédant plutôt qu'à celle, plus appropriée, du lieu où se trouvait le compte de titres de placement. Il a été déclaré qu'après consultations avec les milieux professionnels il était apparu que certaines pratiques financières devaient être totalement exclues du champ d'application de la convention. Il a donc été proposé de remplacer l'article 5 par certains passages qui seraient inclus dans les articles 6 et 4, à savoir:

*"Article 6. Définitions et principes d'interprétation*

x) i) Sans préjudice du point ii ci-dessous, le terme "créance" désigne le droit contractuel au paiement d'une somme d'argent due par une personne ("débiteur") à un cédant, au titre:

*a)* Du règlement de marchandises vendues ou louées ou de services fournis [à l'exception des services financiers];

*b)* Du paiement de droits de propriété intellectuelle ou industrielle vendus ou concédés sous licence;

*c)* D'une transaction par carte de crédit;

*d)* Du remboursement d'un prêt d'argent, quelle que soit la monnaie dans laquelle le montant en est libellé;

*e)* Du remboursement ou du règlement au titre d'une garantie, d'un nantissement [ou d'une autre obligation de second rang], de l'obligation du débiteur à un tiers.

x) ii) Ne sont pas des "créances":

*a)* Les droits à paiement découlant d'opérations sur un marché à terme réglementé;

*b)* Les droits à paiement découlant de la vente, de la location et du prêt d'or ou d'autres métaux précieux;

*c)* Les droits à paiement découlant d'une convention de compensation financière globale;

*d)* Les droits à paiement au titre de relations bancaires relatives aux comptes de dépôt, y compris ceux qui découlent des systèmes de règlements interbancaires;

*e)* Les droits à paiement opposables à un assureur au titre d'une police d'assurance, ou à un réassureur au titre d'une police de réassurance;

*f)* Les droits à paiement de marchandises vendues ou louées, dans la mesure où la législation de l'État où elles sont situées considère que ces marchandises font partie du bien immobilier où elles se trouvent;

*g)* Les droits de tirage ou droits à paiement au titre d'une lettre de crédit ou d'une garantie bancaire indépendante;

*h)* Les droits à paiement découlant de contrats d'opérations sur devises; ou

*i)* Les droits à paiement découlant de la vente ou du prêt de titres de placement, y compris les accords de rachat et les droits à paiement découlant des systèmes de règlement d'opérations sur titres.

*Article 4. Exclusions et limitations à l'application de certaines dispositions*

3. Dans le cas des créances visées aux points *d* et *e* du sous-alinéa x i du paragraphe 6 de l'article 6, les dispositions des articles 11 et 12 n'ont pas d'incidence sur les droits et obligations du débiteur [ou d'un garant, d'une caution ou d'un autre débiteur secondaire du débiteur] à moins que le débiteur [ou le garant, la caution, ou le débiteur secondaire] n'y consente."

39. Il a été expliqué que cette proposition avait essentiellement pour objet de préciser le champ d'application de la convention et de garantir ainsi que celui-ci ne perturberait pas incidemment certaines pratiques financières auxquelles toutes les dispositions du texte n'étaient pas vraiment adaptées. La proposition reposait sur la différenciation des créances en trois catégories: celles auxquelles s'appliqueraient toutes les dispositions de la convention; celles auxquelles s'appliqueraient certaines de ces dispositions seulement; et celles qui seraient entièrement exclues du champ d'application. De plus, la liste des exclusions était indispensable, puisque, même en énumérant les pratiques qu'il s'agissait de couvrir, la convention risquait de s'appliquer de façon non intentionnelle à des pratiques déjà bien réglementées, qui pourraient même se trouver désorganisées si la convention venait à les régir.

40. L'opinion générale de la Commission était que certaines pratiques appelaient un traitement différent. Les avis ont cependant divergé quant à savoir si ces pratiques devaient être exclues du champ d'application de l'ensemble de la convention ou des articles 11 et 12 uniquement. Selon une opinion, si les articles 11 et 12 ne s'appliquaient pas, l'efficacité des cessions effectuées en dépit de clauses d'incessibilité serait déterminée par la législation applicable en dehors de la convention. Dans la plupart des cas, donc, la cession serait sans effet et la convention ne s'appliquait pas. On a aussi fait observer que la solution des listes permettait d'obtenir le même résultat, mais qu'elle était à écarter car elle soulevait un certain nombre de problèmes. Il y avait par exemple le fait qu'une liste se substituant à une règle générale présentait le risque d'être incomplète ou inconséquente, et de soulever, pour cette raison, des problèmes d'interprétation. Il y avait aussi le fait qu'une liste pouvait se périmer en peu de temps dans la mesure où la pratique internationale évoluait rapidement et où de nouveaux types de créances pouvaient apparaître qui risquaient de ne pas entrer tout à fait dans les catégories énumérées dans la proposition. Il faudrait alors se demander si ces nouveaux types de créances entreraient ou non dans le champ d'application de la convention. Il y avait encore cet autre problème que toute liste pouvait laisser de côté, par inadvertance, des pratiques nouvelles en matière de créances commerciales, les empêchant ainsi de se développer davantage. Enfin, le fait que la proposition ait été présentée tardivement avait empêché les délégations de consulter les représentants des milieux professionnels intéressés, consultations que les visées radicales du texte rendaient indispensables.

41. Selon une autre opinion, il fallait s'en tenir à une approche nuancée, comme celle qui était évoquée ci-dessus (voir par. 38 et 39). Elle favoriserait la certitude dans l'application de la convention qu'elle rendrait plus acceptable aux États et aux milieux professionnels concernés. Il a été déclaré que, pour les raisons susmentionnées (voir par. 38), il ne suffirait pas d'exclure certaines pratiques uniquement du champ d'application des articles 11 et 12 pour éviter que des pratiques bien réglementées et rodées ne subissent des changements injustifiés. Un tel résultat irait à l'encontre de l'objet principal de la convention, qui était d'accroître l'offre de crédit à faible coût. D'autre part, on a fait observer que le texte proposé ne soulevait pas de question nouvelle dans la mesure où le Groupe de travail n'avait pas arrêté le champ d'application exact de la convention.

42. Après délibération, la Commission a reporté sa décision sur l'approche proposée jusqu'à la fin de l'examen des pratiques énumérées dans la proposition (voir par. 97 à 100). Pour tenir compte de certaines des préoccupations exprimées, la Commission a décidé de laisser de côté pour le moment la définition du terme "créance" sous forme d'une liste de pratiques. Elle est ensuite passée à l'examen détaillé des pratiques dont l'exclusion était proposée.

*Point* a *(Droits à paiement découlant d'opérations sur un marché à terme réglementé)*

43. Selon une délégation, la mention des droits à paiement découlant d'opérations sur un marché à terme réglementé visait essentiellement les opérations boursières sur les produits dérivés et les marchandises, qui étaient bien réglementées dans les législations nationales et fonctionnaient convenablement. On a fait observer, d'autre part, que l'application de la convention à de telles pratiques pouvait décevoir les attentes légitimes des parties et bouleverser les marchés existants. Il a été proposé, pour les mêmes raisons, d'exclure toutes les opérations boursières. Cette solution dispenserait d'avoir à mentionner les opérations portant sur les métaux précieux ou les devises. En réponse aux arguments avancés au cours du débat, la proposition a été reformulée comme suit: "[droits à paiement] [créances] découlant d'opérations sur un marché réglementé". Les crochets permettraient à la Commission de déterminer si elle devait adopter une approche exclusive et, dans l'affirmative, si la liste des exclusions devait figurer à l'article 2 ou à l'article 4. En réponse à une question, il a été expliqué que le terme "marché" englobait les opérations effectuées dans le cadre d'un marché boursier réglementé (bourse des valeurs mobilières, bourse des marchandises), mais pas de tous les marchés réglementés.

*Point* b *(Droits à paiement nés de la vente, de la location ou du prêt d'or ou d'autres métaux précieux ainsi que d'opérations de change)*

44. Il a été expliqué que les exclusions proposées étaient fondées sur les mêmes considérations que celles qui inspiraient l'exclusion des droits à paiement découlant d'opérations sur un marché à terme réglementé. Elles étaient nécessaires parce que les dispositions de la convention (par exemple les articles 11 et 12) pouvaient ne pas être entièrement compatibles, voire être en conflit, avec le fonctionnement des marchés réglementés. Il a également été expliqué que si les métaux précieux et les devises faisaient l'objet d'opérations en Bourse, les échanges entre particuliers étaient aussi l'une des pratiques qu'il convenait d'exclure, à cause notamment de la nécessité de contrôler le transfert de ce genre d'avoirs à des parties ex-territorialisées.

45. Diverses objections ont été soulevées contre l'exclusion proposée, qui, a-t-on estimé, limiterait de façon inutile et injustifiée le champ d'application de la convention. Le critère essentiel d'exclusion devait être la technique de règlement utilisée et non la nature des avoirs faisant l'objet de l'opération. À quoi on a ajouté que l'exclusion en question, telle qu'elle était pour l'instant formulée, s'étendrait aussi à l'affacturage du produit de la vente d'or et d'autres métaux précieux effectuée en dehors de tout marché réglementé, par exemple au produit de la vente de bijoux. Après délibérations, il a été convenu à titre provisoire que les exclusions proposées devraient être reformulées et, éventuellement, combinées avec l'idée des opérations sur un marché réglementé. En conséquence, le point *b* du texte proposé (voir par. 38) pourrait être supprimé, et il ne serait question au point *h* que des contrats de change négociés en dehors d'un marché boursier réglementé (voir aussi les paragraphes 66 à 68).

*Point* c *(Droits à paiement découlant de conventions de compensation financière globale)*

46. Les membres de la Commission sont généralement convenus que les cessions de droits à paiement au titre de conventions de compensation financière globale devraient être exclues du champ d'application de la convention ou des articles 11 et 12. Il a été largement estimé que de telles opérations fonctionnaient bien dans les conventions-cadres standards existant dans la pratique (par exemple les conventions-cadres de compensation globale établies par l'International Swaps and Derivatives Association) et dans le cadre de la loi actuellement applicable. On a en outre déclaré que, en les faisant entrer dans le champ d'application de la convention, on risquait involontairement de perturber ces pratiques, qui s'accorderaient mal avec certaines des dispositions du texte (par exemple les articles 11, 12, 19 et 24 à 26). Une telle conséquence serait contraire à l'objectif général de la convention, qui était d'accroître l'offre de crédit à des taux moins élevés afin de faciliter la circulation des biens et des services entre les pays. On a par ailleurs fait observer que l'exclusion de l'application des articles 11 et 12 uniquement ne suffirait pas à protéger les parties à des conventions de compensation globale de caractère financier, puisque l'on partait du principe qu'il y aurait toujours une clause d'incessibilité et que cette clause serait valable en vertu de la loi applicable en dehors de la convention. On a fait observer, à cet égard, que si une cession était effective même si elle était effectuée en violation d'une clause d'incessibilité, elle pourrait entrer dans le champ d'application de la convention. En conséquence, le droit du débiteur à une compensation globale pourrait s'en trouver affecté (l'article 19, qui fait référence à la compensation, peut ne pas couvrir tous les types de compensation globale), et la priorité serait régie par la loi du lieu de situation du cédant (au lieu de la loi du lieu où est situé le compte de titres, qui serait plus appropriée).

47. S'agissant de la formulation exacte de l'exclusion des compensations globales au titre de conventions financières, un certain nombre de questions ont été soulevées, dont celle de savoir si cette exclusion porterait sur les droits à paiement qui naissaient tant avant qu'après la liquidation de la convention de compensation globale. On a répondu à cette question par l'affirmative. Il a aussi été demandé s'il fallait exclure les conventions de compensation globale de caractère non financier (par exemple dans le secteur aérien ou agricole). L'exclusion de telles conventions a recueilli un certain appui, mais, selon l'avis qui a prévalu, cette solution ne devrait pas être retenue au risque d'exclure aussi involontairement les cessions de certaines créances commerciales. Il a été proposé, cependant, d'exclure l'application des articles 11 et 12, portant sur les clauses d'incessibilité, pour ce type de conventions de compensation globale de caractère non financier. Cette proposition n'a pas bénéficié d'un appui suffisant (pour la suite du débat, voir le paragraphe 149).

48. Selon une opinion, les droits découlant des systèmes de règlements interbancaires (mentionnés au point *d* et les droits découlant de la vente ou du prêt de titres de placement ou de systèmes de règlement d'opérations sur titres (mentionnés au point *i* étaient étroitement liés aux conventions de compensation globale et devraient être mentionnés ensemble. Pour tenir compte des craintes exprimées, le

point *c* du texte proposé (voir par. 38) a été reformulé de la manière suivante: "[Les droits à paiement] [Les créances] né[e]s dans le cadre de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale, à l'exception [d'une créance] [d'un droit à paiement] dû[e] lors de la liquidation de toutes les opérations en cours." On a expliqué que seules seraient visées les conventions de compensation globale de caractère financier, les compensations globales entre participants à un secteur d'activité n'étant pas exclues (mais devant peut-être être traitées différemment dans le cadre de l'article 20, de manière à préserver les droits à compensation découlant d'opérations régies par des conventions de compensation globale; voir cependant le paragraphe 149). On a déclaré par ailleurs que l'intention n'était pas d'exclure les cessions de créances payables lors de la liquidation d'une convention de cession globale, puisque, dans ce cas, on ne risquait pas de porter atteinte à la mutualité de ce type de convention.

*Définitions*

49. L'inclusion d'une définition des termes "convention de compensation globale" (voir par. 35) a bénéficié d'un appui, mais a aussi suscité un certain nombre d'inquiétudes. On a ainsi craint que la définition ne soit trop large et ne conduise involontairement à exclure des conventions bilatérales entre des opérateurs mettant en commun des crédits et des débits et réglant leurs obligations mutuelles par des paiements nets, résultat qui a été considéré non souhaitable. En réponse à cette crainte, on a fait observer que les conventions de compensation globale à caractère financier, qu'elles soient multilatérales ou bilatérales, devraient être exclues du champ d'application du projet de convention. On a également exprimé la crainte que l'emploi du terme "*set-off*" ne soit inapproprié, la notion n'étant pas comprise partout de la même façon. On a par ailleurs fait remarquer que le cas décrit au point *b* de la définition des termes "convention de compensation globale" ne couvrait pas une véritable convention de compensation globale et devrait donc être supprimée.

50. L'inclusion d'une définition des termes "contrat financier" (voir par. 35) a aussi bénéficié d'un appui. Il a été déclaré, cependant, qu'il faudrait supprimer la référence aux droits à paiement sur des comptes de dépôt puisque la liste des exclusions faisait déjà expressément référence à de tels droits (voir le paragraphe 38 et le paragraphe x ii *d* du texte proposé). Il faudrait également supprimer la référence aux mécanismes d'octroi de garanties ou de facilités de crédit puisque ces derniers ne constituaient pas un élément nécessaire pour la définition du "contrat financier". Toutefois, ces mécanismes représentaient, a-t-on déclaré, une partie importante des contrats financiers, qui influaient sur le coût total du financement accordé et devraient, par conséquent, être explicitement mentionnés soit dans la définition des termes "contrat financier", soit dans celle des termes "convention de compensation globale". On a fait remarquer, en réponse à cette observation, que l'on ne pouvait certes nier l'importance desdits mécanismes mais qu'ils ne faisaient pas partie intégrante de la définition de ces termes. En outre, en les mentionnant dans les définitions, on pourrait involontairement exclure une cession de créances effectuée par une entreprise à titre de garantie pour un prêt bancaire. Il a été provisoirement convenu de supprimer la mention des mécanismes de garantie et de facilité de crédit dans la définition des termes "contrat financier" (voir aussi le paragraphe 74).

51. La Commission a également examiné la définition des termes "système de paiement ou de règlement des opérations sur titres" (voir par. 35). Il était important, a-t-on déclaré, de préciser qu'il fallait trois participants ou plus pour qu'un mécanisme interbancaire de paiement ou de règlement d'opérations sur titres constitue un "système" et soit exclu du champ d'application de la convention. Selon une opinion, cette question pourrait être clarifiée dans un commentaire accompagnant la convention. On a toutefois fait observer que, dans certains pays, de tels systèmes de paiement pouvaient être établis par deux correspondants bancaires. Après un débat, la Commission a provisoirement décidé qu'une définition des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres n'était pas nécessaire (pour la suite du débat, voir le paragraphe 71).

*Point* d *(Droits à paiement au titre de relations bancaires relatives aux comptes de dépôt, y compris ceux qui découlent des systèmes de règlements interbancaires)*

52. S'agissant de la cession de créances nées de comptes de dépôt et de systèmes de règlements interbancaires, il a été indiqué que la convention ne donnerait pas toujours des résultats souhaitables et qu'en tout état de cause ces créances étaient régies par la loi et par les contrats en fonction des besoins spécifiques des pratiques concernées. Certains ont jugé préférable de ne pas exclure la cession de ce type de créances du champ d'application de la convention (se rangeant ainsi à l'avis du Groupe de travail) non seulement en raison de leur fréquence, mais aussi parce qu'il était souhaitable qu'elles bénéficient du régime harmonisé du projet de convention. Il a été fait remarquer que si ces créances devaient faire l'objet d'un traitement particulier (par exemple en termes de priorité ou de localisation), il faudrait que ce soit dans le cadre des projets d'articles pertinents. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il convenait de les exclure, car il était préférable que la question de leur cessibilité ainsi que celle des effets de la cession soient régies par une réglementation en dehors de la convention. En outre, l'interférence de la convention avec des clauses d'incessibilité de comptes de dépôt pourrait susciter des inquiétudes dans le secteur bancaire et avoir un effet négatif sur l'acceptabilité du texte.

53. L'exclusion de la cession de créances découlant de systèmes de règlements interbancaires a bénéficié d'un soutien au sein de la Commission (la question de savoir s'il fallait l'exclure de l'ensemble du projet de convention ou uniquement des articles 11 et 12 n'a pas été réglée; voir les paragraphes 47 à 100). Cependant, ces relations, qu'elles soient multilatérales ou bilatérales, contenant des éléments de compensation globale, il a été suggéré d'incorporer leur exclusion et de la fusionner avec celle des droits à paiement au titre d'une convention de compensation financière globale (voir par. 46 à 48). Afin de tenir compte de certaines des préoccupations exprimées, la deuxième partie du point *d* de l'exclusion proposée (voir le paragraphe 38 et le paragraphe x ii *d* du texte proposé) a été reformulée comme suit: "[Les droits à paiement] [Les créances] découlant des systèmes de règlements interbancaires ou de règlement des

opérations sur titres." En réponse à la question concernant une éventuelle incohérence avec la version remaniée de l'exclusion des conventions de compensation financière globale (voir par. 48), il a été fait observer que les systèmes de règlements interbancaires ou de règlement des opérations sur titres ne s'inséraient pas systématiquement dans des conventions de compensation globale. Il faudrait par ailleurs exclure, dans le cas de ces systèmes, la cession de l'obligation de paiement restante lors d'une liquidation, car il n'existait aucun marché pour la cession de tels droits à paiement à des fins de financement après la liquidation.

54. Lors du débat, la question a été posée de savoir si la facilitation par la convention de cessions de dépôts de fonds ne serait pas contraire aux dispositions légales destinées à lutter contre le blanchiment d'argent. Il a été répondu que ce n'était pas le cas, car toute cession de créances au titre de la convention resterait soumise à toutes les dispositions impératives concernant le blanchiment d'argent.

*Point* e *(Droits à paiement opposables à un assureur au titre d'une police d'assurance, ou à un réassureur au titre d'une police de réassurance)*

55. Il a été souligné que le marché des assurances était réglementé de façon très détaillée (par contrat et par la loi) et que le projet de convention introduisait des dispositions qui pourraient avoir des résultats indésirables, voire aller à l'encontre des dispositions contractuelles et légales régissant ces contrats. De plus, il existait de nombreux types d'assurances traduisant une politique générale et des attentes différentes des parties, et il était difficile de garantir que les dispositions du projet de convention n'interféreraient pas indûment avec eux.

56. La proposition d'exclure les pratiques en matière d'assurance a été contestée au motif qu'il était souhaitable de placer les créances découlant des contrats d'assurance dans un cadre juridique sûr et internationalement harmonisé. Ces créances (nées de différents types de contrats d'assurance tels que les assurances dommages, maladie, retraite, crédit, responsabilité) étaient souvent cédées et faisaient aussi fréquemment partie d'opérations de financement international, telles que l'affacturage. Ces types d'opérations étaient en pleine expansion, et il était souhaitable de les faciliter et d'en réduire le coût et les risques au moyen de la convention. Après un débat, la proposition d'exclusion de la cession de créances découlant de polices d'assurance n'a pas obtenu le soutien nécessaire, et la Commission a décidé de ne pas traiter les créances liées à des opérations d'assurance ou de réassurance comme des créances devant être exclues du champ d'application de la convention dans son ensemble.

*Point* f *(Droits au paiement de marchandises vendues ou louées, qui deviennent partie d'un bien immobilier)*

57. De l'avis de nombreuses délégations, la cession de créances nées de la vente ou de la location de marchandises ne devrait pas être exclue, même si ces marchandises étaient devenues temporairement partie d'un bien immobilier. On a fait valoir que l'exclusion de la cession de ce type de créances commerciales du champ d'application de la convention limiterait considérablement l'utilité du texte et compromettrait les chances d'une large adoption. Il a également été fait remarquer qu'une telle exclusion serait source d'incertitude quant à l'application du projet de convention, étant donné les approches divergentes adoptées par les divers systèmes juridiques en ce qui concernait les critères exigés pour qu'un bien mobilier devienne partie d'un bien immobilier.

58. Le débat a été axé sur une version remaniée du point *f* qui avait pour objet d'exclure la cession des: "[Droits à paiement] [Créances] né[e]s de la vente ou de la location d'un bien immobilier". Cette version a reçu un certain appui. En effet, on éviterait ainsi d'exclure la cession de créances commerciales, sans entrer en conflit avec la législation nationale sur les droits immobiliers.

59. Toutefois, on a fait observer qu'il ne faudrait pas exclure la cession de créances nées de la location de biens immobiliers. À cela, il a été répondu qu'il serait préjudiciable de chercher à établir une distinction entre les ventes et les locations, étant donné que les locations possédaient souvent des éléments d'une vente (par exemple locations à long terme avec option d'achat) et que de nombreux systèmes juridiques les traitaient de la même façon.

60. Par contre, on a fait remarquer que même si l'on pouvait inclure dans le champ d'application de la convention la cession de créances nées de la location de biens immobiliers, il était essentiel d'en exclure les créances garanties par une hypothèque immobilière afin d'éviter tout conflit avec la législation nationale sur le transfert des hypothèques en général et leur titrisation en particulier. On a toutefois appelé à la prudence à cet égard, car l'exclusion de la cession de créances commerciales (découlant de la fourniture de marchandises, de travaux ou de la prestation de services) au seul motif que celles-ci se trouvaient être garanties par un bien immobilier risquerait de réduire considérablement l'utilité de la convention. Les sociétés commerciales, et notamment les entreprises de construction, avaient régulièrement recours à la cession de créances garanties par une hypothèque sur un immeuble ou un chantier à des fins de financement. En outre, il serait inattendu que le projet de convention ne couvre pas une cession globale de créances par une entité commerciale uniquement parce que cette entité (le cédant), ou le débiteur, ou un tiers avait offert une hypothèque comme garantie supplémentaire. Il a été souligné que l'exclusion de ce genre de cession globale engendrerait une incertitude quant à l'application de la convention et pourrait donner des résultats contradictoires (par exemple, un conflit serait couvert s'il était survenu avant l'offre d'une hypothèque mais non après).

61. Il a aussi été dit que la crainte exprimée concernant l'effet que pourrait avoir la cession de créances sur les sûretés immobilières pourrait être apaisée par l'insertion d'une règle de droit international privé soumettant les conflits de priorité entre un cessionnaire au titre de la convention et le détenteur d'un droit sur un immeuble assorti d'un droit sur la créance cédée à la loi du lieu de situation de l'immeuble. Le libellé suivant a été proposé:

"Si la créance cédée naît de la vente ou de la location d'un droit sur un immeuble, ou est garantie par un tel

droit, les droits du cessionnaire sont soumis à tous droits concurrents d'une personne détenant également un droit sur l'immeuble en vertu de la loi de l'État dans lequel cet immeuble est situé."

Cette proposition a reçu un certain soutien. L'analyse juridique sur laquelle elle reposait était bonne, a-t-on déclaré, et elle traitait toutes les questions pertinentes. On a souligné en particulier que s'il n'y avait pas de conflit avec le détenteur d'un droit immobilier en vertu de la législation nationale ni de limitation légale à la cession de créances immobilières (question qui pourrait être abordée de façon plus explicite à l'article 9; voir le paragraphe 131), les marchés immobiliers nationaux ne seraient pas affectés par la convention. D'ailleurs, le projet de convention portait sur la cession de créances et n'incluait aucune règle qui pourrait nuire aux marchés immobiliers nationaux. L'article 12 était, a-t-on fait observer, suffisant en renvoyant au droit national des questions telles que la distinction entre une sûreté accessoire et une sûreté indépendante, les droits du débiteur par rapport à ceux du cédant et la forme du transfert d'une sûreté, immobilière ou mobilière.

62. Selon un avis, toutefois, le libellé proposé ne suffisait peut-être pas à garantir que les marchés immobiliers nationaux ne seraient pas perturbés. En effet, des questions autres que celles de la priorité (et de la forme, qui devait être régie par la loi nationale en vertu du paragraphe 5 de l'article 12), pourraient entrer dans le champ d'application de la convention, d'où la nécessité d'une règle de droit international privé plus large. Il a été proposé d'inclure le libellé suivant à l'article 25: "Lorsque la cession entraînerait le transfert ou la création d'un droit sur un bien immobilier ou une créance découlant d'un tel droit, c'est la loi de l'État dans lequel le bien immobilier est situé qui régit les questions visées à l'article 24." Après délibération, la proposition a été modifiée pour se lire comme suit:

"Lorsqu'une créance naît d'un droit immobilier, ou lorsque la cession d'une créance, ou toute opération associée, entraînerait la création ou le transfert d'un droit immobilier, toutes les questions relatives audit droit sont régies par la loi de l'État dans lequel le bien immobilier est situé aux fins de la présente convention."

Ce texte a reçu un certain soutien. Il a été déclaré qu'une approche fondée sur un régime spécial devant être incorporé au projet d'article 25 tiendrait mieux compte de toutes les préoccupations exprimées. Il a cependant été fait remarquer qu'il n'existait pas de différence réelle entre cette proposition et celle mentionnée plus haut (voir par. 61), puisque, aux termes de cette dernière, la loi du lieu de situation du cédant s'appliquait uniquement si elle n'entrait pas en conflit avec la loi de l'État dans lequel le bien immobilier était situé.

63. Comme autre solution tendant à traiter la question par le biais d'une exclusion limitée incorporée à l'article 24 ou à l'article 25, il a été suggéré, pour éviter toute perturbation des marchés hypothécaires nationaux, de limiter une exclusion générale au paragraphe 1 de l'article 4 aux "créances nées de la vente ou de la location de biens immobiliers garanties par une hypothèque sur ces biens". En outre, il a été déclaré que si la Commission ne pouvait parvenir à un accord sur une telle exclusion, il serait possible d'envisager une approche fondée sur le paragraphe 2 de l'article 4. Mais on a exprimé la crainte que ce paragraphe, en autorisant les États à exclure un nombre illimité de pratiques, ne contribue pas à assurer l'uniformité recherchée par la convention.

64. Après un débat, la Commission a suspendu l'examen de la question afin de permettre la tenue de consultations (pour la suite du débat, voir les paragraphes 75 à 87).

*Point* g *(Droits de tirage ou droits à paiement au titre d'une lettre de crédit ou d'une garantie bancaire indépendante)*

65. La Commission est convenue que la cession de créances nées de lettres de crédit ou de garanties indépendantes (à savoir le droit de demander ou de recevoir paiement après qu'une demande valide a été présentée à cet effet) ne devrait pas relever des dispositions de la convention. De l'avis général, la cession de ce type de créances donnait lieu à des considérations particulières qui faisaient l'objet de textes spéciaux existants, de caractère législatif ou autre, y compris les Règles et usances uniformes (RUU 500), les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98) et la convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (résolution 50/48, annexe, "la convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by").

*Point* h *(Droits à paiement découlant de contrats d'opérations sur devises)*

66. La Commission a rappelé que les contrats d'opérations sur devises seraient exclus du champ d'application de la convention dans la mesure où ils visaient des opérations effectuées dans le cadre d'un marché boursier réglementé (voir le point *a* et le paragraphe 43) ou comprenaient des conventions de compensation globale (voir le point *c* et les paragraphes 46 à 48). Le débat a porté essentiellement sur les contrats d'opérations sur devises qui ne relèveraient pas des points *a* ou *c* de la liste des exclusions proposées.

67. Selon un avis, les exceptions aux points *a* et *c* n'étaient pas assez nombreuses, car il existait d'importantes pratiques au titre de contrats d'opérations sur devises qui se situaient en dehors d'un marché réglementé et ne donnaient pas lieu à des conventions de compensation globale. Il a aussi été dit que, dans ce type de situations, les établissements de financement s'appuieraient sur les droits à compensation reconnus par la loi, qu'il était essentiel de protéger pour limiter le risque de crédit et, partant, le coût d'une opération. On a également fait valoir qu'il était tout aussi essentiel que les établissements financiers puissent opposer des clauses d'incessibilité à des cessionnaires éventuels du produit d'opérations sur devises. L'application des articles 11 et 12 pouvait donc involontairement rendre les établissements financiers plus vulnérables face au risque de défaillance de leurs clients, ce qui entraînerait une augmentation du coût financier de ce type d'opérations. On a aussi avancé comme argument en faveur de l'exclusion proposée que, dans de nombreux pays, les opérations sur devises obéissaient à des réglementations

spéciales, imposées par les autorités monétaires nationales, et dont la convention ne devait pas compromettre le fonctionnement. Les réglementations monétaires imposaient parfois des restrictions à la cessibilité du produit des opérations sur devises afin de limiter les flux transfrontières de devises.

68. La Commission a pris note de ces préoccupations. Elle n'en a pas moins jugé qu'il n'y avait pas de raison impérieuse d'exclure ces opérations résiduelles sur devises du champ d'application de la convention. Les établissements financiers qui souhaitaient que la convention ne s'applique pas à leurs opérations sur devises restaient libres d'avoir recours aux conventions de compensation globale pour ce type d'opération. En outre, de l'avis de nombreuses délégations, dans la mesure où les réglementations limitaient la cessibilité des créances nées de contrats d'opérations sur devises, elles ne seraient affectées ni par la convention dans son ensemble, ni par ses articles 11 et 12 en particulier. De plus, il a été généralement estimé que l'article 20 suffisait à protéger les droits à compensation du débiteur. Après délibération, la Commission a décidé de supprimer le point *h*.

*Point* i *(Droits à paiement découlant de la vente ou du prêt de titres de placement, y compris les accords de rachat, et les droits à paiement découlant des systèmes de règlement d'opérations sur titres)*

69. Il a été rappelé que les droits à paiement découlant des systèmes de règlement d'opérations sur titres seraient visés au point *d* tel que révisé (voir par. 53), tandis que la vente ou le prêt de titres n'entreraient pas dans les exclusions concernant les conventions de compensation globale et les opérations sur un marché boursier réglementé. Des délégations se sont déclarées favorables à l'exclusion. Il a été dit que la vente, le prêt ou l'échange de titres se faisaient dans le cadre d'accords de rachat sur des marchés bien établis et réglementés et que la convention (par exemple, les dispositions relatives aux garanties, à la compensation et à la priorité) pourrait avoir un effet perturbateur sur ces marchés. Ce à quoi on a répondu que le fait que ces opérations soient soumises à réglementation en vertu du droit interne ne suffisait pas à justifier leur exclusion du champ d'application de la convention, car celle-ci n'aurait aucune répercussion sur les limitations légales prévues aux cessions. On a par conséquent suggéré que les États se prévalent au besoin du droit reconnu au paragraphe 2 de l'article 4 pour exclure certaines pratiques en faisant une déclaration dans ce sens en application de l'article 39. On a répondu que si l'on devait exclure des pratiques du champ d'application de la convention, il valait mieux les exclure explicitement au paragraphe 1 de l'article 4 plutôt que donner aux États la possibilité de le faire par déclaration unilatérale, en vertu du paragraphe 2 de l'article 4 et de l'article 39, car une telle formule ne favoriserait pas l'uniformité et pourrait être une source d'incertitude quant à l'application de la convention. Après un débat, et en attendant qu'une décision définitive soit prise quant à la question de savoir si les exclusions devraient se rapporter à l'ensemble de la convention ou uniquement à ses articles 11 et 12, la Commission s'est prononcée provisoirement en faveur de l'exclusion des ventes et prêts de titres (voir également le paragraphe 72).

*Liste révisée de toutes les exclusions*

70. La Commission s'est penchée ensuite sur les conclusions de son examen des types de créances qu'il convenait d'exclure du champ d'application de la convention. Elle a procédé sur la base d'un texte établi par un groupe de travail informel et destiné à figurer au paragraphe 1 de l'article 4. Ce texte se lisait comme suit:

"[La convention ne s'applique pas]:

*a)* Aux créances découlant d'opérations sur un marché boursier réglementé;

*b)* Aux créances découlant de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale, à l'exception d'une créance apparaissant après la liquidation de toutes les opérations;

*c)* Aux créances liées découlant de dépôts bancaires;

*d)* Aux créances découlant de systèmes de paiement interbancaire ou de systèmes de règlement des opérations sur valeurs mobilières;

*e)* Aux créances découlant d'une lettre de crédit ou d'une garantie bancaire indépendante;

*f)* Aux créances découlant de la vente ou du prêt de valeurs mobilières."

71. Rappelant le débat sur la définition des termes "système de paiement et de règlement des opérations sur valeurs mobilières" (voir par. 51 ci-dessus), la Commission a décidé qu'à l'alinéa *d* référence devrait être faite aux accords de paiement interbancaire. Il a été largement estimé que, outre les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur valeurs mobilières, il faudrait exclure du champ d'application de la convention les mécanismes de paiement entre deux correspondants bancaires.

72. S'agissant de l'alinéa *f*, il a été suggéré de le revoir de manière à faire également référence à la détention de valeurs mobilières. En réponse à une question, il a été déclaré que la détention directe ou indirecte de valeurs mobilières, qu'elles soient sous forme papier ou électronique ("valeurs mobilières dématérialisées"), pouvait engendrer des créances, comme le solde d'un compte de valeurs mobilières, les dividendes provenant de valeurs mobilières ou le prix tiré de la vente de valeurs mobilières. De l'avis général, la cession de telles créances devrait être exclue du champ d'application du projet de convention pour les mêmes raisons que devrait l'être la cession de créances nées de la vente ou du prêt de valeurs mobilières (voir par. 69).

73. La Commission a également examiné la définition des termes "contrat financier" et "convention de compensation globale" dont il est question à l'alinéa *b* de la liste d'exclusions ci-dessus (voir par. 70), définition qui devrait figurer à l'article 6. Les définitions proposées (fortement inspirées du texte de la Fédération bancaire de l'Union européenne figurant à la page 11 du document A/CN.9/472/Add.1) se lisaient comme suit:

"*n)* Le terme "contrat financier" désigne toute opération au comptant, à terme, à option ou swap portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument fi-

nancier, toute opération de rachat ou de prêt sur titres, toute opération de dépôt et toute opération analogue à l'une des précédentes, effectuée sur les marchés financiers, et toute combinaison de ces opérations;

*o)* Le terme "convention de compensation globale" désigne une convention prévoyant un ou plusieurs des modes de règlement suivants:

i) Le règlement net des paiements dus dans la même monnaie à la même date par novation ou autrement;

ii) Dès l'insolvabilité d'une partie ou autre défaillance de sa part, la clôture de toutes les opérations en cours à leur valeur de remplacement ou à leur valeur loyale et marchande, la conversion des sommes correspondantes dans une seule monnaie et la compensation sous forme d'un paiement unique effectué par une partie à l'autre; et

iii) La compensation des montants calculés comme prévu au sous-alinéa ii au titre de deux conventions de compensation globale ou plus."

74. Il a été indiqué que, compte tenu de l'examen antérieur de ces définitions (voir par. 49 à 51), la référence aux comptes de dépôt et aux systèmes de garantie et de facilité de crédit dans la définition des termes "contrat financier" avait été supprimée. Le texte révisé de ces définitions a bénéficié d'un large appui. Il a été convenu que les comptes de dépôt étaient exclus en vertu de l'alinéa *c* de la liste révisée des exclusions (voir par. 70). Il a été proposé d'ôter de la liste des pratiques exclues les créances nées de comptes de dépôt, mais cette proposition n'a pas reçu un appui suffisant. Les membres de la Commission sont également convenus que les systèmes de garantie et de facilité de crédit ne devaient pas entrer dans la définition du terme "contrat financier". Après un débat, la Commission a adopté les listes d'exclusions et de définitions susmentionnées et les a renvoyées au groupe de rédaction.

*Créances immobilières*

75. La Commission a repris ses délibérations sur les créances immobilières (voir par. 57 à 64), qui ont été axées sur une proposition libellée comme suit:

"Lorsqu'une créance est liée à un droit sur un immeuble, la loi de l'État dans lequel est situé ledit immeuble régit toutes les questions relatives à ce droit ainsi que la priorité du droit du cessionnaire par rapport au droit concurrent d'une personne sur le même immeuble."

76. On a déclaré que le texte proposé devait s'appliquer à tous les cas de figure, quelle que soit la nature du lien existant entre la créance et l'immeuble (que la créance soit née de la vente ou de la location de l'immeuble ou qu'elle soit simplement garantie par un droit immobilier, par exemple), et préserver l'application du droit immobilier à toutes les questions relatives à un droit sur un immeuble. On a également fait observer que la seconde partie du texte proposé visait à traiter une question d'une portée plus limitée, celle de la loi applicable en cas de conflit de priorité entre un cessionnaire au sens de la convention et le détenteur d'un droit sur un immeuble en vertu du droit immobilier. Cette proposition a recueilli un fort soutien. On a estimé que le texte répondrait aux préoccupations exprimées au sujet des restrictions légales aux cessions qui pouvaient avoir des incidences sur les droits immobiliers ainsi qu'à toute autre considération d'ordre public à cet égard. Pour ce qui était de sa formulation, il a été proposé de relier les deux membres de phrase par l'expression "y compris". Cette proposition a été rejetée au motif que la seconde partie du texte proposé énonçait une règle portant uniquement sur la loi applicable en matière de priorité, tandis que la première partie portait sur la loi applicable à toutes les questions relatives à un droit immobilier.

77. Plusieurs autres préoccupations ont été exprimées. On a craint, par exemple, que le texte proposé ne soit trop général et n'entraîne involontairement l'exclusion du champ d'application de la convention d'opérations qui auraient dû y être incluses (comme la cession d'une créance incorporée dans un billet à ordre et garantie par une hypothèque immobilière ou celle des recettes d'un parc d'attractions ou d'un terrain de golf). En particulier, les mots "liée" et "toutes les questions relatives à" donneraient au texte proposé une portée trop large et engendrerait une incertitude inacceptable. On a fait observer que les prêts commerciaux étaient souvent garantis par des biens meubles ou immeubles. Or, en pareil cas, la priorité concernant la créance immobilière ne pouvait être régie par le droit immobilier que si, en vertu de ce droit, la priorité était soumise à inscription sur un registre public et si un conflit surgissait avec le détenteur d'un droit immobilier. On a fait observer à ce propos que si le cessionnaire n'avait pas fait enregistrer son droit sur l'immeuble et que le cédant devenait insolvable, le rang de priorité du cessionnaire par rapport à l'administrateur d'insolvabilité devrait être soumis à la loi du lieu de situation du cédant. Même si le cédant avait cédé la même créance à un autre cessionnaire qui ne l'aurait pas non plus fait enregistrer, la priorité devrait là encore être déterminée par la loi du lieu de situation du cédant. On a fait observer, en outre, que le seul cas où le droit immobilier pouvait s'appliquer et où le cessionnaire pouvait être écarté était celui où un cessionnaire subséquent avait fait enregistrer son droit conformément au droit immobilier. La seconde partie du texte proposé était censée couvrir ce type de conflit peu fréquent.

78. On s'est aussi inquiété de ce que le simple fait qu'une créance soit liée d'une façon ou d'une autre à un bien immobilier, quelle que soit la valeur de l'immeuble par rapport à celle de la créance, ne suffise pas à justifier un changement de la loi applicable en matière de priorité. S'il fallait que la convention comprenne une règle sur la loi régissant les conflits de priorité pour les créances immobilières, celle-ci devrait être formulée de façon à ne pas perturber inutilement les pratiques de financement utilisant de telles créances. On s'est demandé si la règle énoncée dans le texte proposé était adaptée au financement de projets immobiliers et au financement reposant sur des créances garanties par une hypothèque. On a indiqué que, de toute façon, il serait inacceptable de prévoir une règle qui obligerait un bailleur de fonds à se renseigner pour s'assurer que les créances sur lesquelles le financement était basé étaient garanties par une hypothèque afin de déterminer si la convention s'appliquait ou non. Pour tenir compte des

préoccupations exprimées, il a été proposé que la convention ne porte que sur le conflit entre un cessionnaire ayant acquis, en vertu de l'article 12, un droit sur un immeuble garantissant le paiement de la créance cédée et le détenteur d'un droit sur un immeuble qui, en vertu du droit immobilier, s'étend à la créance. Une telle règle devrait assurer l'application du droit immobilier soit en excluant ce type de conflit du champ d'application des règles de priorité de la convention, soit en donnant la priorité au détenteur d'un droit sur un immeuble si cette personne était prioritaire en vertu du droit immobilier.

79. Le libellé suivant a été proposé:

"Si une créance est associée à un immeuble d'une manière telle que, en vertu de la loi de l'État où est situé l'immeuble, une personne détenant un droit sur l'immeuble a des droits sur cette créance, alors les droits du cessionnaire sur la créance sont subordonnés aux droits de toute personne auxquels la loi de l'État où est situé l'immeuble subordonne les droits du cessionnaire."

On a expliqué que la règle proposée était censée avoir un champ d'application limité, car elle imposait qu'une créance soit associée à un immeuble et que, en vertu du droit immobilier, le détenteur d'un droit sur cet immeuble acquiert un droit sur la créance qui y était associée. On a aussi expliqué que la règle proposée ne s'appliquait pas aux conflits portant sur les droits immobiliers, car l'article 12 était jugé suffisant pour garantir que tout conflit dans ce domaine serait réglé par le droit immobilier. Il était également entendu que la règle proposée ne s'appliquerait pas si, en raison de la défaillance du débiteur, le cessionnaire d'une créance garantie par une hypothèque immobilière faisait faillite et que l'immeuble était saisi et vendu, pour autant que le cessionnaire se soit conformé à toutes les exigences du droit immobilier pour l'acquisition de droits sur un immeuble.

80. La proposition susmentionnée a recueilli un certain soutien. Pour faire en sorte que le texte proposé ne s'applique pas seulement aux loyers mais aussi aux créances garanties par un bien immobilier, on a proposé de le remanier comme suit: "Lorsqu'une créance est garantie par un immeuble ou naît de la location d'un immeuble..." Mais des préoccupations ont aussi été exprimées, dont l'une avait trait au fait que le texte proposé ne couvrait pas tous les cas où le projet de convention pouvait avoir des incidences sur les droits sur des immeubles reconnus par le droit immobilier. Quant à savoir si l'article 9 (en particulier dans son nouveau libellé; voir le paragraphe 131) tenait compte des préoccupations que suscitaient les restrictions légales applicables aux créances liées à des immeubles, on a fait observer qu'il apporterait une réponse à la plupart des questions d'ordre public, mais pas à toutes. Pour ce qui était de savoir si l'article 25 répondrait aux questions restantes, il a été indiqué qu'il pourrait ne pas être suffisant.

81. Pour concilier les deux propositions divergentes (voir par. 75 et 79), on a proposé le texte suivant: "Aucune disposition de la présente convention n'a d'incidences sur l'application de la loi régissant l'immeuble lorsque la cession d'une créance est liée audit immeuble." On a estimé que, bien qu'intéressante, cette proposition pouvait involontairement engendrer une incertitude quant à l'application de la convention. On a fait observer que le simple fait, par exemple, qu'une hypothèque sur un immeuble de moindre valeur soit donnée pourrait conduire à l'exclusion de la cession de créances de valeur élevée du champ d'application du projet de convention. On a également avancé que la seule question à traiter était celle du conflit qui pouvait surgir entre un cessionnaire au regard de la convention et le détenteur d'un droit sur un immeuble lié à la créance cédée. L'article 9, tel que révisé, couvrirait suffisamment bien les restrictions légales à la cession de créances liées à des immeubles (voir par. 131), et l'article 12 suffirait à assurer que tous conflits entre des droits immobiliers concurrents seraient régis par la loi applicable aux droits immobiliers en vertu des règles de droit international privé existant en dehors de la convention.

82. On a toutefois craint qu'il ne suffise pas de traiter les questions de priorité pour garantir l'application du droit foncier à toutes les questions relatives aux droits sur des immeubles. C'est pourquoi des délégations ont appuyé la proposition mentionnée plus haut (voir par. 80) ou celle tendant à permettre aux États d'exclure du champ d'application du projet de convention la cession de créances liées à un immeuble (voir le paragraphe 2 de l'article 4 et l'article 39). Il a été largement considéré que l'impossible devait être fait pour définir clairement le champ d'application de la convention de façon que les États n'aient pas à prévoir d'autres exclusions, ce qui réduirait la certitude quant à l'application du texte et aurait pour effet de lui donner un champ d'application différent suivant les États.

83. Dans un esprit de consensus, on a proposé le texte suivant:

"Lorsqu'une créance est garantie par un droit sur un immeuble ou naît de la vente ou de la location d'un tel droit, aucune des dispositions de la présente convention:

*a)* N'a d'incidences sur les droits d'une personne ayant la priorité sur la créance en vertu du droit foncier de l'État dans lequel est situé l'immeuble; ou

*b)* Ne rend licite un droit sur l'immeuble s'il ne l'est pas en vertu du droit interne."

84. On a expliqué que le texte proposé visait à ce que la convention n'ait pas d'incidence sur la priorité du détenteur d'un droit en vertu du droit foncier interne et ne crée pas un droit sur un immeuble qui ne serait pas licite au regard du droit foncier. Cette proposition a reçu un soutien, mais on s'est inquiété de ce que la référence faite au droit foncier interne à l'alinéa *a* manquait de clarté et était trop restrictive, car les questions de priorité étaient habituellement régies par un autre droit, notamment le droit de l'insolvabilité. En réponse à ces craintes, on a fait valoir qu'en faisant référence au droit foncier en général on exclurait du champ d'application de la convention tous les conflits de priorité concernant des créances liées à des immeubles, quelque ténu ou artificiel que puisse être le lien. La certitude que cherchaient à créer les articles 24 à 27 serait alors compromise, ce qui était inacceptable, car des conflits majeurs de priorité concernant des créances s'en trouveraient exclus. On a donné l'exemple d'un conflit, dans un pays A, entre deux cessionnaires d'une créance garantie par une hypothèque dans un pays B.

85. On a déclaré cependant que, tant que la convention indiquait clairement ne pas avoir pour but de porter atteinte aux droits reconnus par le droit foncier, il ne serait pas nécessaire de traiter la question particulière de la priorité sur laquelle portait l'alinéa *a* du texte proposé. On a fait observer en retour que, sans cet alinéa, la loi du lieu de situation du cédant s'appliquerait, en vertu de l'article 24, à un conflit entre un cessionnaire au regard de la convention et le détenteur d'un droit immobilier qui, en vertu du droit international, s'étendait à la créance.

86. En ce qui concerne l'alinéa *b*, il a été proposé de parler d'"interférence" avec le droit foncier. On a fait valoir à l'encontre de cette proposition qu'un tel terme pourrait être trop général et manquait, en tout état de cause, de clarté. S'agissant de la forme, il a été proposé de faire référence à l'autorisation d'acquérir un droit sur un immeuble. Cette proposition a bénéficié d'un large appui.

87. Sous réserve du maintien de la priorité des droits immobiliers découlant de la loi qui régit ces droits, la Commission a approuvé le texte figurant au paragraphe 83 et l'a renvoyé au groupe de rédaction. La Commission a poursuivi ses délibérations sur les créances nées d'opérations immobilières en se fondant sur un texte qui devait être ajouté à l'article 4 et se lisait comme suit:

"[3.] La présente convention:

*a)* Ne règle pas la question de savoir si un droit réel sur un immeuble constitue un droit sur une créance liée audit immeuble;

*b)* Ne détermine pas la priorité de ce droit sur un immeuble par rapport au droit d'un cessionnaire de la créance; ou

*c)* Ne rend pas licite l'acquisition de droits réels sur un immeuble, si elle n'est pas autorisée par la loi de l'État où l'immeuble est situé."

On a exprimé la crainte que l'alinéa *a* ne s'écarte de la ligne générale approuvée par la Commission (voir par. 83 à 87) et qu'il ne soit incompréhensible dans la mesure où un droit sur un immeuble ne pouvait pas être un droit sur une créance qui y était liée. On a déclaré, en réponse à cet argument, que l'alinéa *a* était une condition préalable logique à la naissance du conflit de priorité indiqué à l'alinéa *b*. Pour ce qui était de savoir si le détenteur d'un droit sur un immeuble pouvait avoir un droit sur des créances liées à cet immeuble et avoir, de ce fait, un conflit de priorité avec un cessionnaire de ces créances, par exemple, on a déclaré que, dans de nombreux pays, l'acheteur d'un bâtiment acquérait des droits sur les loyers provenant de la location dudit bâtiment. Sur le plan de la forme, il a été proposé de remplacer, à l'alinéa *a*, le mot "constitue" par le mot "confère", "contient" ou "inclut". Après un débat, la Commission a approuvé le texte proposé et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

*Autres pratiques à exclure (cessions de créances découlant de la vente ou de la location d'aéronefs, de matériel d'équipement spatial et de matériel ferroviaire roulant)*

88. Il a été proposé, pour les mêmes raisons que celles déjà mentionnées (c'est-à-dire l'existence de marchés spéciaux très réglementés qu'il n'était pas nécessaire de faire entrer dans le champ d'application de la convention) d'exclure la cession de créances découlant de la location ou du nantissement de certains types de matériel mobile de grande valeur. Cela se justifiait par le fait que l'exclusion pure et simple des pratiques correspondantes éviterait de prévoir des règles éventuellement inopportunes (par exemple les articles 11, 12 ou 24). Elle permettrait aussi d'éviter des conflits avec le projet de convention auquel l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) et d'autres organisations étaient en train de travailler ("le projet de Convention d'Unidroit"). Il a été indiqué à ce propos que les organismes qui rédigeaient ces textes ayant décidé de limiter la portée de leurs travaux aux aéronefs, au matériel spatial et au matériel ferroviaire roulant (et non pas à des "catégories de biens susceptibles d'individualisation"), l'exclusion serait de portée limitée et ne risquerait pas de restreindre outre mesure le champ d'application du projet de convention. En outre, les projets de convention et de protocoles d'Unidroit traitaient du point de vue d'un secteur particulier des recours en cas de défaillance du débiteur et mettaient en place un régime de priorité fondé sur des registres internationaux différents pour chaque type de matériel.

89. Pour donner suite à cette proposition, il a été suggéré d'ajouter à la liste des pratiques exclues figurant au paragraphe 1 de l'article 4 une phrase ainsi libellée: "La cession de droits [à paiement] résultant d'opérations dans le cadre desquelles des matériels d'équipement mobiles sont loués ou constituent la principale sûreté réelle au titre d'engagements contractés." Cette phrase serait complétée par la définition suivante: "Le terme "matériels d'équipement mobile" désigne les cellules d'aéronef, les moteurs d'aéronef, les hélicoptères, le matériel roulant ferroviaire et le matériel d'équipement spatial." Il a été expliqué, en réponse à une question, que s'il n'existait pas encore de définition du terme "matériel d'équipement spatial", ce terme servait à désigner non seulement le matériel mis en place dans l'espace (les satellites par exemple), mais aussi tous les droits qui lui étaient associés (tous les moyens de télémétrie, de poursuite et de commande; les logiciels de contrôle et de commande des satellites, ainsi que les codes d'accès; les autorisations officielles d'utilisation des emplacements assignés sur l'orbite et des fréquences radio associées). On a fait observer que, sur le plan pratique, le droit qu'avait un créancier titulaire d'une sûreté de prendre possession d'un satellite ne pouvait lui être garanti sans les droits associés. Par conséquent, exclure les droits associés de la sûreté sur un satellite affaiblirait la valeur commerciale du satellite lui-même en tant que bien nanti et réduirait d'autant les possibilités qu'avaient les constructeurs, les fournisseurs de services de lancement et les exploitants de satellites de trouver des financements en n'offrant que des sûretés sans dépossession sur leur satellite. D'autre part, il fallait éviter que le projet de convention n'empiète sur le projet de protocole sur l'espace, celui-ci devant être le premier instrument international traitant de façon générale des sûretés sur le matériel spatial (encore que l'on puisse considérer que d'autres instruments internationaux, comme la Convention d'Unidroit sur le crédit-bail international (1988) étaient applicables à la location de matériel spatial).

90. L'exclusion proposée a d'abord été très favorablement accueillie. L'usage voulait en effet que ces catégories de matériels d'équipement mobiles bénéficient d'un statut particulier qui était reconnu dans le nouveau régime international proposé dans le projet de convention et de Protocoles d'Unidroit. On a en outre fait observer que, du fait du caractère hautement spécialisé des techniques de financement de ce type de matériels, il fallait que les cessions de créances utilisées comme garanties soient traitées dans des instruments ad hoc. En outre, l'exclusion proposée était nécessaire pour maintenir la notion d'indivisibilité du bien et des droits qui y étaient associés, laquelle était consacrée aux articles 8-1 et 10 du projet de Convention d'Unidroit. Or cette notion pouvait être compromise si le débiteur avait la possibilité de céder des créances découlant de ce type de matériels d'équipement mobiles à valeur élevée dans le cadre d'un système différent de celui qui leur était applicable. Pour éviter que cela ne se produise, il faudrait exclure du champ d'application de la convention la cession de créances nées en particulier des opérations suivantes: financement de ventes par des vendeurs conservant le titre de propriété jusqu'au versement intégral du prix; financement de ventes par des tiers bailleurs de fonds obtenant une sûreté sur les matériels d'équipement mobiles visés; financement de locations dans lequel les loyers étaient fusionnés avec le matériel d'équipement mobiles; et financement de sociétés possédant des matériels d'équipement mobiles par des bailleurs de fonds obtenant une sûreté par le biais de prêts garantis essentiellement par les matériels.

91. Selon un intervenant, un conflit entre deux textes encore inachevés ne pouvait se régler par l'exclusion pure et simple de certaines pratiques. Une telle solution produirait un vide juridique tant que le texte le plus spécialisé ne serait pas adopté et mis en vigueur. Il a donc été proposé de laisser l'article 36 régler la question et de donner aux projets de convention et de protocoles d'Unidroit la préséance sur celui qu'est en train d'élaborer la CNUDCI. À quoi il a été répondu que le problème n'était pas l'éventualité d'un conflit entre deux instruments internationaux mais bien la nécessité d'éviter toute immixtion dans une pratique très spécialisée qui fonctionnait correctement. La question des conflits entre instruments internationaux était secondaire et se posait non seulement dans le cas d'un texte international encore à venir, mais aussi dans celui de conventions internationales existantes. En tout état de cause, une solution fondée sur l'article 36 ou sur le droit général des traités n'offrirait pas la sécurité nécessaire pour rendre le crédit plus abordable. On a expliqué à cet égard que, pour déterminer lequel des textes devait s'appliquer, les parties auraient à établir le lieu de situation des parties intéressées dans un État ayant fait une déclaration, et à déterminer aussi les effets de cette déclaration.

92. Selon un autre intervenant, une exclusion pure et simple ne conviendrait pas, puisque le projet de convention traitait comme il se devait du financement par cession de créances dans une optique générale et qu'il visait un autre objectif que les projets de convention et de protocoles relatifs aux garanties internationales sur des matériels d'équipement mobiles élaborés par Unidroit. On a fait d'autre part observer que le libellé proposé risquait d'être trop large et d'exclure involontairement la cession d'une créance du champ d'application de la convention, même lorsque le propriétaire du matériel d'équipement mobile avait payé le montant garanti par la sûreté sur ce matériel. Un tel résultat ne serait pas souhaitable. Il a donc été proposé de laisser aux parties le soin de choisir entre la convention que la CNUDCI était en train d'élaborer et les projets de convention et de protocoles relatifs aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles auxquels travaillait Unidroit. Il a été répondu que les droits associés aux sûretés sur les matériels d'équipement mobiles de grande valeur étaient, dans certaines pratiques importantes, indissociables de ce matériel et que les transactions ne pouvaient être régies par un autre instrument sur la cession de créances. On a aussi fait remarquer que si on laissait aux parties le soin de régler la question, on créerait une incertitude quant à l'application des deux conventions.

93. Le libellé proposé inspirait des inquiétudes, dans la mesure où il laissait pendante la question de savoir si la cession de créances dans des opérations où le matériel à exclure ne constituait pas la sûreté principale serait couverte par le projet de convention de la CNUDCI ou par les projets de convention et de protocoles relatifs aux garanties internationales sur les matériels d'équipement mobiles d'Unidroit. Dans de tels cas, il pourrait y avoir conflit entre les textes applicables, et le projet de convention de la CNUDCI devait régler le problème. Il a été répondu que lorsque la sûreté constituée par le matériel d'équipement mobile que l'on envisageait d'exclure n'était pas la sûreté principale la cession de créances ne serait pas exclue du champ d'application de la convention.

94. On a aussi exprimé la crainte qu'en ne délimitant pas soigneusement le champ d'application de l'exclusion on ne donne à un bailleur de fonds général la possibilité de modifier le régime applicable aux cessions en incluant dans une opération de financement par cession de créances une créance sur un matériel d'équipement aéronautique. On a en outre déclaré qu'une exclusion des cessions de créances découlant de matériels ferroviaires et de matériels spatiaux était impossible en l'état actuel des choses, du fait, en particulier, que le champ d'application des projets de protocoles pertinents n'était pas encore bien défini et qu'ils devaient, en tout état de cause, encore être examinés et approuvés au niveau intergouvernemental. On a également fait observer que le chapitre IX du projet de Convention d'Unidroit (qui porte sur les cessions de garanties internationales et des droits associés, y compris les créances) n'avait pas été adopté et que des variantes de ses dispositions figuraient en annexe, étant entendu que la question serait réexaminée par un petit groupe d'experts avant la conférence diplomatique prévue pour conclure le projet de convention. On a par ailleurs fait remarquer qu'une démarche fondée sur une exclusion pourrait involontairement entraîner l'exclusion d'un large éventail de pratiques du champ d'application de la convention, qu'un pays soit ou non partie au projet de Convention d'Unidroit ou ait une législation réglementant ce genre de questions. En outre, même si l'on optait pour une démarche fondée sur l'article 36, il faudrait attendre la finalisation des projets de convention et de protocoles d'Unidroit. Par ailleurs, en incluant la cession de créances sur des matériels d'équipement aéronautique et autres créances analogues dans le

champ d'application de la convention de la CNUDCI, on ne risquait pas de perturber un marché. À cet égard, on a attiré l'attention de la Commission sur le fait que des études récentes avaient montré que les exclusions envisagées créeraient des régimes spéciaux là où il n'en existait pas à l'heure actuelle et pourraient avoir des incidences non souhaitables sur des pratiques importantes telles que la titrisation des créances sur des matériels d'équipement aéronautique.

95. En réponse à ces arguments, on a fait valoir que la Commission pourrait certes tirer avantage de consultations plus poussées sur la question mais qu'il était manifestement essentiel de la régler de manière raisonnable et à la satisfaction du secteur d'activité intéressé, de manière à éviter de susciter une opposition au projet de convention. On a également déclaré qu'une démarche fondée sur une exclusion limitée des créances qui étaient indissociables des matériels de valeur élevée et une règle de priorité renvoyant à l'État d'inscription pourraient fonctionner, tout au moins pour les pratiques de financement des matériels d'équipement aéronautique. Par ailleurs, une solution fondée sur l'article 36, relatif aux conflits avec d'autres instruments internationaux, ne saurait régler entièrement les problèmes à l'examen, mais l'opinion contraire a aussi été exprimée. De plus, le fait que des créances soient indissociables des matériels ne justifiait pas une démarche fondée sur l'exclusion. Le point essentiel était qu'en vertu des projets de convention et de protocoles d'Unidroit un établissement de financement de matériels d'équipement aurait toujours la priorité sur un établissement de financement par cession de créances.

96. Prenant note des opinions marquées tant favorables que défavorables à l'exclusion des cessions de créances découlant d'opérations sur des matériels d'équipements très mobiles et de haute valeur, la Commission a décidé d'attendre, pour prendre une décision, que les travaux sur le projet de Convention d'Unidroit soient plus avancés, ce qui permettrait aux gouvernements de mener les consultations nécessaires avec les secteurs d'activité concernés.

*Insertion de la liste des créances à exclure*

97. La Commission a examiné la question de savoir si les créances incluses sur la liste devaient être exclues de l'ensemble du projet de convention ou s'il fallait leur accorder un traitement spécial uniquement dans certaines dispositions du texte. Certaines délégations se sont déclarées favorables à une approche sélective selon laquelle chaque créance ne serait exclue (ou ne ferait l'objet d'un traitement spécial) que dans la mesure nécessaire pour éviter des problèmes dans tel ou tel domaine, tout en maintenant l'applicabilité des autres dispositions. Une telle démarche allait dans le sens de l'objectif recherché, à savoir assurer un champ d'application aussi large que possible et faciliter, autant que faire se pouvait, les opérations de financement par cession. Toutefois, selon l'avis qui a largement prévalu, il était préférable d'exclure entièrement du champ d'application de la convention les créances figurant sur la liste, car on en était venu à la conclusion que des exclusions ad hoc entraîneraient des difficultés d'interprétation et compliqueraient l'application du texte. On a déclaré en particulier que la variante B de l'article 5 devrait être développée et conçue de manière à adapter la convention aux besoins de certains types de pratiques. De tels ajustements pourraient être nécessaires, par exemple pour les questions de priorité, les droits à compensation, les garanties et la signification du terme "situé". En outre, des exclusions totales réduiraient l'utilité (ou rendraient superflues) du paragraphe 2 de l'article 4 et de l'article 39, qui, en permettant aux États d'exclure d'autres pratiques, pourraient compliquer l'application de la convention.

98. Après avoir suspendu l'examen de la question pour donner aux délégations le temps de se consulter, la Commission s'est attachée à déterminer s'il fallait insérer la liste des pratiques à exclure du champ d'application de la convention dans la variante B de l'article 5, ou dans les articles 11 et 12. Certains se sont prononcés en faveur de la première solution. En se bornant à exclure les pratiques figurant sur la liste du champ d'application des articles 11 et 12, on suivrait l'approche générale approuvée par la Commission, qui était de rendre le champ d'application de la convention aussi large que possible. On a aussi fait observer qu'une telle solution favoriserait la prévisibilité lors de l'application de la convention. Parallèlement, on a reconnu que la définition de "créances commerciales" qui figurait dans la variante B de l'article 5 introduisait un degré d'incertitude inacceptable et devrait donc être supprimée, tout en maintenant une référence directe aux pratiques visées. Il a été proposé d'insérer la phrase suivante au projet d'article 5:

> "Les articles 11 et 12 [et la section II du chapitre V] ne s'appliquent pas à la cession de créances [liste des pratiques à exclure]. Pour ce qui est de la cession de ce type de créances, les questions traitées par ces articles doivent être réglées conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé."

99. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, la liste des pratiques à exclure devrait figurer à l'article 4. On a fait observer que si on se bornait à exclure ces pratiques du champ d'application des articles 11 et 12, la convention risquerait de continuer à s'appliquer si la loi applicable en dehors de ce texte donnait effet aux clauses d'incessibilité. Si tel était le cas, la Commission devrait modifier plusieurs dispositions (par exemple, les règles relatives au "lieu de situation", aux garanties, aux droits à compensation du débiteur et à la priorité) pour qu'elles soient adaptées aux pratiques que l'on se proposait d'exclure. Au cours du débat, il a été suggéré d'insérer à l'alinéa *d* de la liste d'exclusions proposée (voir par. 70) un libellé garantissant l'exclusion des systèmes de paiement interbancaire et de règlement des opérations sur titres, "que ceux-ci soient ou non régis par des conventions de netting". Il a aussi été proposé d'indiquer clairement à l'alinéa *f* que les conventions de rachat figurent parmi les pratiques à exclure.

100. Après en avoir débattu, la Commission a décidé que la liste des pratiques à exclure devrait être incorporée dans l'article 4 et a renvoyé la question au groupe de rédaction (pour la question du maintien de l'article 5 et du paragraphe 1 de l'article 6, voir les paragraphes 104 à 108 et 151).

*Liste précise des créances à inclure*

101. La Commission a ensuite examiné l'opportunité d'inclure une liste des créances dont la cession serait couverte par la convention. À l'appui de l'inclusion d'une telle liste, il a été déclaré que cette dernière donnerait aux secteurs d'activité intéressés le plus susceptibles de bénéficier de la convention des éclaircissements ainsi qu'une assurance immédiate et expresse quant aux pratiques couvertes. Il s'agissait en particulier de la fourniture de marchandises ou de travaux et la prestation de services, la vente ou l'octroi sous licence de droits de propriété intellectuelle, des opérations sur carte de crédit ainsi que des prêts d'argent et des garanties de paiement ou sûretés. C'était là, a-t-on déclaré, une approche pratique qui favoriserait l'acceptabilité de la convention et faciliterait son interprétation. Toutefois, l'inclusion d'une telle liste de pratiques a suscité une forte opposition. On a fait valoir, notamment, qu'elle limiterait inutilement le champ d'application de la convention et irait ainsi à l'encontre de l'approche généralement approuvée selon laquelle ce champ d'application devrait être aussi large que possible. En outre, la juxtaposition d'une liste d'exclusions et d'une liste d'inclusions pourrait entraîner des problèmes d'interprétation concernant les pratiques dont il était difficile de savoir à quelle catégorie elles appartenaient ou celles qui pourraient apparaître à l'avenir. On a fait observer, par ailleurs, que la liste serait superflue dans la mesure où elle ne ferait qu'énoncer une nouvelle fois, en donnant les exemples les plus typiques, les opérations visées par la convention en vertu de l'article 2. Enfin, si la liste des pratiques à exclure devait être ajoutée au paragraphe 1 de l'article 4, l'article 5 ne serait plus nécessaire, ce qui rendrait superflue une distinction entre les créances financières et les créances commerciales et pourrait conduire involontairement à exclure les créances commerciales.

102. La Commission a fait sienne l'opinion selon laquelle la convention ne devrait pas contenir de liste des opérations à inclure dans son champ d'application, mais qu'il faudrait donner des éclaircissements à cet égard dans un commentaire ou dans le préambule du texte.

103. Après avoir suspendu l'examen de la question pour donner aux délégations le temps de se consulter, la Commission a repris le débat sur la liste des pratiques à inclure dans le champ d'application de la convention. Si certains ont jugé qu'une telle liste pourrait être utile en ce qu'elle préciserait le champ d'application de la convention, la plupart ont considéré qu'elle n'était pas nécessaire. On a fait valoir que l'article 2, qui donne une définition suffisamment large des termes "cession" et "créance", permettait de couvrir toutes les pratiques figurant dans la liste. On a aussi fait observer que l'insertion d'une telle liste risquerait de restreindre involontairement le champ d'application de la convention. Lors du débat, il a été proposé de mentionner la liste des pratiques à inclure dans un commentaire ou dans le préambule de la convention. Après en avoir discuté, la Commission a décidé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer à une telle liste aux fins de la définition du champ d'application de la convention.

*Pratiques à exclure du champ d'application des articles 11 et 12*

104. La Commission s'est ensuite penchée sur la question connexe de savoir si certaines pratiques devraient être exclues du champ d'application des articles 11 et 12 (voir par. 38). Il a été proposé de conserver la variante B de l'article 5 et de la compléter par une définition du terme "créance commerciale", qui serait libellée comme suit:

"Le terme "créance commerciale" désigne une créance:

i) Qui naît d'un contrat initial de vente ou de location de marchandises ou de fourniture de services autres que des services financiers;

ii) Qui naît d'un contrat initial de vente, de location ou d'octroi sous licence d'un droit de propriété industrielle ou intellectuelle ou d'une autre information;

iii) Qui représente l'obligation de paiement d'une opération sur carte de crédit."

105. À l'appui de cette proposition, on a fait valoir qu'il existait des pratiques autres que celles qui étaient exclues à l'article 4 et auxquelles les articles 11 et 12 ne seraient pas adaptés. On a cité l'exemple des prêts consortiaux, ainsi que celui des conventions d'affacturage et d'escompte de factures, dans lesquelles les clauses d'incessibilité produisent généralement leurs effets. On a fait observer que si ces pratiques étaient exclues du champ d'application des articles 11 et 12, en vertu de la deuxième partie du paragraphe 2 de l'article 8, l'efficacité et les conséquences juridiques des clauses d'incessibilité seraient déterminées par la loi applicable en dehors de la convention. De ce fait, si la loi applicable donnait effet aux clauses d'incessibilité, la cession ne serait pas effective et la convention n'entrerait pas en jeu. Si, par contre, la loi applicable ne donnait pas effet aux clauses d'incessibilité, la cession serait effective et la convention s'appliquerait. C'est pourquoi on a jugé qu'il était très important de préserver l'application des dispositions relatives à la protection du débiteur, qui figurent à la section II du chapitre IV (en supprimant leur exclusion dans la variante B de l'article 5). En réponse à une question, il a été considéré que ces dispositions de la convention pourraient s'appliquer aux pratiques qui devaient être exclues du champ d'application des articles 11 et 12 sans que cela risque de les perturber.

106. Mais la proposition a aussi suscité des inquiétudes. Ainsi, on s'est demandé si la distinction entre les créances commerciales et les créances financières ne serait pas source d'incertitude. La mention des services financiers dans la définition susmentionnée (voir par. 104) ne permettait pas de déterminer si ceux-ci désignaient uniquement les services bancaires ou également ceux d'autres prestataires de services financiers. Une proposition tendant à ne faire référence qu'aux banques a été rejetée au motif qu'une telle approche aurait pour effet d'exclure, par exemple, les pratiques suivies par des compagnies d'assurances. Par ailleurs, on craignait que l'exclusion proposée ne se traduise, involontairement, par l'exclusion de la cession d'une créance commerciale, du simple fait qu'une telle créance, après avoir été cédée par un commerçant à

une banque, a été cédée par cette banque à une autre banque. On a fait cependant observer qu'une créance commerciale demeurerait toujours une créance commerciale (et, par conséquent, sa cession ultérieure par une banque ne serait pas exclue). Une autre préoccupation exprimée portait sur le fait que la distinction pourrait donner lieu à des incohérences (par exemple, la cession d'une créance commerciale adossée à une lettre de crédit ne serait pas couverte, tandis que la cession d'une créance commerciale effectuée sans aucune garantie de crédit entrerait dans le champ d'application de la convention).

107. Afin de répondre à ces préoccupations, il a été proposé de limiter le champ d'application des articles 11 et 12 en insérant une liste d'exclusions spécifiques sans aucune référence à la définition de "créance commerciale". La proposition susmentionnée (voir par. 104) a été modifiée pour se lire comme suit: "Les projets d'articles 11 et 12 s'appliquent uniquement aux cessions de créances [liste i à iii du paragraphe 6]." On s'est interrogé sur la signification du terme "services financiers" et, en particulier, on s'est demandé si ce terme englobait les services offerts par les établissements autres que financiers. La Commission a décidé de reporter l'examen de la proposition jusqu'à ce qu'elle en ait reçu la traduction dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies (pour la suite du débat, voir les paragraphes 145 à 151).

108. Au cours du débat, il a été proposé d'exclure du champ d'application des articles 11 et 12, mais non du champ d'application de l'ensemble de la convention, les créances qui naissent de dépôts bancaires. Si certains se sont ralliés à cette proposition, on a en général estimé qu'elle ne pouvait pas être adoptée, notamment parce que la définition du terme "lieu de situation" ne pouvait pas s'appliquer aux banques. On a fait observer que si la loi applicable ne donnait pas effet aux clauses d'incessibilité, les cessions pourraient produire des effets, la convention pourrait s'appliquer et, par conséquent, les questions de priorité en cas de conflit avec une succursale d'une banque seraient régies par la loi de l'État dans lequel ladite banque a son siège, ce qui n'était pas indiqué. Pour cette raison, la Commission a décidé de retenir la cession de créances nées de comptes de dépôt dans la liste des pratiques à exclure du champ d'application de la convention dans son ensemble (voir par. 70).

*Autres exclusions que les États peuvent indiquer par une déclaration (paragraphe 2 de l'article 4 et article 39)*

109. On a fait observer que le paragraphe 2 de l'article 4 et l'article 39 visaient à promouvoir l'acceptabilité de la future convention, en donnant aux États la possibilité d'exclure d'autres pratiques du champ d'application de l'ensemble de la convention. Beaucoup estimaient cependant que ces dispositions devraient être supprimées, en faisant valoir que l'approche qui sous-tendait le texte du paragraphe 2 de l'article 4 et de l'article 39 serait source d'incertitude, puisqu'il serait difficile de déterminer le champ d'application de la convention, qui risquerait d'ailleurs de varier d'État à État. En attendant de déterminer définitivement le champ d'application des articles 11 et 12, la Commission a décidé de reporter à un stade ultérieur sa décision finale concernant le paragraphe 2 de l'article 4 et l'article 39 (pour la suite du débat, voir le paragraphe 152; voir également le paragraphe 32).

## CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

### *Article 6. Définitions et principes d'interprétation*

110. Le texte du projet d'article 6 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"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)* Le terme "créance existante" désigne une créance née avant ou au moment de la conclusion du contrat de cession; le terme "créance future" désigne une créance qui naît après la conclusion du contrat de cession;

[*c)* 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. Ladite expression inclut l'affacturage, le forfaitage, la titrisation, le financement de projets et le refinancement;]

*d)* 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 cette dernière en approuve le contenu;

*e)* Le terme "notification de la cession" désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment les créances cédées et le cessionnaire;

*f)* Le terme "administrateur de l'insolvabilité" désigne 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 avoirs ou des activités du cédant;

*g)* Le terme "procédure d'insolvabilité" désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans laquelle les avoirs 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;

*h)* Le terme "priorité" désigne la préférence donnée au droit d'une partie sur le droit d'une autre partie;

*i)* Une personne est située dans l'État dans lequel elle a son établissement. Si le cédant ou le cessionnaire a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. Si le débiteur a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. Si une personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu;

*j)* Le terme "loi" désigne la loi en vigueur dans un État à l'exclusion des règles de droit international privé;

*k)* Le terme "produit" désigne tout ce qui est reçu au titre d'une créance cédée, en tant que paiement total ou partiel ou autre forme d'exécution. Ce terme inclut tout ce qui est reçu au titre du droit sur le produit. Il n'inclut pas les marchandises restituées;

[*l)* Le terme "créance commerciale" désigne une créance qui naît d'un contrat initial de vente ou de location de marchandises ou de fourniture de services autres que des services financiers.]"

111. La Commission a décidé de reporter le débat sur les alinéas *c*, *h* et *j* jusqu'à ce qu'elle ait pu examiner le titre et le préambule, les règles de priorité et les questions relatives aux États fédéraux dans les dispositions finales (pour le débat sur l'alinéa *l*, voir les paragraphes 104 à 107 et 145 à 151; pour l'alinéa *c* voir le paragraphe 184).

112. Le débat a été essentiellement consacré à l'alinéa *i* (définition du terme "située"). De l'avis général, il s'agissait de l'une des plus importantes dispositions, car elle contribuait à déterminer le champ d'application et les règles de priorité de la convention. Des avis divergents ont été exprimés.

113. Selon une opinion, l'alinéa *i* était, en principe, une règle satisfaisante qui fonctionnerait bien dans la plupart des cas, mais pas pour les secteurs d'activité ayant un mode d'organisation par succursale (notamment le secteur bancaire et celui des assurances). On a fait remarquer, à l'appui de cette opinion, qu'il ne serait pas approprié de faire régir les questions de priorité relatives aux opérations qu'une société réalisait par l'intermédiaire d'une succursale dans un pays par la loi d'un autre pays où cette société aurait son administration centrale. On a fait valoir en outre qu'en ne traitant pas cette question on risquait de réduire l'acceptabilité de la convention. Plusieurs propositions ont été avancées pour inclure les cas particuliers où une règle fondée sur le lieu de l'administration centrale risquerait de ne pas fonctionner. Il a notamment été proposé de faire référence au lieu où était située la succursale dans les livres de laquelle les créances cédées étaient inscrites immédiatement avant la cession (voir A/CN.9/466, par. 98 et 99). On a fait valoir, à l'encontre de cette proposition, qu'une telle approche ne permettrait pas de renforcer la sécurité et la transparence, étant donné que des tiers ne pourraient pas savoir dans quels livres la créance avait été inscrite, et, en tout état de cause, ces livres (sur papier ou sous forme électronique) pourraient être conservés dans un pays n'ayant pas de relation avec le contrat de cession. Selon un autre point de vue, on pourrait s'inspirer, pour la formulation de cette exception, du paragraphe 3 de l'article premier de la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux ("les agences et établissements distincts d'une banque situés dans des États différents sont considérés comme des banques distinctes"). À l'encontre de cette proposition, on a déclaré qu'une telle approche ne résoudrait pas les problèmes résultant d'un conflit entre une cession des mêmes créances par deux succursales différentes d'une même banque, à quoi s'ajoutait la difficulté de s'entendre sur une définition uniforme du terme "banque". Ces objections ont également été reprises à l'encontre d'une autre proposition tendant à faire référence à la succursale d'un établissement bancaire ou d'une compagnie d'assurances avec laquelle la cession avait la relation la plus étroite.

114. Selon un autre avis, le lieu de situation des succursales devait être traité de façon uniforme pour tous les secteurs opérant dans le monde par l'intermédiaire de succursales plutôt que de filiales indépendantes. Par conséquent, au lieu d'introduire une exception restreinte pour les établissements bancaires et les compagnies d'assurances, il faudrait prévoir une règle de localisation différente qui porterait sur le lieu de situation du cédant, du cessionnaire et du débiteur et qui serait fondée sur l'établissement ayant la relation la plus étroite avec le contrat pertinent. Plusieurs suggestions ont été faites à cet égard, notamment que l'alinéa *i* soit libellé comme suit:

"Si le cédant ou le débiteur a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. Si, du fait de l'application de cette règle, le cédant ou le cessionnaire a plus d'un établissement [, situés dans des États différents], l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale."

Cette proposition a reçu un accueil favorable, notamment parce qu'elle permettrait de résoudre le problème de la détermination du lieu de situation du cédant en cas de séries de cessions par des succursales d'un même établissement.

115. Certaines délégations s'y sont toutefois opposées arguant qu'une référence au critère de la relation la plus étroite réduirait considérablement la sécurité recherchée dans toute la convention et aurait un effet négatif sur l'offre et le coût du crédit. En effet, dans le cas des créances futures, il serait impossible de déterminer le lieu ayant la relation la plus étroite avec le contrat initial au moment de la cession, et, dans le cas des cessions d'un ensemble de créances, il pourrait y avoir plusieurs lieux ayant la relation la plus étroite avec les contrats initiaux, étant donné qu'il existerait plusieurs contrats initiaux. Par ailleurs, il a été fait observer que, dans la pratique, on constatait souvent que les critères applicables pour la détermination du lieu de situation du cédant (emprunteur) et du cessionnaire différaient généralement de ceux qui l'étaient pour la détermination du lieu de situation des débiteurs. En outre, la proposition ne tenait pas compte de la nécessité de relier le lieu de situation du cédant au contrat de cession, qui, dans ce contexte, était plus important que le contrat initial. Étant donné l'ampleur des divergences de vues, il a été proposé de suivre une approche fondée sur l'établissement pour définir le lieu de situation aux fins de l'application de la convention et d'adopter une règle fondée sur le lieu de l'administration centrale aux fins des règles de priorité. On a fait valoir, cependant, que cette proposition ne renforcerait pas la sécurité pour ce qui était de l'application de la convention et qu'elle donnerait des résultats incohérents, sans résoudre les problèmes que soulevaient les succursales.

116. Au cours du débat, plusieurs autres suggestions ont été formulées concernant d'autres questions. Il a été notamment proposé que, dans les cas où il était impossible de déterminer le lieu de situation du débiteur, on fasse référence au lieu de l'administration centrale ou au lieu où le paiement avait été effectué. Cette proposition n'a pas recueilli un appui suffisant au sein de la Commission. Il a par ailleurs été suggéré de modifier l'alinéa *i* de sorte qu'il ne vise les établissements multiples que si ceux-ci étaient situés dans des pays différents. Même s'il a été fait obser-

ver que ce point était déjà implicitement traité à l'alinéa *i*, il a été convenu qu'il serait utile de l'expliciter. On a aussi estimé qu'il faudrait, pour des raisons de clarté, parler de la résidence "ordinaire" plutôt que de la résidence "habituelle" du débiteur. Cette proposition n'a reçu aucun soutien.

117. Sous réserve de la référence à plus d'un établissement dans différents pays, la Commission a approuvé l'alinéa *i* quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

118. En ce qui concerne l'alinéa *k*, on s'est demandé si, en excluant de la définition de "produits" les marchandises restituées par l'acheteur au vendeur (par exemple, parce qu'elles étaient défectueuses ou parce que l'acheteur ne souhaitait pas les garder après l'expiration de la période d'essai), on ne risquait pas de porter involontairement atteinte à certaines pratiques. Dans le cadre de telles pratiques, a-t-on expliqué, le cessionnaire, ayant payé le cédant/vendeur, acquérait un droit de propriété sur toute marchandise restituée par l'acheteur au cédant/vendeur. Il a été proposé de supprimer la dernière phrase de l'alinéa *k*, puisque, de toute façon, en vertu de cet alinéa, le terme "produits" n'englobait pas les "marchandises restituées". La Commission a noté que la question des "marchandises restituées" s'était aussi posée dans le contexte des articles 16 et 24 et a décidé de reporter l'examen de la question jusqu'au moment où elle aurait examiné lesdits articles (voir par. 167).

### *Article 7. Autonomie des parties*

119. Le texte du projet d'article 7, tel qu'examiné par la Commission, était le suivant:

> "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."

120. La Commission a noté que le projet d'article 7 s'inspirait de l'article 6 de la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980; "la convention des Nations Unies sur les ventes"). On a fait observer, cependant, que, contrairement à l'article 6 de la convention des Nations Unies sur les ventes, l'article 7 du projet de convention de la CNUDCI n'autorisait pas les parties à modifier les dispositions ayant des incidences sur la situation juridique de tiers, ni à y déroger, ni à les exclure de la convention dans son ensemble. Ces différences s'expliquent par le fait que la convention des Nations Unies sur les ventes traite des droits et obligations réciproques du vendeur et de l'acheteur alors que le projet de convention de la CNUDCI porte essentiellement sur les effets de la cession sur la propriété et peut donc avoir une incidence sur la situation juridique du débiteur et d'autres tiers. La Commission a ensuite examiné l'article 7, en partant du principe que les conventions existant entre le cessionnaire et le débiteur n'entraient pas dans le champ d'application de la convention (voir A/CN.9/470, par. 150). Il a été proposé de remanier l'article 7 de façon que les parties puissent exclure complètement l'application de la convention, mais cette proposition n'a pas reçu de soutien. Au cours du débat, on s'est demandé si le fait que les parties choisissent d'appliquer la loi d'un État non contractant aurait toujours pour effet d'exclure l'application de la convention.

121. La Commission a décidé d'étoffer l'article pour indiquer plus clairement que les parties n'étaient pas autorisées à déroger aux dispositions de l'article 21, qui limite le droit d'opposer des exceptions convenues entre le débiteur et le cédant. On a indiqué qu'une telle précision pourrait être apportée à d'autres dispositions du texte afin de garantir l'intégrité de la législation relative à la protection des consommateurs (pour la protection des consommateurs, voir les paragraphes 170 à 172). La Commission a reporté une décision finale sur cette question, et, sous réserve de l'insertion d'un renvoi à l'article 21 dans l'article 7, elle a approuvé l'article 7 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

### *Article 8. Principes d'interprétation*

122. Le texte du projet d'article 8, tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

> "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."

123. Il a été proposé que le paragraphe 1 mentionne expressément le préambule de la convention au nombre des éléments à prendre en considération pour interpréter la convention. Le libellé suivant, "[il sera tenu compte] de l'objet et du but de la convention tels qu'ils sont énoncés dans son préambule", a été proposé (voir le paragraphe 1 de l'article 4 de la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international, Ottawa, 1988; "la Convention d'Ottawa"). Sous réserve d'une telle modification, la Commission a approuvé le paragraphe 1 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

124. En ce qui concerne le paragraphe 2, il a été proposé de le remanier pour garantir que la loi applicable en vertu des règles de droit international privé de la convention s'applique en premier et ensuite, seulement si nécessaire, la loi applicable en vertu des règles de droit international privé du for. Il a aussi été généralement considéré que la possibilité d'appliquer des principes généraux ou la loi applicable en vertu des règles de droit international privé ne concernait que les dispositions de fond du projet de convention, et non le chapitre V. Notant que l'interaction entre l'article 7 et le chapitre V dépendrait de la portée et du but de ce chapitre, question sur laquelle elle devrait se pencher, la Commission a reporté sa décision sur la question jusqu'à ce que la rédaction du chapitre V soit achevée.

## CHAPITRE III. EFFETS DE LA CESSION

*Forme de la cession*

125. La Commission a noté que le projet de convention ne réglait pas la question de la forme de la cession, ce qui pourrait être source de difficultés ou d'incertitude quant à la validité d'une cession. En effet, en vertu de la convention, un cessionnaire devrait établir la validité formelle d'une cession au regard d'une loi applicable en dehors de la convention (sans disposer d'aucune indication précise quant à la loi applicable), sa validité quant au fond, en partie au regard de la convention et en partie au regard d'une loi en dehors de cette dernière, ainsi que la priorité en vertu de la loi du lieu de situation du cédant. On a fait observer que cela pourrait avoir une incidence négative sur le coût du crédit. On a également fait remarquer que si la convention omettait de traiter la question de la forme, il serait difficile de savoir si l'intention était de renvoyer cette question à la loi applicable en dehors de lui ou de la régler par le principe de *favor cessionis*, selon lequel aucune forme n'est exigée, ce qui serait contraire. En outre, l'identification de la loi applicable à la forme de la cession pourrait se révéler ardue. À cet égard, on a donné l'exemple de l'article 9 de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Rome, 1980, dont l'interprétation ne permet pas d'établir clairement s'il apporte une solution aussi pour la forme de la cession en tant que transfert (tout du moins pour les législations où il existe une distinction claire entre le contrat de cession et la cession elle-même).

126. Certains se sont ralliés à l'idée de ne pas insérer de disposition sur les conditions de forme dans le projet de convention. D'une part, plusieurs questions relatives au contrat de cession n'étaient pas régies par le projet de convention et, d'autre part, compte tenu de la difficulté qu'il y avait à trouver une solution commune concernant les conditions de la forme, il était préférable de ne pas aborder du tout cette question. Il a également été souligné que, dans la mesure où l'on ne savait pas très bien si la forme de la cession entrait ou non dans le champ d'application de la convention, la question devrait être clarifiée dans un commentaire.

127. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il serait préférable, pour éviter les problèmes (évoqués plus haut au paragraphe 125), de résoudre la question de la forme (du contrat de cession et de la cession elle-même). En effet, il ne serait pas possible de trouver un consensus sur une condition de forme unique ou sur une règle de droit international privé unique qui déterminerait la loi régissant les conditions de forme. Par contre, la solution d'une règle "refuge" a recueilli un large soutien, car elle donnerait aux parties la certitude que, si elles respectaient les conditions de forme de la loi du lieu de situation du cédant, la cession ne serait pas invalidée au motif qu'elle ne satisfaisait pas aux conditions de forme de la loi applicable. Cette règle "refuge" renverrait la question de la forme à une juridiction unique et aisément identifiable, sans nécessairement limiter le choix des parties aux conditions de forme d'une seule loi, mais elle les laisserait libres d'appliquer soit les conditions de forme énoncées par la loi qui (conformément aux règles de droit international privé) régit la forme, soit celles prévues par la loi spécifiée dans la convention.

128. Il a été suggéré de définir le terme "forme". Selon un intervenant, il faudrait lui donner une acception large de façon à englober non seulement le point, restreint, de savoir si la cession doit être enregistrée par écrit ou sous forme électronique, mais aussi si elle doit être tout simplement enregistrée et s'il faut notifier la cession au débiteur et par quelle voie. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, le projet de convention ne devrait pas tenter de définir les conditions liées à la forme, et, en tout état de cause, pour une règle "refuge" il n'était pas indispensable de définir la notion de forme de façon uniforme.

129. La Commission a examiné plusieurs propositions de formulation d'une règle "refuge". L'une d'entre elles se lisait comme suit: "Une cession est considérée comme valide quant à la forme si elle satisfait, au moins, aux conditions de forme de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant" (voir A/CN.9/470, par. 82). Ce libellé n'a pas bénéficié d'un soutien suffisant, car il pourrait être interprété à tort comme établissant une règle uniforme sur la condition de forme. Une autre proposition se lisait comme suit: "Sans préjudice de la validité de la cession quant à la forme en vertu de toute autre loi applicable, une cession est [effective] [valide quant à la forme] si elle satisfait aux conditions de forme de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant." Cette proposition n'a pas été davantage appuyée, car les conditions évoquées pourraient s'appliquer "sous réserve" (c'est-à-dire de façon cumulative) des conditions de forme prévues dans la loi applicable en vertu des règles de droit international privé. Après avoir réaffirmé son intention de prévoir une règle "refuge" (qui serait, dans la mesure du possible, conforme au principe *in favorem negotii*), la Commission a décidé d'incorporer une telle règle dans le projet de convention qui renverrait la question de la forme soit à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé, soit à la loi du lieu de situation du cédant. Elle a laissé au groupe de rédaction le soin de rédiger cette règle.

### *Article 9. Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures et de fractions de créances*

130. Le texte du projet d'article 9, tel qu'examiné par la Commission, était le suivant:

"1. La cession d'une ou de 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 de la cession ou, dans le cas de créances futures, au moment de la conclusion du contrat initial, comme étant celles qui font l'objet de la cession.

2. Sauf convention contraire, la cession d'une ou de plusieurs créances futures a effet à la date de la conclusion du contrat initial sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances."

*Paragraphe 1*

131. On a fait observer que l'article 9 n'était pas censé l'emporter sur les restrictions légales autres que celles visées au paragraphe 1. La Commission est convenue qu'il était nécessaire de préciser ce point dans le texte de cet article. Le libellé suivant a été proposé: "La présente convention n'a aucune incidence sur toutes restrictions légales à la cession autres que celles visées à l'article 9" (voir A/CN.9/470, par. 85). On a déclaré que ce libellé devrait être développé de manière à couvrir les restrictions légales donnant effet aux restrictions contractuelles aux cessions de créances et de droits garantissant le paiement de créances. Le libellé suivant a été proposé:

> "Le présent article est subordonné à toute loi applicable autre qu'une loi du type visé au paragraphe 4 *[du texte proposé dans le document A/CN.9/472/Add.3, p. 10]*, qui interdit ou restreint la cession d'une créance pour une raison autre que l'existence d'une interdiction ou d'une restriction contractuelle à ladite cession."

132. Il a aussi été indiqué que l'article 9 portait sur l'efficacité d'une cession entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur, alors que l'efficacité à l'égard des tiers autres que le débiteur (à savoir la priorité) était régie par la loi applicable en vertu de l'article 24. Il a été convenu que le projet d'article 9 devrait être modifié de façon à traduire cette distinction entre efficacité et priorité, en particulier pour éviter toute ambiguïté lors de l'application de la convention dans les pays où une telle distinction était inconnue. Il a aussi été convenu de bien faire ressortir que l'article 9 n'était pas censé avoir préséance sur les règles de priorité de la loi applicable ni permettre d'appliquer subrepticement des restrictions aux cessions globales ou aux cessions de créances futures en recourant à une règle de priorité applicable au titre des articles 24 à 27. Pour concrétiser ce consensus, il a été proposé de préciser au paragraphe 1 que ce dernier s'appliquait à l'efficacité entre le cédant et le cessionnaire ainsi qu'à l'égard du débiteur. De même, il a été proposé d'insérer à l'article 9 un nouveau paragraphe se lisant comme suit: "Le transfert d'une créance a effet, entre le cédant et le cessionnaire, au moment du transfert" (voir A/CN.9/472/Add.3, p. 10). Il a été convenu que le libellé devrait préciser que la cession avait effet également à l'égard du débiteur.

133. Il a été proposé, en outre, d'ajouter un nouveau paragraphe à l'article 9, qui devrait se lire comme suit (voir A/CN.9/470, par. 88):

> "L'efficacité, à l'égard de tiers autres que le débiteur, d'une cession des créances visée aux paragraphes 1 et 2 du présent article est régie par la loi applicable en vertu de l'article 24. Toutefois, une telle cession n'est pas dépourvue d'effet à l'égard de ces tiers au seul motif que la loi du lieu de situation du cédant n'en reconnaît pas l'efficacité."

Toutes les délégations se sont accordées sur le principe consacré dans le texte proposé, mais il a été déclaré que la première phrase pourrait être inutile puisqu'elle reprenait la règle qui ressortait de l'article 24 et que la seconde phrase pourrait aller trop loin dans la mesure où elle risquait d'avoir des incidences sur les règles du droit de l'insolvabilité quant à l'efficacité d'une cession de créances nées après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité portant sur les actifs et les affaires du cédant. Afin de traiter également cette question, il a été proposé d'insérer le texte suivant:

> "Le transfert d'une créance n'est pas dépourvu d'effet à l'égard d'une personne désignée au paragraphe *a* de l'article 24 et ne peut pas être subordonné au droit de cette personne au seul motif qu'une loi autre que la présente convention ne reconnaît pas *en principe* une cession visée au paragraphe 1 ou 2."

Il a aussi été proposé (voir A/CN.9/472/Add.3, p. 10) d'ajouter un ou plusieurs paragraphes à l'article 9, qui pourraient se lire comme suit: "*À l'exception de ce qui est énoncé dans le présent article*, la question de savoir si le transfert d'une créance a des incidences sur les droits d'une personne désignée au paragraphe *a* de l'article 24 est tranchée conformément à la section III du chapitre IV."

134. Sous réserve des modifications mentionnées dans les paragraphes précédents, dont le groupe de rédaction a été chargé d'arrêter le libellé exact, la Commission a approuvé le paragraphe 1 quant au fond.

*Paragraphe 2*

135. On a fait observer que, du fait que le Groupe de travail avait, à sa trente et unième session, remplacé les mots "au moment où elle naît" par les mots "au moment de la conclusion du contrat initial", le paragraphe 2 semblait traiter la question du moment de la cession d'une façon qui n'était pas cohérente avec l'article 10. Le paragraphe 2, en effet, n'était pas censé porter sur cette question, mais uniquement sur la validité des conventions-cadres englobant une multiplicité de créances existantes et futures. Il a donc été convenu de supprimer les mots "au moment de la conclusion du contrat initial". Sous réserve de cette modification, la Commission a approuvé le paragraphe 2 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

### *Article 10. Date de la cession*

136. Le texte du projet d'article 10, tel qu'examiné par la Commission, était le suivant:

> "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."

137. On a exprimé la crainte que les articles 9 et 10 ne puissent être interprétés comme ayant préséance sur le droit de l'insolvabilité de l'État du cédant concernant les priorités relatives aux créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou acquises après cette date par l'utilisation des actifs non grevés de la masse des biens de l'insolvabilité. Une telle interprétation pourrait se justifier par le fait qu'il était expressément indiqué dans l'article 24 que ce dernier ne visait pas les questions qui étaient "réglées dans d'autres dispositions de la présente convention" et que l'article 10 ne contenait aucun libellé explicite sur les incidences éventuelles qu'il pourrait avoir sur les droits des tiers.

138. De l'avis général, la question des créances cédées, nées ou acquises après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, devrait être réglée par le droit de l'insolvabilité applicable (voir également le paragraphe 133). Sous réserve de cette modification, dont le groupe de rédaction a été chargé d'arrêter le libellé exact, la Commission a approuvé l'article 10 quant au fond.

### *Article 11. Limitations contractuelles à la cession*

139. Le texte du projet d'article 11 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. La cession d'une créance a 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 au seul motif qu'elle avait connaissance d'une telle convention."

*Principe général*

140. Selon une opinion, l'article 11 allait à l'encontre du principe de l'autonomie des parties et devrait donc être supprimé ou pouvoir faire l'objet d'une réserve de la part des États. Cette opinion n'a pas bénéficié d'un appui suffisant au sein de la Commission. Il a été largement estimé que le principe à la base de l'article 11 devait être approuvé, étant donné, en particulier, qu'il s'agissait d'une disposition essentielle sur laquelle le Groupe de travail s'était accordé après un long débat. On a en outre fait observer qu'il était plus avantageux pour tout le monde de faciliter la cession de créances et de réduire le coût des opérations plutôt que de garantir que le débiteur n'aurait pas à payer une personne autre que le créancier initial. En outre, on ne pouvait atteindre le but du projet de convention, à savoir accroître l'offre de crédit à des taux plus abordables, sans procéder à quelques ajustements dans les législations nationales afin d'y tenir compte des pratiques commerciales actuelles. Après un débat, la Commission a approuvé le principe général à la base de l'article 11 et décidé qu'il fallait le conserver (sous réserve des modifications indiquées aux paragraphes 144 et 151 ci-après).

*Résolution du contrat au seul motif de la violation d'une convention d'incessibilité*

141. Des vues divergentes ont été exprimées sur la question de savoir si le débiteur devrait pouvoir déclarer le contrat initial résolu au seul motif de la violation d'une convention limitant d'une quelconque manière la cession de créances (convention "d'incessibilité"), si la loi applicable en dehors de la convention lui conférait un tel droit. Selon une opinion, la convention ne devrait pas empiéter sur le droit du débiteur de résoudre le contrat initial pour violation d'une convention d'incessibilité. Il a été déclaré qu'une telle approche n'était pas nécessaire puisque la résolution du contrat initial ne pouvait pas avoir d'incidences sur les droits acquis en vertu de ce contrat. On aboutirait en outre involontairement à surprotéger, sans aucune raison, non seulement le cessionnaire mais également le cédant, bien que ce dernier ait rompu le contrat.

142. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, sauf s'il était interdit au débiteur de déclarer le contrat initial résolu au seul motif que le cédant avait violé une convention d'incessibilité, l'article 11 et le paragraphe 3 de l'article 20 seraient dépourvus de tout sens (ces dispositions validaient une cession effectuée en violation d'une convention d'incessibilité et interdisaient au débiteur d'invoquer à l'encontre du cessionnaire tout droit qu'il pourrait avoir à l'encontre du cédant en raison de la violation de la convention d'incessibilité). En outre, il a été déclaré que, si, après notification, le débiteur ne pouvait le moins, à savoir modifier le contrat initial sans le consentement effectif ou implicite du cessionnaire, il ne devrait pas pouvoir le plus, à savoir résoudre le contrat initial. On a en outre fait observer que, si le contrat initial était résolu, le cessionnaire pourrait, alors qu'il avait avancé des fonds au cédant, se trouver dans l'impossibilité de se faire payer par le débiteur.

143. Pour cette raison, les propositions tendant à exclure le droit de résolution par le débiteur de tous les contrats à l'exception des contrats à long terme et des créances futures, ou à ne pas modifier le paragraphe 2 et donner une explication dans un commentaire, n'ont pas été soutenues. Une autre proposition tendant à préciser, dans le texte de l'article 11 ou dans un commentaire sur la convention, que la résolution du contrat initial n'avait pas d'incidences sur les droits acquis du débiteur n'a pas bénéficié non plus d'un appui suffisant. Il a été largement estimé que, si le débiteur déclarait le contrat initial résolu, les droits du cessionnaire s'en trouveraient nécessairement affectés. Une autre proposition encore visant à limiter le droit du débiteur de résoudre le contrat initial pour violation d'une convention d'incessibilité aux cas où il y avait violation substantielle n'a pas non plus bénéficié d'un appui suffisant. Il a été largement estimé qu'une telle approche serait source d'incertitude, dans la mesure où il pourrait parfois être difficile de savoir quels types de comportement constituaient une violation substantielle du contrat. En tout état de cause, on ne parviendrait pas ainsi à protéger le cessionnaire puisque tout type de violation pouvait être défini dans le contrat initial comme une violation substantielle. De l'avis général, en laissant planer une quelconque incertitude concernant cette question, on risquait involontairement de ne pas couvrir le risque de résolution du contrat et donc de faire échouer une opération ou d'augmenter le coût du crédit pour le cédant et pour le débiteur. Une autre suggestion tendant à interdire au débiteur de résoudre le contrat initial, sauf si la cession "compromettait de façon substantielle la capacité du débiteur d'obtenir l'exécution", a suscité l'intérêt. Il a été proposé d'inclure ce libellé au paragraphe 2 pour appliquer cette proposition et interdire aux parties de définir la violation d'une clause d'incessibilité comme une réduction substantielle de la capacité du débiteur d'obtenir l'exécution du contrat. On a cependant fait valoir, à l'encontre de l'insertion du texte proposé à l'article 11, qu'il pourrait donner à penser que la convention avait des incidences sur les droits d'exécution non monétaires. Il a été convenu, toutefois, qu'un commentaire

accompagnant la convention pourrait préciser qu'une cession en vertu dudit projet ne pouvait avoir d'incidence sur un droit d'exécution non monétaire du débiteur.

144. Après un débat, la Commission est convenue que le paragraphe 2 devrait être modifié afin d'interdire au débiteur de résoudre le contrat initial au seul motif que le cédant avait fait une cession en violation d'une convention d'incessibilité. Il a aussi été convenu que la même règle devrait s'appliquer aux conventions d'incessibilité s'appliquant aux cessions ou aux cessions subséquentes. Il a été convenu par ailleurs que le droit à compensation du débiteur ne devrait être en aucune façon limité. Sous réserve de cette modification, la Commission a approuvé le paragraphe 2 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

*Champ d'application des articles 11 et 12*

145. Rappelant le débat qui avait été consacré au champ d'application des articles 11 et 12 (voir par. 104 à 107), la Commission a examiné une proposition tendant à limiter le champ d'application de l'article 11 aux pratiques auxquelles cet article et les paragraphes 2 et 3 de l'article 12 seraient adaptées. Il a été proposé d'insérer en tant que nouveau paragraphe 3 de l'article 11 et après le paragraphe 3 de l'article 12 le libellé ci-après:

"Le présent article s'applique uniquement aux cessions de créances:

*a)* Nées d'un contrat initial de vente ou de location de marchandises ou de fourniture de services autres que des services financiers;

*b)* Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou intellectuelle ou d'autres informations; ou

*c)* Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit."

146. Il a été déclaré que, selon l'approche proposée, l'effet d'une convention d'incessibilité sur les pratiques ne figurant pas dans la liste proposée relèverait d'une loi en dehors de la convention. Si cette loi donnait effet à des conventions d'incessibilité, la cession serait sans effet et la convention ne s'appliquerait pas. On a fait observer qu'une telle approche rendrait inutile une définition restrictive du terme "créance" à l'article 2, et superflu l'article 5.

147. La proposition de restriction du champ d'application de l'article 11 et des paragraphes 2 et 3 de l'article 12 (et par conséquent de la convention) a reçu un large soutien, mais on a toutefois craint qu'elle ne limite trop le champ d'application de la convention.

148. On a par ailleurs demandé si le terme "marchandises" comprenait aussi les biens immeubles. Il a été répondu que ce terme était censé se rapporter uniquement aux biens meubles corporels et n'engloberait donc pas les terrains ou les bâtiments ou les choses qui y étaient fixées de façon permanente. Il a donc été suggéré d'inclure également à l'alinéa *a* du libellé proposé les créances nées de la vente ou de la location de biens immeubles. À l'appui de cette proposition, il a été dit qu'il n'y avait aucune raison d'exclure du champ d'application de l'article 11 et des paragraphes 2 et 3 de l'article 12 les cessions de créances découlant d'opérations immobilières. Une telle exclusion était inutile, notamment après l'insertion à l'article 4 d'une disposition visant à protéger les droits détenus en vertu de la loi du pays où était situé le bien immeuble. On a toujours appelé l'attention sur le fait qu'une telle approche pourrait avoir un effet négatif sur l'acceptabilité de la convention, ce à quoi il a été répondu que l'ajout proposé permettrait de mettre la question en évidence et faciliterait des consultations avec le secteur concerné. Après un débat, la Commission a approuvé l'ajout proposé.

149. Rappelant sa précédente décision d'exclure du champ d'application de l'ensemble du projet de convention les conventions de compensation globale à caractère financier (voir par. 46 à 48), la Commission a repris le débat sur la question de savoir si les conventions de compensation globale à caractère non financier conclues dans un secteur d'activité devaient être exclues du champ d'application des articles 11 et 12. Il a été proposé d'en exclure la cession de toutes les créances nées de contrats non financiers régis par des conventions de compensation globale, ce qui a soulevé des objections au motif qu'une telle approche pourrait aboutir à exclure involontairement la cession d'un grand nombre de créances simplement parce que le cédant et le débiteur avaient inclus dans leur contrat initial une clause de paiement par compensation. On a fait valoir que la convention ne devait pas sanctionner de telles conventions de compensation qui étaient courantes et visaient à frauder les cessionnaires. Au demeurant, une telle approche n'était pas nécessaire, car les créances nées de conventions de compensation globale à caractère non financier entre des chambres de commerce n'étaient généralement pas cédées. Il a été proposé de traiter cette question à l'article 20, qui portait sur les droits à compensation. Cependant, on a fait remarquer que les conventions de compensation globale dans un secteur d'activité pourraient être préservées sans pour autant exclure de la convention des pratiques commerciales importantes, à condition de limiter l'application des articles 11 et 12 au montant net de la dette exigible après le règlement des dettes réciproques régies par une convention de compensation globale dans un contrat initial. Il a été fait observer que le solde net dû après le règlement des obligations réciproques aux parties à une convention de compensation globale constituait une nouvelle créance créée par novation. En outre, compte tenu de la définition adoptée par la Commission, une convention de compensation globale devrait être interprétée comme un arrangement entre au moins trois parties (voir par. 73 et 74). On s'est demandé si la définition du terme "convention de compensation globale" précisait suffisamment bien ce point. Il a été largement estimé, cependant, que la définition était suffisamment claire et ne devrait pas être modifiée, notamment parce que dans certains pays ces conventions pouvaient être conclues par deux parties uniquement. Il a été proposé d'ajouter, soit aux articles 11 et 12, soit à l'article 4, le libellé suivant:

"Dans le cas de créances nées de contrats régis par des conventions de compensation globale, l'article 11 et les paragraphes 2 et 3 de l'article 12 s'appliquent uniquement à la cession d'une créance exigible par le cédant après le règlement net des sommes dues au titre de la convention de compensation globale."

Cette proposition a recueilli un large soutien.

150. L'idée a aussi été avancée que l'article 11 et les paragraphes 2 et 3 de l'article 12 devraient également s'appliquer à d'"autres pratiques similaires". On a fait valoir toutefois que cette proposition pourrait être source d'incertitude quant au champ d'application de la convention. Il a aussi été proposé de mentionner également à l'alinéa *a* du texte proposé les travaux de construction, car, dans certains pays, l'acception du terme "services" n'était pas suffisamment large pour inclure lesdits travaux. Cette proposition a reçu un large soutien. Selon une autre suggestion encore, il faudrait expliquer dans un commentaire sur la convention que les "services financiers" comprenaient l'affacturage et l'escompte de factures, même si ces pratiques englobaient des services qui n'étaient pas à strictement parler financiers, tels que les services d'assurance, de comptabilité ou de recouvrement de créances. Cette proposition a également reçu un appui suffisant.

151. Après un débat, la Commission a approuvé quant au fond l'ajout proposé aux articles 11 et 12, tel que modifié, afin d'y mentionner les créances immobilières, les mécanismes de compensation dans les différents secteurs d'activités et les travaux de construction (voir par. 148 à 150) et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Elle a aussi, par voie de conséquence, décidé de supprimer l'article 5 et le paragraphe 1 de l'article 6.

*Autres pratiques à exclure*

152. Après avoir achevé son débat sur le champ d'application des articles 11 et 12, la Commission est revenue à la question de savoir s'il fallait autoriser les États à exclure d'autres pratiques du champ d'application de la convention (voir le paragraphe 2 de l'article 4 et l'article 39, ainsi que les paragraphes 32 et 109). De nombreuses délégations se sont déclarées favorables à la suppression de l'article 39 et du paragraphe 2 de l'article 4. Il a été largement estimé qu'une fois le champ d'application de la convention défini de façon détaillée et restrictive, toutes les préoccupations en la matière auraient été prises en considération, et il serait donc inutile d'autoriser de nouvelles exclusions. En outre, autoriser chaque État à prévoir de nouvelles exclusions serait contraire au double objectif de la convention, à savoir l'uniformité et la sécurité. Toutefois, on s'est demandé si la suppression du paragraphe 2 de l'article 4 et de l'article 39 ne risquait pas de réduire l'acceptabilité du texte. Il a également été dit qu'il serait prématuré de supprimer le paragraphe 2 de l'article 4 avant que la Commission n'ait pris une décision définitive sur toutes les questions concernant le champ d'application et sur l'ensemble des dispositions finales. C'est pourquoi la Commission a reporté sa décision définitive sur le paragraphe 2 de l'article 4 et l'article 39 jusqu'à la finalisation de l'ensemble du projet de convention.

### *Article 12. Transfert de sûretés*

153. Le texte du projet d'article 12 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"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 avec 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 du présent article 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 les obligations ou responsabilités du cédant découlant d'une violation d'une convention visée au paragraphe 2 du présent article. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle avait connaissance d'une telle convention.

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."

*Paragraphe 1*

154. La Commission a constaté que, dans la version anglaise, la deuxième partie de la première phrase du paragraphe 1 était analogue à la deuxième phrase du paragraphe 1 et devait donc être supprimée. Sous réserve de cette modification, la Commission a approuvé quant au fond le paragraphe 1 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

*Paragraphes 2 et 3*

155. Rappelant sa décision de préciser que le débiteur ne devrait pas pouvoir déclarer le contrat initial résolu au seul motif que le cédant avait violé une clause d'incessibilité (voir par. 144), la Commission a décidé que la même règle devrait s'appliquer à la violation d'une convention de cession d'une sûreté garantissant le paiement d'une créance. Sous réserve de cette modification au paragraphe 2, la Commission a approuvé quant au fond les paragraphes 2 et 3 et les a renvoyés au groupe de rédaction.

156. La Commission a également rappelé sa décision concernant le champ d'application de l'article 11 (voir par. 151) et a décidé que les paragraphes 2 et 3, qui reprenaient le libellé de l'article 11, devraient avoir le même champ d'application que celui-ci. En conséquence, il a été décidé qu'un nouveau paragraphe définissant le champ d'application des paragraphes 2 et 3 et s'inspirant de la disposition de l'article 11 devrait être inséré à l'article 12 en tant que paragraphe 4.

*Paragraphes 4 et 5*

157. La Commission a approuvé quant au fond les paragraphes 4 et 5 sans y apporter de changements. Il a été fait

remarquer que le paragraphe 5 était compatible avec la nouvelle règle "refuge" relative à la forme de la cession et qu'il n'était pas nécessaire de l'harmoniser. Compte tenu de l'application combinée de la nouvelle règle et du paragraphe 5 de l'article 12, la forme de la cession relèverait de la loi du lieu de situation du cédant (ou de toute autre loi applicable), alors que la forme du transfert d'une sûreté garantissant le paiement de la créance cédée serait soumise à la loi régissant la sûreté.

## CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS

### *Section I. Cédant et cessionnaire*

#### *Article 13. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

158. Le texte du projet d'article 13 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"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]."

159. Il a été fait observer que le paragraphe 1 consacrait de manière générale le principe de l'autonomie des parties, et qu'en conséquence ces dernières auraient toujours le droit de convenir du caractère contraignant ou facultatif des habitudes établies entre elles. De ce fait, les mots "sauf convention contraire", au paragraphe 2, n'étaient pas nécessaires. En outre, ceux-ci pourraient poser des problèmes d'interprétation, car ils n'apparaissaient pas dans la disposition équivalente de la convention des Nations Unies sur les ventes, à savoir le paragraphe 1 de l'article 9. La Commission est toutefois convenue que la question était suffisamment claire et elle a décidé de conserver les mots "sauf convention contraire", étant donné que la référence aux habitudes pourrait, sinon, engendrer des incertitudes.

160. On a fait observer que l'article 13 étant désormais limité aux droits et obligations réciproques des parties, l'écart entre le libellé du paragraphe 5 et celui du paragraphe 2 de l'article 9 de la convention des Nations Unies sur les ventes ne se justifiait plus et qu'en conséquence la référence à ce que les parties savaient ou auraient dû savoir ne créerait pas de difficultés pour des tiers. Cela étant, la Commission est convenue que la formulation actuelle du paragraphe 5 était satisfaisante.

161. Après un débat, la Commission a approuvé quant au fond l'article 13 sans modification et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Elle a reporté sa décision quant au membre de phrase "de financement par des créances", au paragraphe 3, jusqu'à ce que le libellé du titre, du préambule et de l'alinéa *c* de l'article 6 soit définitivement arrêté (voir par. 184).

#### *Article 14. Garanties dues par le cédant*

162. Le texte du projet d'article 14 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"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."

163. La Commission a approuvé quant au fond l'article 14 sans changement et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Il a été largement estimé que l'alinéa *a* du paragraphe 1 suffisait à couvrir toutes les garanties quant à l'existence de la créance, car si celle-ci n'existait pas ou était soumise à une restriction légale, le cédant n'aurait pas le droit de la céder. De l'avis général, il n'était pas non plus nécessaire d'ajouter des garanties de non-modification du contrat initial après la notification, sans le consentement effectif ou implicite du cessionnaire, ou concernant le transfert de toute sûreté indépendante ou tous autres droits accessoires par le cédant au cessionnaire, étant donné que ces questions étaient suffisamment traitées dans le cadre de l'autonomie des parties ainsi que par le paragraphe 1 de l'article 12 et le paragraphe 2 de l'article 22.

#### *Article 15. Droit de notifier la cession au débiteur*

164. Le texte du projet d'article 15 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. Sauf convention contraire entre eux, le cédant et le cessionnaire 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 envoyée, 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."

165. La Commission a approuvé quant au fond l'article 15 sans modification et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

### *Article 16. Droit du cessionnaire à recevoir paiement*

166. Le texte du projet d'article 16 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire, 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 le produit et les marchandises restituées 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 recevoir paiement du produit et à se faire remettre les marchandises restituées au cédant au titre de la créance cédée;

*c)* 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 recevoir paiement du produit et à se faire remettre les marchandises restituées à cette personne au titre de la créance cédée.

2. Le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance."

167. La Commission a approuvé quant au fond l'article 16 sans changement. De l'avis général, le texte traitait dûment la question du produit, y compris les biens meubles corporels restitués, et la définition du produit devrait être réexaminée dans le cadre des articles 24 et 26.

## *Section II. Débiteur*

### *Article 17. Principe de la protection du débiteur*

168. Le texte du projet d'article 17, tel qu'examiné par la Commission, était le suivant:

"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 sur les conditions de paiement énoncées 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."

#### *Modification du pays de paiement*

169. La Commission a examiné la question de savoir si une modification du pays de paiement, même du pays dans lequel était situé le débiteur, devait être soumise au consentement de ce dernier. On a déclaré que le paragraphe 2 *b* suffisait à couvrir la grande majorité des cas, dans lesquels le paiement dans le pays du débiteur, au lieu du pays d'un cédant étranger, agréerait au débiteur. On a également fait observer qu'une telle approche correspondait à une bonne pratique, en particulier dans les contrats d'affacturage internationaux, et que la convention devrait éviter de faire naître des doutes quant à cette pratique. En outre, il n'était pas nécessaire de traiter dans la convention les cas exceptionnels où un débiteur pouvait préférer payer dans un pays étranger. D'un autre côté, on a déclaré que toute modification du pays de paiement devrait être soumise au consentement du débiteur, puisque ce dernier pouvait avoir de bonnes raisons de convenir, dans le contrat initial, de payer dans un pays étranger. On a fait observer par ailleurs que si le cessionnaire et le débiteur pouvaient modifier par convention le pays de paiement, ils devraient également avoir la possibilité de modifier la monnaie de paiement. Étant entendu que les conventions entre cessionnaires et débiteurs n'entraient pas dans le champ d'application de la convention, la Commission a décidé qu'il n'était pas nécessaire de modifier le paragraphe 2.

#### *Protection des consommateurs*

170. On a noté que de l'article 17 découlait le principe que la convention ne devait pas porter atteinte à la position juridique des débiteurs consommateurs. On retrouvait ce principe général dans les articles 1, paragraphe 2 (qui disposait que la convention n'aurait pas d'incidences sur la position juridique 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), 9 tel que révisé (qui précisait que la convention ne devait pas avoir d'incidences sur les restrictions légales aux cessions, autres que celles mentionnées dans l'article 9), 19 (qui permettait au débiteur d'effectuer un paiement libératoire en vertu d'une loi en dehors de la convention), 20 (qui préservait les exceptions et les droits à compensation du débiteur, à l'exception des droits à compensation découlant de contrats non liés au contrat de cession et qui ne pouvaient être invoqués au moment de la notification), 21 et 23 (qui faisaient expressément référence aux lois concernant la protection des consommateurs) et 22 (qui autorisait une modification du contrat initial, même après notification, avec le consentement implicite du cessionnaire).

171. Selon une opinion, pour éviter toute incertitude, il faudrait expliciter l'interprétation susmentionnée dans l'article 17. On a déclaré que sur le plan tant national qu'international la législation sur la protection des consommateurs relevait de l'ordre public sur lequel la convention ne pouvait ni ne devait empiéter. Cette législation visait à protéger les débiteurs consommateurs, dans la mesure où ces derniers n'avaient pas le pouvoir de négociation nécessaire pour protéger leurs intérêts et où les parties ne pouvaient déroger par convention à la loi, puisque cette dernière était contraignante. En outre, des clauses prévoyant le consentement implicite du consommateur pourraient être considérées comme des clauses abusives prohibées par des règles de droit découlant des accords internationaux d'intégration régionale. Il a donc été proposé d'ajouter à l'article 17 le libellé suivant (voir A/CN.9/472, p. 10): "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 personnelles, familiales ou domestiques."

172. Cette proposition a suscité des objections. Le libellé proposé a notamment été jugé inutile, puisque le projet de convention contenait déjà des dispositions appropriées qui protégeaient les intérêts des débiteurs consommateurs. Il pourrait en outre poser des problèmes d'interprétation ou même inciter les tribunaux à invalider des cessions pour des motifs obscurs ou artificiels, ce qui risquerait de réduire l'offre de crédit à la consommation ou d'en augmenter le coût. On a fait remarquer, cependant, que la différence entre les positions mentionnées plus haut pourrait ne pas être si importante. On a proposé, dans cet esprit, que le libellé de l'article 17 indique clairement que le projet de convention n'autoriserait pas un débiteur consommateur à modifier le contrat initial ou à y déroger, si la modification ou la dérogation n'était pas autorisée par la législation sur la protection des consommateurs de l'État dans lequel ce débiteur était situé. Bien que cette proposition ait bénéficié d'un certain appui, la Commission a approuvé l'article 17 quant au fond sans aucune modification et l'a renvoyé au groupe de rédaction, étant entendu qu'elle devrait peut-être réexaminer cette question.

*Situation juridique du débiteur en cas de cession de fractions de créances*

173. Il a été rappelé que la Commission avait décidé de reporter le débat sur la situation juridique du débiteur en cas d'une ou de plusieurs notifications concernant des fractions de créances jusqu'à l'examen des dispositions relatives à celui-ci (voir par. 20). On a proposé d'aborder cette question dans le cadre de l'article 17, mais la Commission n'a pas disposé de suffisamment de temps pour le faire (voir par. 180 et 185).

## CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS

174. La Commission a entendu une déclaration faite au nom du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, visant à assurer une étroite collaboration avec la CNUDCI. Il a été rappelé qu'un groupe mixte d'experts de la CNUDCI et de la Conférence de La Haye s'était réuni à La Haye du 18 au 20 mai 1998 et que le Bureau permanent de la Conférence avait ensuite soumis au groupe de travail compétent de la CNUDCI un rapport, en date du 10 juillet 1998, contenant plusieurs recommandations (A/CN.9/WG.II/WP.99). On a fait observer que même si les articles 24 à 27 n'appliquaient pas pleinement les recommandations formulées dans ce rapport, ils étaient en principe tout à fait satisfaisants.

175. S'agissant du chapitre V, on a fait observer que si l'on adoptait un texte ayant un champ d'application plus étendu que celui de la convention (s'il constituait en d'autres termes une "mini convention"), il pourrait y avoir conflit avec des textes régionaux tels que la convention de l'Union européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980: "la convention de Rome"). On a fait remarquer à cet égard que le projet d'article 28 s'écartait de l'article 12 de la convention de Rome en deux points: il exigeait un choix explicite de la loi applicable et créait une présomption réfragable en faveur de la loi du lieu de situation du cédant en tant que loi ayant la relation la plus étroite avec le contrat de cession. On a également fait observer qu'il serait en principe inapproprié de subordonner l'application du chapitre V à la notion d'internationalité de la partie du projet de convention relevant du droit matériel. Toutefois, si la Commission devait confirmer cette position, le paragraphe 3 du projet d'article 28 (empêchant l'application d'une loi étrangère choisie par les parties à une cession nationale de créances nationales) pourrait être inutile puisque, si une cession n'était pas internationale en vertu du projet d'article 3, le chapitre V ne s'appliquerait pas. S'agissant des projets d'articles 30 à 32, on s'est demandé si ces dispositions étaient bien nécessaires. On a également fait remarquer que le paragraphe 2 de l'article 30 semblait reprendre la règle qui figurait dans le projet d'article 32. Par ailleurs, la question du champ d'application du chapitre V et de la hiérarchie entre ce dernier et le reste du projet de convention devrait être résolue dans un article séparé, comme l'avait suggéré le secrétariat de la CNUDCI (voir A/CN.9/470, par. 22). Il faudrait en outre résoudre la question du renvoi par l'insertion d'une disposition au chapitre V, puisque, si l'on décidait de donner à ce dernier un champ d'application plus large que le reste du projet de convention, le paragraphe *j* du projet d'article 6 (qui devait traiter la question du renvoi) ne s'appliquerait pas.

176. En réponse à ce qui précède, on a déclaré que le chapitre V pourrait ne pas constituer une "miniconvention" et que, dans le cas contraire, il pourrait être nécessaire de modifier le libellé des articles 28 et 29 et d'inclure dans ce chapitre une disposition de renvoi. On a aussi déclaré que, si le chapitre V s'appliquait aux cessions ayant un élément international tel que défini à l'article 3, le paragraphe 3 de l'article 28 serait inutile.

177. La Commission a également été informée d'une proposition présentée à la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence à sa réunion tenue à La Haye du 8 au 12 mai 2000, tendant à ce que la Conférence de La Haye prépare un projet de convention sur la loi applicable aux sûretés sur les valeurs mobilières. Il a été déclaré qu'une étroite collaboration avec la CNUDCI serait particulièrement bienvenue compte tenu des travaux de cette dernière sur le financement par cession de créances et du fait qu'elle envisageait de reprendre ses travaux sur la législation relative au crédit assorti d'une sûreté.

178. La Commission a remercié l'observateur du Bureau permanent de la Conférence de La Haye et reporté l'examen du chapitre V jusqu'à la finalisation de la partie du projet de convention relevant du droit matériel. Le débat sur les travaux envisageables dans le domaine du crédit assorti d'une sûreté a été reporté jusqu'après l'examen du point 16 de l'ordre du jour concernant la coordination et la coopération (voir par. 455 à 463).

### C. Rapport du groupe de rédaction

179. La Commission a demandé à un groupe de rédaction établi par le secrétariat d'examiner les articles premier à 17 du projet de convention afin de garantir la cohérence du texte dans les différentes langues.

180. À l'issue de ses délibérations sur le projet de convention, la Commission a examiné le rapport du groupe de rédaction et adopté les articles premier à 17, tels que modifiés par ce dernier, à l'exception des passages entre crochets de ces dispositions et du paragraphe 5 de l'article premier, qu'il a été décidé d'examiner dans le cadre du débat sur l'article 40 et sur l'annexe du projet de convention. Le paragraphe 2 de l'article 7 (article 8 du texte dont était saisi la Commission) a été adopté sous réserve de l'examen de la question de sa relation avec le chapitre V. L'article 17 a été adopté sous réserve de l'examen de la question de savoir si la situation juridique du débiteur en cas de cession de fractions de créances devrait être explicitement traitée dans l'article 17, question que la Commission n'a pu aborder faute de temps (voir par. 20, 173 et 185).

181. Dans le cadre de l'examen du rapport du groupe de rédaction, la Commission a décidé que le titre de la convention devrait être "Convention sur la cession de créances dans le commerce international". Il a été largement estimé que toute référence à "la cession de créances à des fins de financement" serait incompatible avec le champ d'application de la convention, qui n'était pas limité aux opérations uniquement axées sur le financement. Cela étant, on a aussi suggéré de supprimer les termes "dans le commerce international", faisant valoir qu'ils étaient inutiles et qu'ils pourraient induire en erreur en donnant l'impression que le champ d'application de la convention était limité aux seules cessions de créances commerciales. Il a été toutefois convenu de maintenir ces termes tout en expliquant dans un commentaire que le terme "commerce international" était utilisé dans son acception la plus large et qu'il englobait, en tout état de cause, les opérations commerciales, financières et sur consommateurs.

182. Faisant suite à sa décision de supprimer les termes "à des fins de financement" dans le titre de la convention, la Commission a décidé de supprimer aussi toute référence au financement dans le préambule. En ce qui concerne le deuxième paragraphe dudit préambule, il a été décidé d'indiquer le fait que des incertitudes constituaient un obstacle au commerce international. S'agissant du troisième paragraphe, bien que certaines délégations se soient déclarées favorables au maintien de la liste indicative de pratiques, il a été décidé de la supprimer, car elle ne saurait être exhaustive et deviendrait rapidement obsolète. Il a également été convenu que les principales pratiques couvertes par la convention devraient être mises en évidence au début d'un commentaire sur la convention. S'agissant du quatrième paragraphe du préambule, il a été suggéré d'y inclure une référence à la préservation du droit national, notamment en ce qui concernait les droits préférentiels et les droits immobiliers. Il a été convenu que la mention de la protection des droits du débiteur était suffisante à cet égard, et que l'on pourrait expliquer plus en détail dans un commentaire les différents droits du débiteur ainsi que le type de lois que le texte était censé protéger. Une telle approche serait conforme à celle adoptée dans le préambule de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Pour ce qui était du cinquième paragraphe du préambule, il a été convenu de conserver les mots "de capitaux et de crédit" afin de préciser que la convention portait tant sur les cessions pures et simples (avec offre de capitaux) que sur les cessions à titre de garantie (avec offre de crédit). Il a également été convenu que l'offre de capitaux et de crédit devrait précéder la référence au commerce international.

183. Après un débat, la Commission a décidé que le préambule devrait se lire 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* que les problèmes créés par les incertitudes quant à la teneur et au choix du régime juridique applicable à la cession de créances constituent un obstacle au commerce international,

*Désireux* d'énoncer des principes et d'adopter des règles relatifs à la cession de créances qui garantissent la sécurité et la transparence et favorisent la modernisation de la législation relative aux cessions de créances 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 la cession de créances favoriserait l'offre de capitaux et de crédit à des taux plus favorables et faciliterait ainsi le développement du commerce international,

*Sont convenus* de ce qui suit:"

184. Conformément à sa décision de supprimer toute référence au financement dans le titre et le préambule de la convention, la Commission a décidé de supprimer également l'alinéa *c* de l'article 6 et la mention "de financement par des créances" au paragraphe 3 de l'article 13.

185. Compte tenu du fait que l'article 2 limiterait le champ d'application de la convention aux créances contractuelles, on a déclaré que la question de savoir si l'on devait autoriser les États à appliquer le texte à des pratiques additionnelles (par exemple aux cessions de créances non contractuelles) devrait être réexaminée dans le cadre des dispositions finales. S'agissant de l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 4, il a été convenu de supprimer les mots "dans la mesure où elles ont été". Il a été décidé en outre de fusionner les alinéas *a* et *b* du paragraphe 3, de faire référence à des droits concurrents et de supprimer le mot "ou" après l'alinéa *b*. En ce qui concernait l'alinéa *f* du paragraphe 2, il a été suggéré d'employer dans la version française les termes "valeurs mobilières". S'agissant de l'alinéa *a* du paragraphe 3 du projet d'article 11 et à l'alinéa *a* du paragraphe 4 du projet d'article 12, il a été décidé de mettre les termes "biens meubles corporels" entre crochets, en attendant de déterminer si l'on visait aussi les biens meubles incorporels. Pour ce qui était de l'article 17, il a été convenu que la question de la situation juridique du débiteur en cas de notifications concernant la cession de fractions de créances serait examinée ultérieurement (voir également les paragraphes 20, 173 et 180).

### D. Travaux futurs sur le projet de convention

186. Après avoir adopté le rapport du groupe de rédaction, la Commission a examiné les mesures à prendre en vue d'achever ses travaux sur le projet de convention. Selon une proposition, appuyée par plusieurs délégations, il faudrait prévoir à cette fin une reprise de la session de la Commission avant la fin de l'année ou au début de 2001, ce qui permettrait d'achever les travaux dans les délais voulus et d'éviter de renvoyer le texte devant un groupe de travail, avec le risque de rouvrir le débat sur des points déjà réglés par la Commission. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, le projet de convention devrait être renvoyé à un groupe de travail, ce qui garantirait une exploitation optimale des ressources mises à la disposition de la Commission et permettrait à cette dernière d'achever ses travaux sur le projet de texte en 2001, sans devoir modifier totalement le calendrier de ses réunions ou son programme général de travail. Il a été déclaré que les modifications apportées aux projets d'articles premier à 17 avaient créé une situation nouvelle, qui devrait être examinée par le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux. Il a également été fait observer que, étant donné la connaissance approfondie que le Groupe de travail avait du texte, ses compétences et son efficacité, des progrès suffisants pourraient être faits pour que la Commission puisse adopter rapidement le projet de convention à sa session de 2001. À cet égard, la Commission a témoigné à nouveau toute sa confiance au Groupe de travail et l'a félicité pour le travail remarquable qu'il avait accompli lors des sessions consacrées au projet de convention de novembre 1995 à octobre 1999.

187. En ce qui concerne le mandat du Groupe de travail, la Commission a examiné une proposition libellée comme suit:

> "1. À partir du projet d'article 18, le Groupe de travail devrait réexaminer les parties du projet de convention que la Commission n'a pas eu la possibilité d'examiner ainsi que les passages demeurant entre crochets dans les projets d'articles premier à 17.
>
> 2. À la lumière des modifications apportées aux projets d'articles premier à 17, le Groupe de travail devrait s'assurer que le texte demeure cohérent et uniforme.
>
> 3. Si, après examen des projets d'articles 18 du projet de convention à 7 de l'annexe, le Groupe de travail relève des problèmes dans les projets d'articles premier à 17, il devrait les porter à l'attention de la Commission en donnant une explication appropriée et en formulant une recommandation, si possible.
>
> 4. S'agissant des méthodes de travail, le Groupe de travail devrait adopter la même approche que la Commission, c'est-à-dire apporter uniquement les modifications qui bénéficient d'un appui important."

188. Cette proposition a recueilli un important soutien. Il a été largement estimé que le mandat proposé était à la fois suffisamment ferme pour que le Groupe de travail ne change pas les décisions de principe prises par la Commission, et souple pour qu'il puisse examiner toutes les questions que cette dernière avait laissées en suspens et apporte des modifications purement rédactionnelles aux projets d'articles premier à 17. Afin de bien préciser que le Groupe de travail ne devait pas rouvrir le débat sur les questions réglées par la Commission, il a été suggéré de faire précéder les paragraphes 2 et 4 du mandat susmentionné de la phrase suivante: "Lors de l'examen des projets d'articles 18 du projet de convention à 7 de l'annexe." Il a toutefois été décidé que cette modification n'était pas nécessaire, car le libellé actuel indiquait suffisamment clairement que le Groupe de travail n'avait pas pour mandat d'apporter des modifications, quelles qu'elles soient, aux décisions de principe adoptées par la Commission. S'il identifiait d'autres questions appelant de nouvelles décisions de principe dans les articles premier à 17, il ne pourrait que les porter à l'attention de la Commission et formuler des recommandations pour aider cette dernière à les résoudre. Sur cette base, la Commission a approuvé le mandat susmentionné et a renvoyé le projet de convention à un groupe de travail devant être convoqué avant la fin de l'année, le priant de faire preuve de diligence afin d'achever le projet de convention et de le lui soumettre pour adoption à sa prochaine session en 2001.

189. La Commission s'est ensuite penchée sur la procédure à suivre pour l'adoption finale du projet de convention et l'ouverture du texte à la signature. Selon un avis, il était prématuré qu'elle examine la question à sa session en cours. Selon l'avis qui a toutefois prévalu, elle devrait informer l'Assemblée générale de la possibilité de l'adoption finale du projet de convention par cette dernière à sa cinquante-sixième session en 2001 ou par une conférence diplomatique devant être convoquée dans les meilleurs délais après l'adoption du texte par la Commission à sa trente-quatrième session. Une telle recommandation permettrait à la Sixième Commission de l'Assemblée générale d'examiner la question et de prendre toute mesure nécessaire. Elle permettrait aussi à la Cinquième Commission de déterminer s'il était possible de tenir une conférence diplomatique sans dépasser les ressources disponibles, et donc de laisser à la Commission la possibilité de décider à sa trente-quatrième session de renvoyer le projet de convention à une telle conférence. Il était entendu que l'autorisation d'une conférence diplomatique par l'Assemblée générale serait subordonnée, outre à l'approbation de la Cinquième Commission et de la Sixième Commission, à l'offre d'un pays d'accueillir la conférence et d'accepter de supporter les frais liés au transfert du lieu de la conférence de Vienne, siège du secrétariat de la CNUDCI, à une ville du pays hôte. La Commission a renvoyé sa décision sur la question jusqu'à l'examen du projet de recommandation qui serait soumis à l'Assemblée générale (voir par. 192).

190. La Commission a ensuite abordé la question de savoir s'il fallait rédiger un commentaire sur la convention. Il a été noté qu'un commentaire pouvait être officiel, auquel cas il faudrait qu'il soit examiné en détail et approuvé par la Commission, ou officieux, auquel cas il pouvait être établi par le secrétariat sur la base d'instructions générales données par la Commission. La Commission a également noté que, indépendamment du fait que le commentaire soit officiel ou officieux, elle devrait déterminer si l'objet du commentaire serait d'aider les législateurs à examiner le projet de convention aux fins d'adoption ou les utilisateurs de la convention à l'appliquer et à l'interpréter, ou si le commentaire devait être conçu à la fois comme un

guide législatif et un instrument d'interprétation. Il a été généralement convenu qu'un commentaire devrait être établi par le secrétariat pour aider les législateurs à examiner le projet de convention aux fins d'adoption et les utilisateurs de la convention à l'interpréter et à l'appliquer. Il a été dit que le commentaire analytique figurant dans la note du secrétariat du 23 mars 2000 (A/CN.9/470) constituait un excellent point de départ pour la rédaction d'un commentaire, qui, toutefois, devrait être plus concis et succinct. En réponse à une question, il a été noté qu'il serait plus rationnel d'établir la version révisée du commentaire après que le Groupe de travail aurait achevé son examen du projet de convention, car, dans le cas contraire, la première partie du commentaire sur les articles premier à 17 devrait probablement être révisée de nouveau après que le Groupe de travail aurait achevé ses travaux. De toute façon, la plupart des membres de la Commission ont estimé que le Groupe de travail n'aurait pas le temps d'examiner le commentaire. Il a été convenu, toutefois, que, si cela était nécessaire, le secrétariat pourrait établir une note pour porter à l'attention du Groupe de travail toutes questions devant être examinées par ce dernier.

191. Après examen de la question, la Commission a prié le secrétariat d'établir et de distribuer une version révisée du commentaire sur la convention après que le Groupe de travail aurait achevé ses travaux sur le projet de texte (pour les dates de la prochaine session du Groupe de travail sur les pratiques en matière de contrats internationaux, voir le paragraphe 469). Il a été convenu que le commentaire devrait être concis et servir de guide législatif officieux et d'instrument d'interprétation de la convention. La Commission a également prié le secrétariat de distribuer, pour observations, une fois achevés les travaux du Groupe de travail, le texte du projet de convention à tous les États et à toutes les organisations internationales intéressés, y compris les organisations non gouvernementales normalement invitées à assister aux réunions de la Commission et de ses groupes de travail en qualité d'observateurs, et d'établir une compilation analytique de ces observations.

192. À l'issue de ses délibérations sur le projet de convention, la Commission a adopté la recommandation suivante adressée à l'Assemblée générale:

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

*Notant* qu'elle compte adopter le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international à sa trente-quatrième session, en 2001,

*Consciente* qu'à cette session elle aura à présenter à l'Assemblée générale une recommandation quant à la procédure à suivre pour la conclusion du projet de convention,

*Reconnaissant* qu'il importe d'achever les travaux sur le projet de convention dans les meilleurs délais,

1. *Recommande* que l'Assemblée générale inscrive à l'ordre du jour de sa cinquante-sixième session, en 2001, un point intitulé "Conclusion du projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international" en vue de conclure elle-même le projet de convention ou de le renvoyer à une conférence des plénipotentiaires qui serait convoquée en 2002;

2. *Recommande en outre* que, si la Commission décide de recommander la tenue d'une conférence, l'Assemblée générale prie le Secrétaire général de distribuer le texte du projet de convention, aussitôt que possible après sa mise au point définitive par la Commission à sa trente-quatrième session, en 2001, aux fins d'observations par les États et les organisations internationales, y compris les organisations non gouvernementales normalement invitées à assister aux réunions de la Commission en qualité d'observateurs."

## IV. PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

### A. Remarques générales

193. Dès le début de son examen des projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, la Commission a noté que les versions précédentes de tous les projets de chapitres du Guide législatif avaient été examinées par elle à sa trente-deuxième session, en 1999 (A/CN.9/458/Add.1 à 9). Elle avait également examiné certains des chapitres à sa trentième session, en 1997 (A/CN.9/438/Add.1 à 3), et à sa trente et unième session, en 1998 (A/CN.9/444/Add.1 à 5).

194. Étant donné l'avancement des travaux de rédaction des projets de chapitres et les délibérations approfondies qui avaient eu lieu à ces sessions précédentes, il a été décidé que pendant la session en cours la Commission concentrerait son attention sur les recommandations concernant la législation (telles qu'elles étaient récapitulées dans le document A/CN.9/471/Add.9). La Commission a été invitée à ne se reporter aux notes sur les recommandations concernant la législation que lorsque cela était nécessaire pour établir si les notes traduisaient fidèlement les délibérations de la Commission à sa trente-deuxième session (telles qu'elles étaient consignées dans la partie pertinente de son rapport sur la session)[3] ou lorsqu'une modification des notes s'imposait par suite de décisions concernant le projet de recommandations. (Pour la suite des délibérations consacrées à la mise au point définitive du Guide et aux travaux futurs éventuels dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, voir les paragraphes 375 à 379 ci-après.)

### B. Examen du projet de recommandations concernant la législation

*Suggestion concernant l'adjonction d'une recommandation générale*

195. Il a été suggéré d'introduire, au début de la liste des recommandations concernant la législation ou à tout autre endroit approprié, une note déconseillant aux législateurs de trop restreindre la liberté des parties de formuler l'accord de projet, car cela rendrait plus difficile la négociation ou l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé. Si cette suggestion a été jugée fondée, l'ensemble des mem-

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 12 à 307.

bres de la Commission ont été d'avis qu'une telle note ou recommandation ne devait pas être ajoutée au texte. Une des raisons avancées était que l'ensemble des recommandations concernant la législation devaient traduire un juste équilibre entre la liberté des parties et les restrictions nécessaires pour protéger l'intérêt public. Une autre raison était qu'une clause aussi générale était, de par sa nature, imprécise et, partant, d'une utilité limitée et risquerait même de soulever des difficultés ou de jeter la confusion si elle devait être utilisée pour interpréter les recommandations concernant la législation figurant dans le Guide.

196. La Commission a adopté le chapeau des recommandations concernant la législation, qui précédait la recommandation 1, et se lisait comme suit:

"Il est recommandé aux pays hôtes souhaitant promouvoir des projets d'infrastructure à financement privé d'appliquer dans leur droit interne les principes ci-après:"

## CHAPITRE PREMIER. CADRE LÉGISLATIF ET INSTITUTIONNEL GÉNÉRAL

### *Cadre constitutionnel et législatif*

197. La Commission a reporté sa décision sur une suggestion tendant à incorporer le chapitre VII (Autres domaines pertinents du droit) dans le chapitre premier (Cadre législatif et institutionnel général) (voir par. 369).

#### *Recommandation 1*

198. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Le cadre législatif et institutionnel nécessaire à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé devrait avoir pour objectif d'assurer la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets. Toutes restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures devraient être éliminées."

199. Afin de traduire la vaste portée de la recommandation et d'aligner le titre sur le contenu de cette dernière, il a été décidé de développer le titre pour qu'il se lise "Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel" et de libeller le début de la recommandation comme suit: "Le cadre constitutionnel, législatif et institutionnel". Sous réserve de ces modifications, la Commission a adopté la recommandation 1.

### *Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions*

#### *Recommandation 2*

200. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"La loi devrait spécifier les autorités publiques du pays hôte (à savoir, selon qu'il convient, les autorités nationales, provinciales et locales) habilitées à conclure des accords pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé."

201. La Commission a adopté la recommandation 2 sous réserve de l'insertion des mots "à attribuer la concession et" entre le mot "habilitées" et les mots "à conclure des accords".

#### *Recommandation 3*

202. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Les projets d'infrastructure à financement privé peuvent comprendre des concessions pour la construction et l'exploitation de nouveaux ouvrages et de nouveaux systèmes ou pour la maintenance, la modernisation, l'expansion et l'exploitation d'ouvrages et de systèmes existants."

203. Des propositions ont été faites pour développer la recommandation en ajoutant des références à la "propriété" de l'ouvrage et au "financement". Les propositions n'ont pas été suffisamment appuyées au motif que l'adjonction de ces détails pourrait exiger d'autres ajouts. En outre, la question de savoir si et dans quelle mesure une concession supposait la propriété de l'ouvrage concerné était liée aux divers choix de politique qui s'offraient au pays hôte et qui étaient examinées dans les notes. La Commission a adopté la recommandation 3.

#### *Recommandation 4*

204. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"La loi devrait spécifier les secteurs ou les types d'infrastructure pour lesquels des concessions peuvent être attribuées."

205. Selon une opinion, la recommandation prévoyait l'établissement d'une liste exhaustive des secteurs ou types d'infrastructure pour lesquels des concessions pourraient être attribuées. C'est pourquoi il a été proposé de reformuler la recommandation pour exprimer l'idée que le législateur ne devrait établir qu'une liste des secteurs ou types d'infrastructure prioritaires. À l'appui de la proposition, il a été dit que les priorités établies par les pouvoirs publics quant aux secteurs pour lesquels des concessions pourraient être attribuées étaient susceptibles de changer avec le temps et qu'en établissant une liste exhaustive de secteurs dans la loi le gouvernement limiterait inutilement ses possibilités d'encourager le développement des infrastructures.

206. La Commission n'a pas adopté la proposition et a noté qu'au paragraphe 18 des notes il était précisé qu'il existait plus d'un moyen d'indiquer les secteurs ou types d'infrastructure pour lesquels des concessions pourraient être attribuées. La Commission a adopté la recommandation 4.

#### *Recommandation 5*

207. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"La loi devrait spécifier dans quelle mesure une concession peut s'étendre à l'ensemble de la région relevant de la compétence de l'autorité contractante ou

seulement à une subdivision géographique de cette région ou encore à un projet particulier, et si elle peut être attribuée avec ou sans droit d'exclusivité, selon les cas, conformément aux règles et principes de droit, aux dispositions législatives, à la réglementation et aux politiques s'appliquant au secteur visé. Les autorités contractantes pourraient être habilitées à s'unir pour attribuer des concessions lorsque la compétence de chacune d'entre elles est en jeu."

208. La Commission a adopté la recommandation 5.

*Recommandation 6*

209. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Des mécanismes institutionnels devraient être établis afin de coordonner les activités des autorités publiques chargées de délivrer les approbations, licences, permis ou autorisations requis pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l'exploitation des ouvrages du type proposé."

210. La Commission a adopté la recommandation 6.

*Recommandation 7*

211. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"La fonction de réglementation des services d'infrastructure ne devrait pas être confiée à des entités qui fournissent directement ou indirectement des services d'infrastructure."

212. La Commission a adopté la recommandation 7.

*Recommandation 8*

213. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"La fonction de réglementation devrait être confiée à des organismes fonctionnellement indépendants et ayant une autonomie suffisante, de manière à ce que les décisions soient prises sans ingérence politique ou pressions inopportunes des exploitants d'infrastructures et des prestataires de services publics."

214. La Commission a adopté la recommandation 8.

*Recommandation 9*

215. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Les règles régissant les procédures de réglementation devraient être publiées. Les décisions touchant à la réglementation devraient être motivées et accessibles aux parties intéressées par voie de publication ou par d'autres moyens."

216. La Commission a adopté la recommandation 9.

*Recommandation 10*

217. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"La loi devrait établir des procédures transparentes en vertu desquelles le concessionnaire pourrait demander une révision des décisions touchant à la réglementation par un organisme indépendant et impartial et énoncer les motifs pouvant fonder une demande de révision ainsi que les possibilités de recours judiciaire."

218. La Commission a adopté la recommandation 10, sous réserve d'une mise au point rédactionnelle.

*Recommandation 11*

219. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Des procédures spéciales devraient être établies, s'il y a lieu, pour régler les différends entre les prestataires de services publics concernant les infractions présumées aux lois et réglementations régissant le secteur visé."

220. La Commission a adopté la recommandation 11.

## CHAPITRE II. RISQUES DE PROJET ET APPUI DES POUVOIRS PUBLICS

*Recommandation 12*

221. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Aucune limitation légale ou réglementaire inutile ne devrait limiter la faculté de l'autorité contractante de convenir d'une répartition des risques adaptée aux besoins du projet."

222. La Commission a adopté la recommandation 12.

*Recommandation 13*

223. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"La loi devrait clairement indiquer les autorités publiques du pays hôte qui sont autorisées à fournir un appui financier ou économique pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé et quelles formes cet appui peut revêtir."

224. Il a été suggéré d'ajouter, après les mots "quelles formes cet appui peut revêtir", les mots "notamment des prêts publics et garanties de prêts, des prises de participation, des subventions, des garanties et assurances souveraines" pour rendre compte de façon plus précise et plus complète des conseils en matière de législation examinés dans les notes. En outre, il a été dit qu'il faudrait indiquer plus clairement que plusieurs autorités d'un État pourraient accorder un appui public à un projet d'infrastructure à financement privé donné. La Commission a adopté la recommandation 13 sans les ajouts proposés, le sentiment général étant que ces deux points étaient suffisamment développés dans les notes (A/CN.9/471/Add.3, par. 30 à 60).

## CHAPITRE III. SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE

### *Considérations générales*

*Recommandation 14*

225. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"La loi devrait prévoir la sélection du concessionnaire au moyen d'une procédure ouverte, transparente, efficace et adaptée aux exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé."

226. On a souligné, à titre d'observation générale, que le chapitre III contenait un grand nombre de recommandations concernant la législation, assorties de notes détaillées. On a demandé, à ce propos, s'il était recommandé que le pays hôte adopte une législation spécifique sur les procédures de sélection du concessionnaire.

227. On a indiqué, en réponse à cette question, que les recommandations concernant la législation avaient pour objet d'aider le pays hôte à élaborer des règles spécialement adaptées à la sélection du concessionnaire. Les recommandations visaient les spécificités des projets d'infrastructure à financement privé et différaient par de nombreux aspects des règles générales relatives aux marchés publics telles que celles qui figuraient dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services. Elles n'avaient pas pour but de remplacer ou de reproduire ces règles générales, et il appartenait à chaque pays hôte de décider de la meilleure manière de les appliquer. Par exemple, un État pouvait souhaiter adopter des règles particulières portant uniquement sur la sélection du concessionnaire, ou bien en incorporer certaines dans sa législation générale sur les projets d'infrastructure à financement privé, en ajoutant des renvois, le cas échéant, à d'autres textes législatifs portant sur des questions qui n'étaient pas traitées dans les recommandations (telles que les modalités administratives et les pratiques d'application de la procédure de sélection).

228. En dehors de suggestions d'ordre terminologique acceptées par la Commission pour assurer une cohérence entre les différentes langues (par exemple, l'emploi du terme "procédure de mise en compétition" au lieu de "procédure ouverte" dans le texte français) aucune autre observation n'a été faite, et la Commission a adopté la recommandation 14.

*Présélection des soumissionnaires*

*Recommandation 15*

229. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Les soumissionnaires devraient faire la preuve qu'ils satisfont aux critères de présélection ci-après, que l'autorité contractante juge appropriés pour le projet visé:

*a)* Posséder les qualifications professionnelles et techniques, les ressources humaines, les équipements et autres moyens matériels nécessaires pour mener à bien toutes les phases du projet, à savoir la conception, la construction, l'exploitation et la maintenance;

*b)* Être en mesure de gérer les aspects financiers du projet et de faire face sur le long terme aux besoins de financement pour la conception, la construction et l'exploitation;

*c)* Posséder des capacités de gestion et d'organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'infrastructures publiques."

230. La Commission a adopté la recommandation 15.

*Recommandation 16*

231. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Les soumissionnaires devraient être autorisés à constituer des consortiums pour soumettre leurs propositions, à condition que chacun des membres d'un consortium présélectionné ne puisse participer, directement ou par l'intermédiaire de filiales, qu'à un seul consortium soumissionnaire."

232. Il a été proposé d'indiquer dans la recommandation 16 que les soumissionnaires devraient être autorisés à former des consortiums à la fois pour soumettre des propositions et pour exécuter le projet. Toutefois, étant donné que cette recommandation traitait uniquement des questions relatives au processus de sélection, la Commission a adopté la recommandation 16 sans la modification proposée.

*Recommandation 17*

233. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait établir une liste restreinte des soumissionnaires présélectionnés qui seront ultérieurement invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée."

234. La Commission a adopté la recommandation 17.

*Procédure de sollicitation de propositions*

*Recommandation 18*

235. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Une fois la procédure de présélection terminée, l'autorité contractante devrait inviter les soumissionnaires présélectionnés à soumettre des propositions définitives."

236. Sous réserve du remplacement du mot "inviter" par le mot "prier", la Commission a adopté la recommandation 18.

*Recommandation 19*

237. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Nonobstant ce qui précède, l'autorité contractante peut recourir à une procédure en deux étapes pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés, lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir un cahier des charges ou des indicateurs de résultats et des clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après s'appliquent:

*a)* L'autorité contractante devrait tout d'abord inviter les soumissionnaires présélectionnés à soumettre des propositions sur la base des spécifications concernant le produit demandé et d'autres caractéristiques du projet ainsi que des clauses contractuelles proposées;

*b)* L'autorité contractante peut réunir les soumissionnaires afin de clarifier certains points de la sollicitation initiale de propositions;

*c)* Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser le cahier des charges et les clauses contractuelles initiaux avant de publier une sollicitation définitive de propositions."

238. Il a été suggéré de faire référence dans cette recommandation à l'obligation de l'autorité contractante de dresser un procès-verbal des réunions avec les soumissionnaires. La Commission a estimé, toutefois, qu'il valait mieux traiter cette question dans les notes et a adopté la recommandation 19 sans changement.

*Recommandation 20*

239. Le texte du projet de recommandation 20 était le suivant:

"La sollicitation définitive de propositions devrait inclure au minimum les renseignements suivants:

*a)* Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions;

*b)* Cahier des charges et indicateurs de résultats, selon qu'il convient, y compris les exigences de l'autorité contractante concernant les normes de sûreté et de sécurité ainsi que le respect de l'environnement;

*c)* Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante;

*d)* Critères d'évaluation des propositions, importance relative à accorder à chacun de ces critères et manière d'appliquer les critères dans l'évaluation des propositions."

240. La Commission a adopté la recommandation 20.

*Recommandation 21*

241. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, modifier la sollicitation définitive de propositions en publiant des additifs dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions."

242. La Commission a adopté la recommandation 21.

*Recommandation 22*

243. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques devraient permettre de déterminer la mesure dans laquelle la proposition présentée par le soumissionnaire peut satisfaire les besoins de l'autorité contractante, et porter notamment sur les éléments suivants:

*a)* Rationalité technique;

*b)* Faisabilité opérationnelle;

*c)* Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité;

*d)* Potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions."

244. Après avoir examiné diverses propositions formulées à propos de la recommandation 23 (voir par. 248 à 250), la Commission a adopté la recommandation 22.

*Recommandation 23*

245. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales peuvent inclure, selon qu'il convient:

*a)* La valeur courante des péages, redevances et autres charges proposés pendant la période de la concession;

*b)* La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante devra effectuer, le cas échéant;

*c)* Le coût des activités de conception et de construction, les frais annuels d'exploitation et de maintenance, la valeur courante des dépenses d'investissement et des frais d'exploitation et de maintenance;

*d)* L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, des pouvoirs publics;

*e)* La rationalité des arrangements financiers proposés;

*f)* La conformité des propositions aux clauses contractuelles proposées."

246. La Commission est convenue d'insérer les mots "prix unitaires" avant les mots "et autres charges" au paragraphe *a*.

247. En réponse à une question concernant la différence entre les alinéas *b* et *d*, il a été expliqué que l'alinéa *b* visait les paiements directs que l'autorité contractante devait effectuer pour les biens ou services que le concessionnaire lui fournissait effectivement ou mettait à sa disposition, alors que l'alinéa *d* portait sur le soutien financier (tel que des prêts, subventions ou garanties) fourni par les pouvoirs publics et pas nécessairement par l'autorité contractante.

248. La Commission a examiné des propositions tendant à réorganiser les points énumérés dans les recommandations. On a fait observer que l'évaluation de la rationalité des arrangements financiers proposés constituait l'objet

même de l'évaluation des propositions financières plutôt qu'un simple critère, et que l'alinéa *e* devrait par conséquent être incorporé quant au fond dans le chapeau de la recommandation. Il a été proposé, par ailleurs, de faire une distinction entre les différents critères utilisés pour évaluer la rationalité du financement proposé pour chacune des phases du projet (à savoir la construction et l'exploitation). Enfin, il a été proposé de supprimer l'alinéa *f* au motif qu'il ne serait pas approprié d'évaluer les propositions en fonction de leur conformité aux clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante. Il serait préférable d'incorporer cette notion de conformité dans le chapeau de la recommandation 23, et éventuellement dans le chapeau de la recommandation 22, en y insérant des mots tels que "conformément aux clauses contractuelles proposées".

249. Des délégations ont fermement appuyé ces propositions, en particulier la suppression de l'alinéa *f*, car, dans certains systèmes juridiques, l'acceptation des clauses contractuelles accompagnant la sollicitation de propositions était une condition impérative. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, il fallait conserver le texte actuel de la recommandation. Il était suffisamment clair que les points énumérés aux alinéas *a* à *e* devaient s'appliquer, selon qu'il convenait, à l'évaluation de la rationalité des propositions financières pour les diverses phases du projet. S'agissant de l'alinéa *f*, il a été généralement estimé que cette disposition était utile et ne devrait pas être supprimée. Étant donné la complexité des projets d'infrastructure à financement privé, il était peu probable que l'autorité contractante et le soumissionnaire sélectionné puissent s'entendre sur les clauses d'un projet d'accord sans négociations et sans ajustements visant à adapter ces clauses aux besoins particuliers du projet. Il convenait donc d'inclure une évaluation de la conformité des propositions des soumissionnaires aux clauses contractuelles proposées dans les critères d'évaluation des propositions financières et commerciales.

250. Après délibération, la Commission a adopté la recommandation 23.

*Recommandation 24*

251. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

> "L'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques et commerciaux qui doivent être pris en considération dans les propositions, conformément aux critères énoncés dans la sollicitation de propositions. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils devraient être considérées comme non conformes."

252. Sous réserve de l'insertion du mot "financiers" avant les mots "et commerciaux" dans la première phrase, la Commission a adopté la recommandation 24.

*Recommandation 25*

253. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

> "Qu'elle ait ou non recouru à une procédure de présélection, l'autorité contractante peut conserver le droit d'exiger des soumissionnaires qu'ils confirment leurs qualifications conformément aux critères et procédures énoncés dans la sollicitation de propositions ou dans le dossier de présélection, selon qu'il convient. En cas de procédure de présélection, les critères seront les mêmes que ceux qui ont été utilisés dans cette procédure."

254. La Commission a adopté la recommandation 25.

*Recommandation 26*

255. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

> "L'autorité contractante devrait classer toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et inviter à une négociation finale le soumissionnaire qui a présenté la proposition ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne peuvent pas porter sur les clauses contractuelles déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions."

256. On a demandé comment l'autorité contractante devait procéder si, après évaluation des propositions, deux propositions ou plus obtenaient la note la plus élevée ou s'il n'y avait qu'une différence minime entre les notes données à deux propositions ou plus. On a répondu que, dans un tel cas de figure, il serait approprié que l'autorité contractante invite à des négociations tous les soumissionnaires ayant obtenu pratiquement la même note. Il a toutefois été généralement estimé qu'un commentaire à cet effet devrait être inclus dans les notes pertinentes, plutôt que dans la recommandation.

257. Il a été proposé d'inclure dans la recommandation des conseils sur la façon dont les autorités contractantes devraient traiter les demandes de modification des arrangements contractuels proposés émanant de prêteurs potentiels. On a déclaré, à cet égard, que cette question était certes très importante dans la pratique, mais qu'elle ne se prêtait pas nécessairement à des mesures législatives et qu'elle avait déjà été dûment traitée aux paragraphes 56, 70 et 82 des notes relatives au chapitre III (A/CN.9/471/Add.4).

258. Après délibération, la Commission a adopté la recommandation 26.

*Recommandation 27*

259. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

> "Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un accord de projet, elle devrait informer ce dernier qu'elle y met fin et inviter ensuite les autres soumissionnaires à des négociations en fonction de leur note jusqu'à ce qu'elle parvienne à un accord de projet ou rejette toutes les propositions restantes."

260. La Commission a adopté la recommandation 27.

### *Négociations directes*

#### *Recommandation 28*

261. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"La loi devrait énoncer les cas exceptionnels dans lesquels l'autorité contractante peut être autorisée par une autorité supérieure à sélectionner le concessionnaire par voie de négociations directes, tels que les cas suivants:

*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;

*b)* Lorsque les projets sont de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas un faible montant spécifié;

*c)* Pour des raisons de défense ou de sécurité nationales;

*d)* Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé (par exemple, en raison de la nécessité d'utiliser une technologie brevetée ou un savoir-faire unique);

*e)* Lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou une sollicitation de propositions a été publiée sans résultat, ou lorsque aucune proposition n'a satisfait aux critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions, et lorsque, de l'avis de l'autorité contractante, la publication d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet;

*f)* Autres cas où l'autorité supérieure du pays hôte autorise une telle exception pour des raisons impérieuses d'intérêt général."

262. Il a été déclaré, à titre d'observation générale, que l'expression "négociations directes", qui figurait dans les recommandations 28 et 29 ainsi que dans les notes correspondantes, bien qu'adoptée par la Commission à sa trente-deuxième session[4], ne reflétait pas exactement la nature des procédures décrites dans ces recommandations. On a fait observer que les recommandations 28 et 29 prévoyaient le recours, dans des cas exceptionnels, à une procédure différente des procédures décrites dans les recommandations 14 à 27. Cette différence consistait essentiellement dans l'absence d'une compétition structurée entre les soumissionnaires, par ailleurs préconisée dans les recommandations 14 à 27. Les négociations avec les soumissionnaires ne ressortissaient toutefois pas uniquement aux recommandations 28 et 29, étant donné que les recommandations 14 à 27, et notamment les recommandations 26 et 27, prévoyaient déjà un certain degré de négociation à différents stades de la procédure de sélection.

263. Après délibération, la Commission a décidé que les mots "négociations directes" devraient être remplacés par l'expression "attribution de la concession sans procédure de mise en compétition" dans le titre de la section D du chapitre III (voir A/CN.9/471/Add.4) et que le chapeau de la recommandation 28 devrait être remanié comme suit:

"La loi devrait énoncer les cas exceptionnels dans lesquels l'autorité contractante peut être autorisée à attribuer une concession sans avoir recours à une procédure de mise en compétition, tels que les cas suivants:"

264. La Commission a noté que, du fait de l'adoption du nouveau libellé, il pourrait être nécessaire d'apporter une série de modifications aux notes correspondantes du chapitre III (voir A/CN.9/471/Add.4), ainsi peut-être qu'à d'autres recommandations et parties du projet de guide législatif. La Commission a prié le secrétariat de veiller à ce qu'il soit procédé aux modifications nécessaires.

265. La Commission a décidé que la recommandation 28 devrait également faire référence aux propositions spontanées qui, dans certains cas, pouvaient justifier l'attribution d'une concession sans procédure de mise en compétition (voir par. 277 et 279).

#### *Recommandation 29*

266. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"La loi peut imposer la procédure ci-après pour les négociations directes:

*a)* L'autorité contractante devra publier un avis d'ouverture de la procédure de négociation et mener des négociations avec un nombre aussi grand que possible de sociétés jugées capables d'exécuter le projet en fonction des circonstances;

*b)* L'autorité contractante devra fixer les critères de qualification et d'évaluation des propositions, les faire connaître aux soumissionnaires et déterminer l'importance relative à accorder à chacun d'entre eux ainsi que la manière dont ils devront être appliqués dans l'évaluation des propositions;

*c)* L'autorité contractante devra traiter les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents;

*d)* Toutes négociations de ce type entre l'autorité contractante et les soumissionnaires devront être confidentielles, et une partie aux négociations ne devra révéler à aucune autre personne des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie;

*e)* À l'issue des négociations, l'autorité contractante devra prier tous les soumissionnaires qui restent en compétition de soumettre, avant une date donnée, leur meilleure offre définitive pour tous les éléments de leur proposition;

*f)* Les propositions devront être évaluées et notées conformément aux critères d'évaluation fixés par l'autorité contractante."

267. Selon un avis, la recommandation 29 entrait dans des détails inutiles sur des questions de procédure n'ayant qu'une importance pratique limitée, étant donné qu'une autorité contractante confrontée aux cas exceptionnels mentionnés à la recommandation 28 risquait souvent de n'avoir d'autre choix que de négocier avec une seule société. Pour les cas possibles, mais rares, où elle avait da-

[4]Ibid., par. 127 et 128.

vantage d'options, il serait suffisant de mentionner dans les notes les mesures à prendre pour introduire une concurrence dans ces négociations, telles que celles évoquées aux alinéas *b*, *c* et *e*, qui n'étaient toutefois pas nécessaires sous leur forme actuelle. L'obligation de divulguer les motifs de l'attribution d'une concession sans procédure de mise en compétition était un point plus important que ces dispositions, et devrait être expressément formulée à la recommandation 29. Quant à l'alinéa *d*, qui, a-t-on déclaré, était également valable pour les négociations finales traitées dans les recommandations 26 et 27, il a été proposé d'en faire une recommandation séparée qui serait placée avant la recommandation 36.

268. Ces propositions ont été très appuyées, car on a estimé, dans l'ensemble, qu'elles contribuaient à accroître la transparence lors de l'attribution d'une concession sans procédure de mise en compétition. On a toutefois fait observer que l'obligation de divulguer les motifs de cette attribution devrait être appréciée par rapport à d'autres raisons d'intérêt général, notamment la nécessité de préserver la confidentialité des décisions sur des questions de défense ou de sécurité nationales.

269. Après délibération, la Commission est convenue que la recommandation 29 devrait être remaniée comme suit:

"La loi peut imposer la procédure ci-après pour l'attribution d'une concession sans procédure de mise en compétition:

*a)* L'autorité contractante devra publier un avis pour faire connaître son intention d'attribuer une concession pour l'exécution du projet proposé et mener des négociations avec un nombre aussi grand que possible de sociétés jugées capables d'exécuter le projet en fonction des circonstances;

*b)* Les offres devront être évaluées et notées conformément aux critères d'évaluation des propositions fixés par l'autorité contractante;

*c)* Sauf dans le cas prévu au paragraphe *c* de la recommandation 28, l'autorité contractante devra faire publier un avis officiel d'attribution, indiquant les circonstances et motifs précis de l'attribution de la concession sans procédure de mise en compétition."

270. La Commission a noté que, du fait de l'adoption d'un nouveau libellé pour la recommandation 29, il pourrait être nécessaire d'apporter une série de modifications aux notes correspondantes du chapitre III (A/CN.9/471/Add.4), et peut-être à d'autres recommandations et parties du projet de guide législatif. La Commission a prié le secrétariat de veiller à ce que les modifications utiles soient effectuées.

### *Propositions spontanées*

#### *Recommandation 30*

271. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"À titre d'exception aux procédures de sélection décrites dans les recommandations 14 à 27, l'autorité contractante peut être autorisée à examiner des propositions spontanées conformément à une procédure spécifique prévue par la loi à cette fin, à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé une procédure de sélection."

272. La Commission a adopté la recommandation 30.

#### *Recommandation 31*

273. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante devrait faire savoir à son auteur, dans un délai raisonnablement court, si le projet présente ou non un intérêt général potentiel. Dans l'affirmative, elle devrait l'inviter à soumettre une proposition officielle suffisamment détaillée pour qu'il soit possible d'évaluer de façon satisfaisante le concept ou la technologie et déterminer si la proposition répond aux conditions imposées par la loi et est susceptible d'être appliquée avec succès à l'échelle prévue dans le projet proposé."

274. La Commission a adopté la recommandation 31.

#### *Recommandation 32*

275. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'auteur de la proposition devrait conserver la propriété de tous les documents soumis pendant toute la procédure et ces documents devraient lui être restitués si la proposition est rejetée."

276. La Commission a adopté la recommandation 32.

#### *Recommandation 33*

277. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait entamer une procédure de sélection ouverte au titre des recommandations 14 à 27 ci-dessus s'il s'avère que l'exécution du projet est possible sans recours à un procédé, des plans, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition spontanée possède des droits exclusifs, ou si le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent. L'auteur de la proposition spontanée devrait être invité à participer à cette procédure et pourrait bénéficier d'un avantage du fait de cette soumission."

278. La Commission a adopté la recommandation 33.

#### *Recommandation 34*

279. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"S'il apparaît qu'il ne serait pas possible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des plans, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition spontanée possède des droits exclusifs, l'autorité contractante devrait rechercher des éléments de comparaison. À cette fin, elle devrait publier une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions différentes ou comparables dans un délai donné raisonnable."

280. La Commission a adopté la recommandation 34.

*Recommandation 35*

281. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition spontanée si aucune autre proposition n'a été reçue, sous réserve de l'approbation d'une autorité supérieure. Si d'autres propositions sont soumises, l'autorité contractante devrait inviter tous leurs auteurs à participer à des négociations conformément aux dispositions *b* à *f* de la recommandation 29."

282. La Commission a adopté la recommandation 35 (voir cependant les paragraphes 269 et 270).

*Procédure de recours*

*Recommandation 36*

283. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Les soumissionnaires qui déclarent avoir subi, ou qui peuvent subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée à l'autorité contractante par la loi peuvent introduire un recours contre les actes de l'autorité contractante conformément aux lois du pays hôte."

284. La Commission a décidé que la recommandation 36 devrait être la recommandation finale sur la sélection du concessionnaire et que les notes correspondantes devraient être déplacées à la fin du chapitre III (A/CN.9/471/Add.4). La Commission a adopté la recommandation 36 sous réserve de ces modifications.

*Avis d'attribution du projet*

*Recommandation 37*

285. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait faire publier un avis d'attribution du projet. Cet avis devrait donner la désignation du concessionnaire et un résumé des principales clauses de l'accord de projet."

286. La Commission a adopté la recommandation 37.

*Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution*

*Recommandation 38*

287. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait dûment conserver les actes et principales informations liés aux procédures de sélection et d'attribution. La loi devrait énoncer les conditions d'accès du public à ces actes et informations."

288. La Commission a adopté la recommandation 38 sous réserve de l'insertion de sa deuxième phrase dans la version française, où elle ne figurait pas.

## CHAPITRE IV. CONSTRUCTION ET EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE

289. La Commission a prié le secrétariat de modifier le titre du chapitre de manière à ce qu'il donne une meilleure idée des questions qui y sont examinées, lesquelles portaient en grande partie sur la teneur de l'accord de projet et sa relation avec la construction et l'exploitation de l'infrastructure. Le secrétariat a proposé le titre ci-après, qui a été approuvé par la Commission: "Construction et exploitation: cadre législatif et accord de projet".

*Dispositions générales de l'accord de projet*

*Recommandation 39*

290. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"La loi pourrait indiquer les principales clauses devant figurer dans l'accord de projet, qui pourraient comprendre les clauses mentionnées dans les recommandations 39 à 65 ci-après."

291. Sous réserve que le texte renvoie aux recommandations 40 à 67, la Commission a adopté la recommandation 39.

*Recommandation 40*

292. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Sauf disposition contraire, l'accord de projet est régi par la loi du pays hôte."

293. En réponse à une question sur le sens des premiers mots de la recommandation, il a été indiqué que la question de la loi régissant l'accord de projet avait fait l'objet d'un débat approfondi à la trente-deuxième session de la Commission. La souplesse du libellé sur lequel la Commission s'était finalement accordée visait à tenir compte du fait que, dans certains systèmes juridiques, les dispositions autorisant l'application d'une loi autre que la loi du pays hôte pouvaient être uniquement de nature législative, alors que, dans d'autres, l'autorité contractante pouvait être habilitée à choisir la loi applicable. La Commission a adopté la recommandation 40.

*Organisation du concessionnaire*

*Recommandation 41*

294. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait avoir la possibilité d'exiger des soumissionnaires sélectionnés qu'ils constituent une entité juridique indépendante ayant son siège dans le pays."

295. La Commission a adopté la recommandation 41.

*Recommandation 42*

296. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait préciser le capital minimal de la société de projet ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante des statuts de cette société et des modifications essentielles de ces statuts."

297. La Commission a adopté la recommandation 42.

*Site du projet et servitudes*

*Recommandation 43*

298. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait préciser, lorsqu'il y a lieu, les actifs qui seront la propriété de l'État et ceux qui seront la propriété privée du concessionnaire. L'accord de projet devrait indiquer les actifs que le concessionnaire est tenu de transférer à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet; les actifs que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, racheter au concessionnaire et les actifs que le concessionnaire peut librement retirer ou dont il peut librement disposer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet."

299. La Commission a adopté la recommandation 43, sous réserve de la modification de son titre, qui devrait se lire: "Site du projet, actifs et servitudes".

*Recommandation 44*

300. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait aider le concessionnaire à acquérir les servitudes nécessaires à l'exploitation, à la construction et à la maintenance de l'ouvrage. La loi pourrait autoriser le concessionnaire à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y fixer des installations selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de l'ouvrage."

301. Selon une opinion, la mention dans la première phrase de la recommandation de l'aide de l'autorité contractante pour l'acquisition de servitudes n'était pas claire et pourrait être incompatible avec la deuxième phrase. Il a été proposé de développer la première phrase pour exprimer l'idée que l'autorité contractante devrait aider le concessionnaire à obtenir les terrains et d'autres biens dont il avait besoin pour exécuter le projet. Des délégations ont fermement appuyé cette proposition. On a fait observer que, dans la pratique, les retards dans l'acquisition de terrains pour le site pouvaient poser d'énormes problèmes pour l'exécution des projets d'infrastructure. Ce point, a-t-on fait remarquer, avait été évoqué aux paragraphes 20 à 22 du chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure" (voir A/CN.9/471/Add.5), mais ne se retrouvait dans aucune recommandation. Le Guide législatif, a-t-on déclaré, avait un rôle important à jouer pour ce qui était de rappeler aux autorités contractantes, par une recommandation, qu'elles devaient fournir aux concessionnaires l'aide voulue pour leur permettre d'acquérir un site approprié pour le projet.

302. Selon l'opinion contraire, qui a également recueilli un appui important, les questions relatives à l'acquisition et à la propriété des terrains ne se rattachaient pas à la recommandation 44, qui portait uniquement sur les servitudes dont le concessionnaire pourrait avoir besoin pour la construction, l'exploitation ou la maintenance de l'ouvrage. Si la phrase était perçue comme peu claire, c'était en raison de l'emploi des termes "acquérir les servitudes", qui créait des problèmes d'interprétation dans certains systèmes juridiques. Si la Commission estimait que la première phrase n'était pas claire, il serait préférable de la supprimer plutôt que de la développer comme il avait été proposé.

303. La Commission a examiné diverses propositions visant à tenir compte des préoccupations exprimées. On a fait observer que, dans les paragraphes 30 à 32 du chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure" (voir A/CN.9/471/Add.5), deux modes d'obtention des servitudes requises étaient envisagés: le concessionnaire et les propriétaires du bien visé pouvaient trouver eux-mêmes un arrangement approprié ou la loi pouvait autoriser le concessionnaire à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y fixer des installations. Il a donc été proposé de clarifier le lien entre les deux phrases de la recommandation en ajoutant, au début de la seconde, des mots tels que "Une autre solution serait que la loi autorise". On a répondu que cette proposition pourrait effectivement contribuer à refléter plus clairement dans la recommandation l'examen dans les notes des problèmes juridiques relatifs aux servitudes. Toutefois, en se limitant à la question des servitudes, la proposition n'apportait pas de réponse adéquate aux questions relatives au site du projet, abordées dans les notes.

304. Après un examen des différentes vues et propositions, il a été convenu que la première phrase de la recommandation devrait être remaniée comme suit: "L'autorité contractante devrait aider le concessionnaire à obtenir les droits relatifs au site du projet nécessaires à l'exploitation, la construction et la maintenance de l'ouvrage". Sous réserve de cette modification et de l'addition du mot "maintenance" dans la seconde phrase, la Commission a adopté la recommandation. Elle a prié le secrétariat de modifier les notes en conséquence de manière à les aligner sur le nouveau texte adopté, étant généralement entendu que la recommandation n'avait aucune incidence sur le régime de propriété dans le pays hôte.

*Arrangements financiers*

*Recommandation 45*

305. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"La législation devrait permettre au concessionnaire de percevoir des redevances ou droits d'utilisation pour l'utilisation de l'installation ou des services qu'elle fournit. L'accord de projet devrait prévoir des méthodes et formules d'ajustement de ces redevances ou droits."

306. La Commission a adopté la recommandation 45.

*Recommandation 46*

307. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Lorsque les redevances ou droits demandés par le concessionnaire sont soumis au contrôle externe d'un organisme de réglementation, la loi devrait énoncer les mécanismes de révision périodique et extraordinaire des formules d'ajustement."

308. La Commission a adopté la recommandation 46.

*Recommandation 47*

309. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait être habilitée, s'il y a lieu, à convenir d'effectuer des versements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des redevances que doivent acquitter les utilisateurs ou à s'engager à acheter des quantités déterminées de biens ou de services."

310. La Commission a adopté la recommandation 47.

*Sûretés*

*Recommandation 48*

311. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Le concessionnaire devrait avoir la charge de mobiliser les fonds nécessaires pour construire et exploiter l'ouvrage et, à cette fin, il devrait avoir le droit d'obtenir tout financement requis pour le projet en constituant une sûreté sur l'un quelconque de ses biens, en nantissant les actions de la société de projet, en nantissant le produit et les créances provenant de la concession ou en constituant toute autre sûreté appropriée sans préjudice de toute règle de droit pouvant interdire la constitution de sûretés sur un bien public détenu par le concessionnaire."

312. La Commission a adopté la recommandation 48, sous réserve de la suppression des mots "détenu par le concessionnaire".

*Cession de la concession*

*Recommandation 49*

313. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait énoncer les conditions auxquelles l'autorité contractante peut donner son consentement à la cession de la concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de l'accord de projet et la production par ce dernier de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service. La concession ne devrait pas être cédée à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante."

314. Selon un avis, la seconde phrase de la recommandation était par trop restrictive et pourrait empêcher l'autorité contractante de conclure des accords directs avec des prêteurs en vue de la substitution du concessionnaire par une autre personne morale choisie en accord avec ceux-ci en cas de défaillance du concessionnaire. En réponse, il a été fait remarquer que les concessions de service public, telles qu'elles sont envisagées en règle générale par la Commission, étaient attribuées en fonction des capacités techniques et financières du concessionnaire et qu'en tant que telles elles n'étaient pas librement transférables, principe dont tenait compte la seconde phrase. La possibilité accordée aux prêteurs de désigner un nouveau concessionnaire, en accord avec l'autorité contractante (situation prévue dans la première phrase de la recommandation), constituait une exception acceptée par la Commission à une règle générale énoncée dans la seconde phrase.

315. La Commission a adopté la recommandation 49, sous réserve de l'inversion de l'ordre des deux phrases afin de mieux faire ressortir leur articulation.

*Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet*

*Recommandation 50*

316. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Le transfert d'un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire peut être soumis à l'assentiment de l'autorité contractante."

317. Il a été dit que la recommandation était par trop restrictive, étant donné qu'il existait des cas où les restrictions au transfert d'un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire pouvaient ne pas être raisonnables. En réponse, il a été fait observer que la recommandation 50 était fondée sur le même raisonnement que la recommandation 49. Néanmoins, en vue de bien préciser qu'il pourrait y avoir des exceptions à cette règle, il a été convenu qu'une expression telle que "sauf disposition contraire" devrait être ajoutée à la fin de la recommandation.

318. La Commission a adopté la recommandation 50, sous réserve de cette modification et de la suppression des mots *"the capital of"* en anglais, considérés comme inutiles.

*Travaux de construction*

*Recommandation 51*

319. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait énoncer les procédures d'examen et d'approbation des plans et spécifications de l'ouvrage, le droit de l'autorité contractante de surveiller la construction dudit ouvrage ou les améliorations apportées à celui-ci, les conditions auxquelles elle peut ordonner des modifications des spécifications et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage, de ses équipements et de ses dépendances."

320. La Commission a adopté la recommandation 51.

*Exploitation de l'infrastructure*

*Recommandation 52*

321. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait énoncer, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

*a)* L'adaptation du service afin de répondre à la demande effective de ce service;

*b)* La continuité du service;

*c)* La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques à tous les usagers;

*d)* L'accès non discriminatoire, selon qu'il convient, d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques exploité par le concessionnaire."

322. Il a été proposé de remplacer les mots "la demande effective" par les mots "l'évolution de la demande" à l'alinéa *a*, afin de bien préciser que le concessionnaire était tenu d'assurer l'adaptation du service fourni à l'évolution tant quantitative que qualitative de la demande. Il a également été suggéré de mentionner à l'alinéa *c* l'obligation du concessionnaire de "garantir un même accès" à tous les usagers. En dernier lieu, il a été avancé que l'alinéa *d* devrait faire référence à la nécessité d'assurer une interconnexion entre les réseaux d'infrastructures dans des conditions d'objectivité, de transparence et de non-discrimination.

323. Rappelant que les questions examinées dans la recommandation avaient fait l'objet d'un débat approfondi lors de ses précédentes sessions, la Commission a adopté la recommandation 52 sans les amendements proposés[5].

*Recommandation 53*

324. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait indiquer:

*a)* La mesure dans laquelle le concessionnaire est tenu de fournir à l'autorité contractante ou à un organisme de réglementation, selon le cas, des rapports et d'autres informations sur ses activités;

*b)* Les procédures permettant de suivre les résultats du concessionnaire et de prendre les mesures raisonnables que l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peut juger appropriées pour veiller à ce que l'ouvrage soit correctement exploité et que les services soient fournis conformément aux dispositions légales et contractuelles applicables."

325. La Commission a adopté la recommandation 53.

*Recommandation 54*

326. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Le concessionnaire devrait avoir le droit de publier et de faire appliquer les règles relatives à l'utilisation de l'ouvrage, sous réserve de l'approbation de l'autorité contractante ou d'un organisme de réglementation."

327. La Commission a adopté la recommandation 54.

*Arrangements contractuels généraux*

*Recommandation 55*

328. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante peut se réserver le droit d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou des personnes ayant un lien avec lui. En principe, l'autorité contractante ne devrait pas refuser de donner son approbation, sauf si les contrats contiennent des dispositions incompatibles avec l'accord de projet ou manifestement contraires à l'intérêt général ou aux règles impératives relevant du droit public."

329. La Commission a adopté la recommandation 55.

*Recommandation 56*

330. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Le concessionnaire et ses prêteurs, assureurs et autres cocontractants devraient être libres de choisir la loi qui régira leurs relations contractuelles, sauf lorsqu'un tel choix irait à l'encontre de l'ordre public du pays hôte."

331. La Commission a adopté la recommandation 56.

*Recommandation 57*

332. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait énoncer:

*a)* Les formes, la durée et les montants des garanties de résultat que le concessionnaire peut être tenu de

[5]Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 96 à 114, et ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 185 à 187.

fournir pour la construction et l'exploitation de l'ouvrage;

*b)* Les polices d'assurance que le concessionnaire peut être tenu de souscrire;

*c)* L'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit à la suite de modifications de la législation ou d'autres changements de la situation économique ou financière rendant l'exécution de l'obligation sensiblement plus onéreuse que ce qui était initialement prévu. L'accord de projet devrait prévoir par ailleurs des mécanismes de révision, en cas de tels changements, des clauses qui y figurent;

*d)* La mesure dans laquelle chacune des parties peut être exonérée de sa responsabilité en cas de défaut d'exécution ou de retard dans l'exécution de toute obligation prévue dans l'accord de projet en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable;

*e)* Les voies de recours ouvertes à l'autorité contractante et au concessionnaire en cas de défaillance de l'autre partie."

333. La Commission a adopté la recommandation 57.

*Recommandation 58*

334. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait énoncer les cas dans lesquels l'autorité contractante peut temporairement assurer l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions, en cas de manquement grave du concessionnaire à ses obligations."

335. La Commission a adopté la recommandation 58.

*Recommandation 59*

336. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait être autorisée à conclure avec les prêteurs des accords prévoyant la désignation, avec l'assentiment de ladite autorité, d'un nouveau concessionnaire dans le cadre de l'accord de projet en vigueur, si le concessionnaire original manque gravement à l'obligation de fournir le service requis ou si surviennent d'autres événements donnés pouvant justifier la résiliation de l'accord de projet."

337. La Commission a adopté la recommandation 59.

## CHAPITRE V. DURÉE, PROROGATION ET RÉSILIATION DE L'ACCORD DE PROJET

### *Durée et prorogation de l'accord de projet*

*Recommandation 60*

338. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"La durée de la concession devrait être précisée dans l'accord de projet."

339. La Commission a adopté la recommandation 60.

*Recommandation 61*

340. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"La concession ne devrait pas être prorogée, sauf dans les cas prévus par la loi, tels que les suivants:

*a)* Retard d'achèvement ou interruption de l'exploitation dus à des événements échappant au contrôle raisonnable des parties;

*b)* Suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques;

*c)* Pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans l'accord de projet et que le concessionnaire ne serait pas en mesure d'amortir pendant la durée normale de l'accord de projet."

341. Il a été suggéré de remplacer à l'alinéa *a* le concept d'"événements échappant au contrôle raisonnable des parties" par celui de "force majeure" (et d'utiliser l'expression équivalente dans les autres versions linguistiques). En effet, le terme proposé était bien connu et compris dans un grand nombre de législations nationales. Cela étant, la Commission a préféré maintenir le texte actuel, car il faisait appel à une expression conforme au sens recherché mais moins susceptible que le terme "force majeure" de donner lieu à différentes interprétations possibles dans les systèmes juridiques nationaux. Il a été fait observer que la formulation actuelle avait été inspirée de l'article 79 de la convention des Nations Unies sur les ventes, qui avait été également reprise dans d'autres textes internationaux tels que le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles* (chap. XXI, Clauses d'exonération, par. 6). La Commission a également rejeté la proposition de supprimer le mot "raisonnable" à l'alinéa *a* afin de ne pas s'écarter de ces textes de référence.

342. La Commission a adopté la recommandation 61.

### *Résiliation de l'accord de projet*

*Recommandation 62*

343. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet.

*a)* Lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire puisse ou veuille exécuter ses obligations, en raison de son insolvabilité, d'une défaillance grave ou pour d'autres motifs;

*b)* Pour des raisons d'intérêt général, sous réserve de l'octroi de dommages-intérêts au concessionnaire."

344. Il a été proposé de remplacer à l'alinéa *a* le membre de phrase "l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire puisse" par "le concessionnaire ne peut pas". La proposition n'a pas été adoptée, car les mots proposés auraient signifié que la résiliation était possible uniquement après qu'il a été établi que le concessionnaire était dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations, alors que le principe à la base de l'alinéa était de permettre

la résiliation dès qu'il devenait raisonnablement certain que le concessionnaire serait dans l'incapacité d'exécuter ses obligations. Il était important de garder le libellé actuel afin de permettre à l'autorité contractante de résilier la concession suffisamment tôt pour pouvoir trouver un autre moyen d'assurer la fourniture du service public.

345. La Commission a adopté la recommandation 62.

*Recommandation 63*

346. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"Le concessionnaire devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet dans des cas exceptionnels spécifiés dans la loi, tels que les suivants:

*a)* Défaillance grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique dans l'exécution de ses obligations conformément à l'accord de projet;

*b)* Exécution des obligations du concessionnaire rendue sensiblement plus onéreuse en raison d'ordres de modifications ou d'autres actes de l'autorité contractante, de changements imprévus des conditions ou d'actes d'autres autorités publiques, et absence de convention entre les parties sur une révision appropriée de l'accord de projet."

347. Il a été suggéré de remanier la recommandation afin de tenir compte du fait que, du moins dans certains systèmes juridiques, le droit du concessionnaire de résilier l'accord de projet était fondé sur des motifs autres et plus restreints que celui de l'autorité contractante de résilier la concession. La Commission a rejeté la suggestion, car elle estimait que l'étendue du droit du concessionnaire de résilier l'accord de projet (par rapport au droit équivalent de l'autorité contractante) était suffisamment bien expliquée dans les notes relatives aux recommandations (A/CN.9/471/Add.6, par. 28).

348. La Commission a adopté la recommandation 63.

*Recommandation 64*

349. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'une ou l'autre des parties devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties devraient en outre avoir le droit de résilier l'accord de projet par consentement mutuel."

350. La Commission a adopté la recommandation 64.

*Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet*

*Recommandation 65*

351. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait indiquer les critères permettant de fixer, selon qu'il convient, l'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit pour des actifs transférés à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire ou achetés par l'autorité contractante à l'expiration ou lors de la résiliation de l'accord de projet."

352. La Commission a adopté la recommandation 65.

*Recommandation 66*

353. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait spécifier les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation de l'accord de projet, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application de l'accord de projet et les dommages-intérêts pour préjudice subi, y compris pour manque à gagner."

354. La Commission a adopté la recommandation 66.

*Recommandation 67*

355. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait indiquer, selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

*a)* Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;

*b)* La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;

*c)* La prestation, par le concessionnaire, des services d'exploitation et de maintenance et la fourniture de pièces détachées, si besoin est, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire."

356. La Commission a adopté la recommandation 67.

## CHAPITRE VI. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

*Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire*

*Recommandation 68*

357. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait être libre de convenir de mécanismes de règlement des différends considérés par les parties comme adaptés aux besoins du projet, y compris l'arbitrage."

358. On a proposé de supprimer les mots "y compris l'arbitrage", car l'arbitrage n'était qu'un des mécanismes de règlement des différends et il ne devrait pas être cité

séparément dans la recommandation. Cette proposition et ce raisonnement ont recueilli un soutien considérable. Toutefois, le maintien des mots dans la recommandation a également bénéficié d'un vif appui, car l'arbitrage primordial pour le règlement des différends internationaux était la seule méthode extrajudiciaire contraignante que les investisseurs dans les projets d'infrastructure à financement privé demandaient habituellement. La recommandation a également été jugée nécessaire du fait qu'un certain nombre de pays étaient en train de modifier leur législation afin d'autoriser les autorités contractantes à recourir à l'arbitrage dans les projets d'infrastructure à financement privé. Il a en outre été proposé de préciser que la liberté d'accepter l'arbitrage impliquait également celle d'accepter une procédure arbitrale dans un pays autre que le pays hôte.

359. Après avoir évalué les divers arguments et afin de présenter un texte équilibré illustrant les différentes opinions, la Commission, tenant compte également des explications fournies dans les notes (A/CN.9/471/Add.7, par. 30 à 38), a décidé de supprimer les mots "y compris l'arbitrage". Cependant, afin de témoigner de l'importance de l'arbitrage dans les projets d'infrastructure à financement privé internationaux, elle a décidé de remanier la troisième phrase du paragraphe 30 des notes comme suit: "Les investisseurs privés et les prêteurs préfèrent, voire demandent souvent cette procédure, notamment dans un pays autre que le pays hôte." Dans la même recommandation, la Commission a également remanié l'expression "considérés par les parties comme adaptés" comme suit: "considérés par les parties comme les mieux adaptés".

360. La Commission a décidé d'ajouter, au paragraphe 27 des notes (A/CN.9/471/Add.7), les mots "ou de recourir à une procédure d'arbitrage" après les mots "à accepter volontairement ces recommandations plutôt que de s'en remettre aux tribunaux", ainsi que d'insérer les mots "judiciaire ou d'arbitrage" après les termes "non seulement de la possibilité d'éviter une procédure" et avant les termes "qui risque d'être très longue".

361. La Commission a adopté la recommandation 68, sous réserve de ces modifications.

*Recommandation 68* bis

362. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

> "[La loi devrait indiquer si — et, dans l'affirmative, dans quelle mesure — l'autorité contractante peut opposer l'immunité souveraine, à la fois pour empêcher l'ouverture d'une procédure arbitrale ou judiciaire et comme moyen de défense contre l'application de la sentence ou du jugement.]"

363. La suppression de la recommandation a été largement appuyée. Il a été noté qu'elle soulevait des questions litigieuses qui n'avaient pas encore été réglées dans le cadre du droit international; qu'elle ne répondait pas et ne pouvait répondre à la question de savoir si l'immunité souveraine devait bénéficier d'un traitement général dans la législation ou si elle devait être laissée à la discrétion du pouvoir exécutif; que le problème de l'immunité souveraine devait être examiné par la Sixième Commission de l'Assemblée générale et que l'on ne connaissait pas encore les conclusions de cet examen. Cette proposition a également été rejetée au motif que la recommandation et les notes y relatives ne préconisaient pas une approche législative unifiée ou harmonisée de la question et ne proposaient aucune solution particulière à adopter. La recommandation priait simplement les États de préciser si, et le cas échéant, dans quelle mesure l'autorité contractante pourrait opposer l'immunité souveraine. Cela étant, l'avis qui prédominait était favorable à la suppression de la recommandation 68 *bis*.

364. La Commission s'est ensuite penchée sur les notes accompagnant la recommandation et a accepté la suggestion de remplacer, au paragraphe 36, les mots "ne peuvent pas invoquer l'immunité de l'État souverain" par les mots "peuvent ou ne peuvent pas invoquer l'immunité de l'État souverain" et de déplacer le paragraphe 36 ainsi modifié avant le paragraphe 33. La Commission a rejeté la proposition visant à supprimer la dernière phrase du paragraphe 33.

*Différends entre le concessionnaire et ses prêteurs, sous-traitants et fournisseurs*

*Recommandation 69*

365. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

> "Le concessionnaire devrait être libre de choisir les mécanismes appropriés pour régler les différends commerciaux entre les promoteurs du projet ou entre le concessionnaire et ses prêteurs, sous-traitants, fournisseurs et autres partenaires commerciaux."

366. La Commission a adopté la recommandation 69, sous réserve de l'insertion des mots "et les promoteurs du projet" avant les mots "devrait être libre".

*Différends entre le concessionnaire et ses clients*

*Recommandation 70*

367. Le texte du projet de recommandation était le suivant:

> "Le concessionnaire peut être tenu de prévoir des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les plaintes déposées par ses clients ou les usagers de l'infrastructure."

368. La Commission a adopté la recommandation 70. Pour ce qui est des notes (A/CN.9/471/Add.7, par. 43, notamment les deuxième et troisième phrases), il a été fait observer que même si les prêteurs préféraient souvent le recours à une procédure arbitrale pour régler les différends nés de l'accord de projet, et également de plus en plus pour les litiges entre différents prêteurs, la procédure judiciaire était souvent la méthode choisie pour les différends nés des accords de prêts entre les prêteurs et le concessionnaire. La Commission a prié le secrétariat de remanier le paragraphe afin de tenir compte de ce cas de figure.

### C. Version définitive du Guide législatif

369. Les propositions visant à réorganiser les chapitres du Guide législatif, notamment à fusionner le chapitre VII, "Autres domaines pertinents du droit" (A/CN.9/471/Add.8), et le chapitre premier, "Cadre législatif et institutionnel général" (A/CN.9/471/Add.2), ont reçu un écho très favorable au sein de la Commission, qui a néanmoins décidé de maintenir la structure actuelle.

370. La Commission a décidé que toutes les recommandations concernant la législation devraient figurer avant les notes, plutôt qu'au début de chaque chapitre auquel elles se rapportaient.

371. La Commission a prié le secrétariat de revoir et de réviser, s'il y avait lieu, le texte des notes se rapportant aux recommandations afin de veiller à leur cohérence avec ces dernières, telles qu'elle les avait adoptées, ainsi qu'à l'exactitude et à l'uniformité des différentes versions linguistiques. Elle a invité ses membres ainsi que les observateurs participant à la session à soumettre leurs observations ou suggestions linguistiques directement au secrétariat.

### D. Adoption du Guide législatif

372. À sa 703e séance, le 29 juin 2000, la Commission a adopté le Guide législatif composé des recommandations concernant la législation (A/CN.9/471/Add.9), telles qu'amendées par la Commission à la session en cours (voir par. 195 à 368 ci-dessus), et des notes correspondantes (A/CN.9/471/Add.1 à 8), dont le secrétariat a été autorisé à établir le texte final en tenant compte des délibérations de la Commission. Celle-ci a décidé de faire publier le Guide sous le titre "Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé", et a prié le secrétariat d'en communiquer le texte aux gouvernements et autres organismes intéressés. Elle a également recommandé à tous les États d'en tenir compte lors de la révision ou de l'adoption de tout texte législatif applicable aux projets d'infrastructure à financement privé. Elle a en outre demandé au secrétariat d'en assurer la diffusion la plus large possible.

373. Après l'adoption du Guide législatif, la Commission a entendu une déclaration du représentant de la Commission économique pour l'Europe (CEE), qui l'a félicitée d'avoir mené à bien ce travail, ajoutant que le Guide devrait constituer un outil précieux tant pour les législateurs que pour les décideurs à l'échelon national. Alors qu'au début des années 90 les politiques nationales en matière d'infrastructure avaient privilégié les solutions contractuelles ad hoc, l'importance d'un cadre législatif et réglementaire adéquat pour les projets d'infrastructure à financement privé devenait aujourd'hui de plus en plus évidente. À cet égard, la CEE avait acquis des compétences considérables dans divers domaines, notamment pour ce qui était des aspects économiques, financiers et contractuels, et avait entrepris d'élaborer des principes directeurs en vue d'aider les pouvoirs publics à négocier des accords de projets. Elle était toute disposée à aider le secrétariat de la Commission à diffuser le Guide législatif et à coopérer dans d'autres domaines d'intérêt commun.

374. La Commission a pris note avec intérêt de la déclaration du représentant de la CEE et a remercié cette dernière de la coopération qu'elle proposait d'apporter.

### E. Travaux futurs éventuels dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé

375. Selon un avis, le Guide législatif, tel qu'il se présentait, constituerait une référence utile pour le législateur national lors de l'établissement d'un cadre juridique favorable aux investissements privés dans les infrastructures publiques. Toutefois, il serait souhaitable que la Commission formule des orientations plus concrètes sous forme de dispositions législatives types, voire d'une loi type portant sur des questions spécifiques. Cette proposition avait déjà été formulée au début de l'élaboration du Guide législatif et avait été réitérée à plusieurs reprises. La préférence de la Commission pour un Guide législatif s'était expliquée alors essentiellement par l'absence de consensus sur le choix des questions qui, parmi celles traitées dans le Guide, pourraient donner lieu à des dispositions législatives types. Cependant, au fur et à mesure de l'avancement de ses travaux, la Commission s'était fait une idée plus claire des questions à traiter et des options possibles. Les recommandations qu'elle avait adoptées à la session en cours traduisaient la communauté de vues qui s'était dégagée et constituaient un bon point de départ pour des travaux futurs visant à donner des orientations plus concrètes, dont on avait un besoin urgent, notamment dans les pays à économie en transition et les pays en développement.

376. Ces propositions ont été très favorablement accueillies. Des orientations législatives concrètes sous la forme d'une loi type ou de dispositions législatives types seraient, a-t-on déclaré, particulièrement utiles aux législateurs et aux décideurs des pays qui ne disposaient pas des compétences ou des ressources humaines nécessaires pour analyser en profondeur les diverses questions examinées dans le Guide législatif. Il a aussi été fait remarquer que, sous sa forme actuelle, le Guide était plutôt long et que certaines des recommandations n'étaient pas faciles à reformuler en termes législatifs. Quant au moment approprié pour commencer ces travaux, les avis ont divergé sur la question de savoir si la Commission devait prendre une décision à sa session en cours ou attendre l'achèvement d'autres projets.

377. Les propositions susmentionnées ont également suscité de vives objections. Sur le principe tout d'abord, on a fait valoir qu'il pourrait être difficile, voire peu souhaitable, de formuler des dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé, compte tenu de la diversité des traditions juridiques et des pratiques administratives nationales. En outre, ces projets soulevaient en général des questions juridiques extrêmement complexes, dont certaines touchaient à l'ordre public. Les recommandations avaient été soigneusement élaborées par la Commission afin de tenir compte de cette diversité. Elles étaient le résultat du consensus le plus large auquel il était possible de parvenir sur les questions traitées. On a rappelé à la Commission qu'elle avait par ailleurs un gros volume de travail et que son secrétariat disposait de res-

sources limitées. Elle a donc été instamment priée de ne pas se lancer dans un projet potentiellement long et dont la faisabilité n'était pas garantie.

378. Les autres réserves, même si elles ne remettaient pas en cause, en principe, l'intérêt ou la possibilité d'élaborer une loi type ou des dispositions législatives types, étaient fondées sur la nécessité de tester tout d'abord le Guide législatif dans la pratique avant que soient entrepris d'autres travaux dans le même domaine. On craignait qu'une décision immédiate sur l'élaboration d'une loi type ou de dispositions législatives types ne soit interprétée comme un signe d'insatisfaction de la part de la Commission quant aux travaux qui venaient tout juste d'être achevés. La Commission devrait se donner le temps de suivre l'utilisation qui était faite du Guide législatif par les législateurs et les décideurs nationaux auxquels il était destiné, afin d'être mieux à même de se prononcer sur l'opportunité d'élaborer un nouvel instrument.

379. Après examen des diverses opinions exprimées, il a été décidé que la Commission devrait étudier l'intérêt et la possibilité de l'élaboration d'une loi type ou de dispositions législatives types sur certaines questions traitées dans le Guide à sa trente-quatrième session en 2001. Afin d'aider la Commission à prendre une décision en toute connaissance de cause, il a été convenu qu'il serait souhaitable que le secrétariat, en coopération avec d'autres organisations ou institutions financières internationales intéressées, organise un colloque en vue de diffuser des informations sur le Guide. Les participants au colloque, parmi lesquels devraient figurer, dans la mesure du possible, des experts des divers systèmes économiques et juridiques représentés à la Commission, devraient être invités à formuler des recommandations sur l'intérêt, et surtout sur la possibilité d'élaborer une loi type ou des dispositions législatives types dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, pour examen par la Commission à sa trente-quatrième session. Au cas où la tenue de ce colloque serait impossible, le secrétariat a été prié de solliciter sur cette question les avis d'experts extérieurs représentant, dans toute la mesure possible, les divers systèmes juridiques et économiques représentés à la Commission et d'établir un rapport sur les conclusions de ses consultations avec ces experts pour examen par la Commission à sa trente-quatrième session.

## V. COMMERCE ÉLECTRONIQUE

### A. Projet de règles uniformes sur les signatures électroniques

380. Il a été rappelé qu'à sa trentième session, en 1997, la Commission avait fait siennes les conclusions auxquelles était parvenu le Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente et unième session concernant la question de savoir s'il était souhaitable et possible d'élaborer des règles uniformes relatives aux signatures numériques et aux autorités de certification, et éventuellement à différentes questions connexes (voir A/CN.9/437, par. 156 et 157). La Commission a chargé le Groupe de travail de préparer des règles uniformes sur les questions juridiques liées aux signatures numériques et aux autorités de certification[6]. Le Groupe de travail a entamé l'élaboration de règles uniformes concernant les signatures électroniques à sa trente-deuxième session, en janvier 1998, sur la base d'une note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.73). À sa trente et unième session, en 1998, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail (A/CN.9/446). Elle a noté que ce dernier 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. Toutefois, elle a estimé, dans l'ensemble, que les progrès accomplis jusque-là 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, et a noté avec satisfaction que le Groupe de travail était désormais généralement considéré comme un forum international particulièrement important pour les échanges de vues sur les problèmes juridiques du commerce électronique et la recherche des solutions correspondantes[7].

381. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux à ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (tenues respectivement en juillet 1998 et février 1999) sur la base de notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76, 79 et 80). À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ces deux sessions (A/CN.9/454 et A/CN.9/457, respectivement). Ses membres se sont généralement accordés à penser que des progrès sensibles avaient été faits lors de ces deux sessions dans la compréhension des questions juridiques liées aux 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 devaient être fondées. Après un débat, la Commission a réaffirmé ses décisions précédentes quant à la faisabilité de la rédaction de telles règles et s'est déclarée certaine que le Groupe de travail progresserait encore dans ses travaux à ses sessions futures. Bien que ne lui ayant pas donné de délai précis pour s'acquitter de sa tâche, la Commission l'a instamment prié de s'employer à terminer le plus vite possible ses travaux. Toutes les délégations ont été exhortées à rechercher de nouveau activement un consensus concernant l'objet et la teneur du projet de règles uniformes[8].

382. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux à ses trente-cinquième et trente-sixième sessions (tenues respectivement en septembre 1999 et février 2000) sur la base de notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.82 et 84). À la session en cours, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ces deux sessions (A/CN.9/465 et A/CN.9/467, respectivement). Il a été indiqué qu'à sa trente-sixième session le Groupe de travail avait adopté le texte des articles premier et 3 à 12.

[6]Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 249 à 251 et Corr.1.

[7]Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 207 à 211.

[8]Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 308 à 314.

Certaines questions restaient à clarifier comme suite à la décision prise par le Groupe de travail de supprimer du projet de règles uniformes la notion de signature électronique renforcée. On a exprimé la crainte qu'il soit nécessaire, en fonction des décisions que prendrait le Groupe concernant les articles 2 et 13, de réexaminer les autres dispositions pour éviter que la norme établie dans les règles uniformes ne s'applique de la même façon aux signatures électroniques garantissant un niveau de sécurité élevé et aux certificats de moindre valeur susceptibles d'être utilisés dans les communications électroniques et n'étant pas destinés à produire d'effet juridique important.

383. À l'issue du débat, la Commission a félicité le Groupe de travail pour l'effort qu'il avait fourni et les progrès qu'il avait faits dans la rédaction du projet de règles uniformes sur les signatures électroniques. Elle l'a instamment prié de terminer ses travaux à sa trente-septième session et d'examiner le projet de guide pour l'incorporation des règles uniformes que devait établir le secrétariat.

### B. Travaux futurs dans le domaine du commerce électronique

384. La Commission a procédé à un échange de vues préliminaire sur les travaux futurs dans le domaine du commerce électronique. On a proposé trois sujets sur lesquels il serait souhaitable et possible qu'elle entreprenne des travaux. Le premier concernait les contrats électroniques du point de vue de la convention des Nations Unies sur les ventes, qui, de l'avis général, constituait un cadre facilement acceptable pour les contrats en ligne portant sur la vente de marchandises. On a fait observer qu'il serait peut-être nécessaire, par exemple, d'effectuer des études supplémentaires pour déterminer dans quelle mesure il serait possible de partir de la convention des Nations Unies sur les ventes pour rédiger des règles uniformes qui régiraient les opérations concernant des services ou des "biens virtuels", c'est-à-dire des produits (tels que des logiciels) qui pouvaient être achetés et livrés dans le cyberespace. Selon l'avis de nombreuses délégations, il faudrait tenir dûment compte, ce faisant, de travaux d'autres organisations internationales telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

385. Le deuxième sujet avait trait au règlement des différends. Il a été noté que le Groupe de travail sur l'arbitrage avait déjà commencé à examiner de quelle manière il pourrait être nécessaire de modifier ou d'interpréter les instruments juridiques de caractère législatif en vigueur afin d'autoriser l'utilisation de documents électroniques et, en particulier, de supprimer des conditions actuelles concernant la forme écrite des conventions d'arbitrage. De l'avis général, on pourrait entreprendre des travaux plus approfondis pour déterminer si des règles spécifiques étaient nécessaires pour faciliter l'utilisation accrue de mécanismes en ligne de règlement des différends. À cet égard, il a été proposé d'accorder une attention particulière aux moyens de mettre à la disposition aussi bien des consommateurs que des commerçants des techniques de règlement des différends telles que l'arbitrage et la conciliation. Il a été largement estimé que le recours croissant au commerce électronique tendait à faire disparaître la distinction entre consommateurs et commerçants. On a toutefois rappelé que dans un certain nombre de pays le recours à l'arbitrage pour le règlement de différends auxquels des consommateurs étaient parties était limité pour des raisons d'ordre public et qu'il pourrait donc être difficile pour des organisations internationales d'entreprendre un travail d'harmonisation dans ce domaine. On a également estimé qu'il faudrait prendre en considération les travaux menés par d'autres organisations telles que la Chambre de commerce internationale (CCI), la Conférence de La Haye de droit international privé et l'OMPI, qui s'occupait très activement du règlement des différends concernant les noms de domaines génériques sur Internet.

386. Le troisième sujet avait trait à la dématérialisation des titres représentatifs, en particulier dans l'industrie des transports. Il a été proposé que des travaux soient entrepris pour évaluer l'opportunité et la faisabilité de l'établissement d'un cadre législatif uniforme visant à appuyer le développement des arrangements contractuels actuellement mis au point pour remplacer par des messages électroniques les connaissements traditionnels sur papier. De nombreuses délégations ont estimé que de tels travaux ne devraient pas être limités aux connaissements maritimes mais s'étendre à d'autres modes de transport. Une telle étude pourrait aller plus loin et aborder les questions relatives aux sûretés dématérialisées. On a fait observer qu'il faudrait également suivre les travaux d'autres organisations internationales dans ces domaines.

387. À l'issue du débat, la Commission a accueilli favorablement la proposition tendant à entreprendre des études sur ces trois sujets. Bien qu'aucune décision sur l'ampleur des travaux futurs ne puisse être prise avant que le Groupe de travail sur le commerce électronique ait examiné la question, les membres de la Commission sont généralement convenus que, lorsqu'il aurait terminé son travail en cours, à savoir l'élaboration d'un projet de règles uniformes sur les signatures électroniques, le Groupe de travail devrait, dans le cadre de sa fonction consultative générale concernant les questions relatives au commerce électronique, examiner, à sa première réunion, en 2001, une partie ou la totalité des sujets susmentionnés, ainsi que tout autre, afin de formuler des propositions plus précises sur les travaux que la Commission pourrait envisager. Il a été convenu que le Groupe de travail pourrait être amené à étudier plusieurs sujets en parallèle, et à procéder à un examen préliminaire de la teneur d'éventuelles règles uniformes sur certains aspects des sujets susmentionnés.

388. La Commission a insisté tout particulièrement sur la nécessité d'assurer une coordination entre les travaux des diverses organisations internationales concernées. Étant donné le développement rapide du commerce électronique, un nombre considérable de projets pouvant avoir un impact sur ce secteur étaient actuellement envisagés ou entrepris. Le secrétariat a été prié de mener les activités de suivi appropriées et de faire rapport à la Commission sur la manière dont il s'acquitterait de sa fonction de coordination pour éviter des chevauchements et assurer une harmonie dans la rédaction de ces divers projets. Le commerce

électronique était généralement considéré comme l'un des domaines où la CNUDCI pouvait être particulièrement utile à la communauté internationale en jouant le rôle de coordonnateur que lui avait confié l'Assemblée générale, et le Groupe de travail ainsi que le secrétariat devraient donc accorder à ce domaine toute l'attention voulue.

## VI. RÈGLEMENT DES LITIGES COMMERCIAUX

389. À sa trente et unième session, la Commission avait 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 avaient participé à cette manifestation. La déclaration d'ouverture avait été prononcée par le Secrétaire général. En sus des discours d'anciens participants à la conférence diplomatique ayant adopté la convention, d'éminents spécialistes de l'arbitrage avaient présenté des exposés sur des questions telles que la promotion de la convention, son adoption et son application. Des exposés avaient 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[9].

390. Dans les exposés présentés lors de cette conférence, diverses propositions avaient 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. 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, avait considéré qu'il serait utile d'examiner les travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage à sa trente-deuxième session, en 1999, et avait prié le secrétariat d'établir une note qui servirait de base à ses débats[10].

391. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission était saisie de la note demandée, intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (document A/CN.9/460)[11]. Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer davantage le droit de l'arbitrage commercial international, elle a jugé dans l'ensemble que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales 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[12].

392. Lorsque la Commission a débattu du sujet, elle n'a pas tranché la question de savoir quelle forme prendraient en définitive ses travaux futurs. Il a été convenu que les décisions quant à cette question devraient être prises ultérieurement lorsque la teneur des solutions proposées serait plus claire. Des dispositions uniformes pourraient ainsi prendre la forme d'un texte législatif (par exemple, des dispositions législatives types ou un traité) ou d'un texte non législatif (par exemple, des règles contractuelles types ou un guide de pratique). Il a été souligné que, même si l'on envisageait 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)[13].

393. La Commission a confié la tâche à l'un de ses trois groupes de travail, qu'elle a appelé Groupe de travail sur l'arbitrage, et a décidé que ce dernier devrait examiner en priorité la conciliation[14], la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage[15], la force exécutoire des mesures conservatoires[16] et la possibilité d'exécution d'une sentence annulée dans l'État d'origine[17].

394. À sa session en cours, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage, qui avait tenu sa trente-deuxième session à Vienne du 20 au 31 mars 2000 (A/CN.9/468).

395. La Commission a pris note avec satisfaction du rapport et s'est déclarée satisfaite du travail accompli à ce jour. Il a été fait diverses observations selon lesquelles les travaux sur les points inscrits à l'ordre du jour du Groupe de travail étaient opportuns et nécessaires pour améliorer la sécurité juridique et la prévisibilité dans le recours à l'arbitrage et à la conciliation dans le commerce international. Le Groupe de travail avait non seulement examiné les questions dont il avait été chargé à titre prioritaire, mais avait également recensé un certain nombre d'autres sujets ayant différents niveaux de priorité, et qu'il avait été proposé d'inclure dans les travaux futurs (A/CN.9/468, par. 107 à 109). La Commission a réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter ces sujets.

---

[9] *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).

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

[11] Cette note se fondait sur les idées, suggestions et observations présentées dans différents contextes, notamment la Journée de la Convention de New York (*L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York*, op. cit.); le Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial, Paris, 3-6 mai 1998 (*Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 9*, Kluwer Law International, 1999); et d'autres conférences et réunions internationales telles que la Conférence Freshfields de 1998 de Gerold Herrmann, "Does the world need additional uniform legislation on arbitration?" (*Arbitration International*, vol. 15 (1999), n° 3, p. 211).

[12] Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.

[13] Ibid., par. 337 à 376 et par. 380.

[14] Ibid., par. 340 à 343.

[15] Ibid., par. 344 à 350.

[16] Ibid., par. 371 à 373.

[17] Ibid., par. 374 et 375.

396. Il a été déclaré à plusieurs reprises que, dans l'ensemble, en décidant des priorités des futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les questions où des décisions judiciaires ont laissé une situation juridique incertaine ou qui laisse à désirer. Les sujets mentionnés par la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier en tant que tel, étaient la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention de New York de 1958 (A/CN.9/468, par. 109 *k*); les demandes aux fins de compensation dans les procédures arbitrales et la compétence du tribunal d'arbitrage pour ce qui est de ces demandes (par. 107 *g*); la liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par des personnes de leur choix (par. 108 *c*); le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder l'*exequatur* nonobstant l'existence d'un des motifs de refus énumérés à l'article V de la Convention de New York de 1958 (par. 109 *i*); et le pouvoir du tribunal d'arbitrage d'accorder des intérêts (par. 107 *j*). Il a été noté avec satisfaction qu'en ce qui concerne les arbitrages "en ligne" [à savoir les arbitrages dans lesquels des parties importantes, voire l'intégralité, de l'instance avaient lieu au moyen de communications électroniques (par. 113)] le Groupe de travail sur l'arbitrage collaborerait avec le Groupe de travail sur le commerce électronique. S'agissant de la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine (par. 107 *m*), on a estimé que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que le droit jurisprudentiel qui en était à l'origine ne devrait pas être considéré comme une tendance.

397. La Commission a entendu des déclarations d'observateurs formulées au nom du Chartered Institute of Arbitrators et de l'Union internationale des avocats. Après avoir félicité la Commission pour ses travaux sur l'arbitrage et la conciliation et fait des observations sur divers points examinés par le Groupe de travail, ils ont offert de participer à ces travaux. La Commission a pris acte de ces déclarations en les remerciant.

398. La Commission a pris note du paragraphe 115 du rapport du Groupe de travail sur les conclusions du Groupe consultatif de la Commission économique pour l'Europe (CEE) pour la convention européenne sur l'arbitrage commercial international. Le Groupe consultatif a notamment conclu que la convention (Genève, 1961): *a)* restait utile; *b)* était d'une utilité plus large que celle des conventions en vigueur (en particulier en tant qu'ensemble de normes minimales à observer dans le cadre de l'arbitrage international); et *c)* pourrait être encore plus utile, pour les États contractants existants ou potentiels, si elle était mise à jour. La Commission a également pris acte de la recommandation du Groupe consultatif de modifier l'article IV de la convention et l'Arrangement relatif à l'application de la convention européenne sur l'arbitrage commercial international et a noté qu'aucun consensus ne s'était dégagé sur la question de savoir si d'autres modifications devraient être apportées à la convention.

399. La Commission a préconisé une coordination entre le Groupe de travail sur l'arbitrage et le Groupe consultatif de la CEE. Elle était d'avis que les travaux de la CEE ne devaient pas faire double emploi avec ceux menés à l'échelle mondiale par la Commission. Elle estimait également que les questions découlant de la convention européenne, outre celles évoquées à l'article IV, présentaient un intérêt universel et que si l'on parvenait à la conclusion qu'elles devaient être examinées à l'échelon international la Commission, compte tenu de sa représentation et de sa tradition universelles dans le domaine de l'arbitrage commercial international, était l'instance adaptée pour entreprendre ces travaux, en coopération avec la CEE. La Commission a invité ses États membres et les États observateurs à coordonner au sein de leurs gouvernements respectifs les travaux de leurs délégués dans les deux organisations chargées d'examiner l'arbitrage commercial international.

## VII. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

400. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission avait été 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 juridiques 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 solides 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.

401. La Commission s'était félicitée de cette proposition. Elle avait noté que divers projets avaient été entrepris par d'autres organisations internationales, telles que le Fonds monétaire international (FMI), la Banque mondiale et l'Association internationale du barreau dans le domaine de l'élaboration de normes et de principes pour les régimes d'insolvabilité. 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 coordination, s'il y avait lieu, entre ces diverses initiatives, afin d'éviter les doubles emplois et d'arriver à des résultats cohérents.

402. La Commission s'est déclarée consciente de l'importance pour tous les pays de disposer de régimes solides en matière d'insolvabilité. Il a été estimé que 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. Il ne serait très probablement pas possible d'élaborer une loi type universellement acceptable, et 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 à une étude plus approfondie des travaux déjà entrepris par d'autres organisations et sans avoir examiné toutes les questions pertinentes.

403. Afin de faciliter cette étude, la Commission a décidé 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 type de texte) et à la délimitation du champ des questions qui seraient incluses dans ce produit. 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 largement admis que davantage de travaux étaient requis pour promouvoir l'élaboration et l'adoption de régimes nationaux efficaces en matière d'insolvabilité des sociétés[18]. Conformément à cette décision, le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité a tenu une session exploratoire à Vienne du 6 au 17 décembre 1999.

404. À sa trente-troisième session, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-deuxième session (A/CN.9/469).

405. Il a été noté que le Groupe de travail avait examiné les principaux objectifs d'un régime d'insolvabilité ainsi qu'un certain nombre de caractéristiques de base d'un régime d'insolvabilité national. Il avait ensuite étudié les diverses formes que pourrait prendre un instrument que la Commission pourrait décider d'établir, telles qu'une étude comparative, un guide présentant les pratiques et les choix de politique générale, un guide législatif fondé sur une démarche similaire à celle adoptée pour le Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé et des dispositions législatives types. Il a été noté par ailleurs que les membres du Groupe s'étaient accordés sur le fait qu'une solution universelle adaptée à tous ne serait ni possible ni souhaitable, mais qu'il fallait néanmoins adopter une approche législative (A/CN.9/469, par. 125 à 134).

406. La Commission a accueilli avec satisfaction le rapport du Groupe de travail sur l'insolvabilité. De l'avis général, une loi type unique dans ce domaine n'était ni possible ni nécessaire. Elle n'était pas possible parce que les lois nationales étaient fondées sur des approches divergentes et traduisaient des choix différents des pouvoirs publics dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Il était donc irréaliste de penser qu'il serait possible de parvenir à un accord sur un modèle unique et universel. Il n'était par ailleurs pas nécessaire de promouvoir un tel modèle puisqu'il était plus important pour la facilitation du commerce international d'avoir un régime d'insolvabilité cohérent et prévisible qu'un régime uniforme.

407. La Commission a pris note des débats du Groupe de travail concernant la nécessité éventuelle d'élaborer un texte à caractère législatif régissant les procédures d'insolvabilité informelles, y compris les restructurations extrajudiciaires, ce qui comprendrait également la possibilité de lier les créanciers dissidents (A/CN.9/469, par. 105 à 121). Des réserves ont été exprimées au sein de la Commission concernant la proposition d'élaborer un tel régime. On a fait valoir que l'absence de formalité et la souplesse étaient d'importantes caractéristiques des négociations visant à permettre une restructuration extrajudiciaire et que soumettre un tel processus informel à l'examen d'un tribunal ou d'un autre organisme pourrait indûment le perturber. Il a été déclaré par ailleurs que la meilleure façon de promouvoir les procédures de restructuration extrajudiciaire était de mettre au point un régime efficace pour les procédures d'insolvabilité formelles et judiciaires. Il a donc été proposé d'associer tous travaux sur la restructuration extrajudiciaire à des travaux de modernisation des régimes nationaux d'insolvabilité, ce qui les placerait dans un contexte plus large.

408. Plusieurs délégations ont mentionné que diverses organisations internationales travaillaient (en adoptant différents points de vue et sans axer nécessairement leurs travaux sur les mêmes questions) à la modernisation des régimes nationaux d'insolvabilité. Il s'agissait notamment de la Banque mondiale, du FMI, de la Banque asiatique de développement, de l'Association internationale des praticiens de l'insolvabilité (INSOL International) et du Comité J de l'Association internationale du barreau. Si la Commission donnait pour mandat au Groupe de travail de poursuivre ses travaux, il faudrait tenir compte, lors de l'établissement des documents qui lui étaient destinés, des vues et des résultats des travaux de ces organisations. Il a donc été proposé d'organiser un colloque (analogue au Colloque CNUDCI/INSOL tenu à Vienne en 1994, qui avait précédé les travaux ayant conduit à l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (A/CN.9/398). INSOL International et le Comité J de l'Association internationale du barreau ont offert, par l'intermédiaire de leurs représentants, de coopérer avec le secrétariat pour l'organisation d'un tel colloque avant la prochaine session du Groupe de travail, de manière à faciliter les débats de ce dernier.

409. La Commission a pris note de la recommandation que le Groupe de travail avait formulée dans son rapport (A/CN.9/398, par. 140) et l'a faite sienne, en lui donnant pour mandat de présenter un exposé détaillé des principaux objectifs et des caractéristiques essentielles d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers, où serait examinée notamment la

[18]Ibid., par. 381 à 385.

restructuration extrajudiciaire ainsi qu'un guide législatif proposant des approches souples pour la réalisation de ces objectifs et la concrétisation de ces caractéristiques, et analysant d'autres solutions possibles ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients. Un guide législatif analogue à celui qu'avait adopté la Commission pour les projets d'infrastructure à financement privé serait utile et pourrait contenir des dispositions législatives types, le cas échéant. Il a été convenu que le Groupe de travail devrait, ce faisant, tenir dûment compte des travaux entrepris ou achevés par d'autres organisations, y compris le FMI, la Banque mondiale, la Banque asiatique de développement, INSOL International et l'Association internationale du barreau. Il a été noté que pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat organiserait un colloque avant la prochaine session du Groupe de travail en coopération avec INSOL International et l'Association internationale du barreau, qui avaient proposé leur aide.

## VIII. SUIVI DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958

410. 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)[19]. 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.

411. Au début de la trente-troisième session de la Commission, le secrétariat avait reçu des réponses de 59 États (sur les 121 actuellement parties à la convention).

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

## IX. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX TEXTES DE LA CNUDCI

413. 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). Elle a noté que ce système constituait un moyen très 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.

414. La Commission a exprimé sa reconnaissance aux correspondants nationaux pour leur précieux travail de collecte des décisions judiciaires et sentences arbitrales et de préparation de résumés. Elle a aussi remercié le secrétariat pour son travail de compilation, d'édition, de publication et de distribution de ces résumés. Il a été noté qu'alors que 62 États avaient nommé des correspondants nationaux 26 autres ne l'avaient pas encore fait. Ces derniers étaient habilités à procéder à une telle nomination, soit parce qu'ils étaient parties à une convention de la CNUDCI en vigueur, soit parce qu'ils avaient adopté une législation fondée sur une loi type de la CNUDCI. Notant qu'il importait que tous les États soumettent des rapports uniformes, la Commission a prié instamment ceux qui ne l'avaient 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.

415. 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 sensiblement augmenté. On a exprimé la crainte que, du fait de l'augmentation résultant du nombre de décisions fondées sur ces textes, la collecte et la diffusion de la jurisprudence ne soient compromises sans un accroissement sensible des ressources financières et humaines du secrétariat de la Commission.

## X. DROIT DES TRANSPORTS

416. Il a été rappelé qu'à sa vingt-neuvième session, en 1996, la Commission avait prié le secrétariat de centraliser les informations, idées et opinions quant aux problèmes qui se posaient dans la pratique et quant aux solutions possibles à ces problèmes. Il devrait recueillir des informations auprès d'un grand nombre de sources, à savoir, outre les gouvernements, les organisations internationales représentant les secteurs commerciaux pratiquant le transport de marchandises par mer, comme le Comité maritime international (CMI), la CCI, 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[20].

417. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission a entendu une déclaration faite au nom du Comité maritime international dans laquelle celui-ci se félicitait de

[19]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.

[20]Ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 210 à 215.

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[21]. La Commission a fermement approuvé les travaux préparatoires entrepris par le Comité maritime international et le secrétariat. Elle a remercié le Comité d'avoir accepté de se lancer dans ce projet d'envergure, pour lequel aucun précédent ou presque n'existait au niveau international; elle espérait être informée des progrès accomplis et pouvoir examiner les opinions et suggestions qui seraient formulées[22].

418. À la trente-deuxième session de la Commission en 1999, 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, 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 d'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.

419. À la même session, 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[23].

420. À la session en cours, la Commission était saisie d'un rapport du Secrétaire général intitulé "Droit des transports: travaux futurs possibles" (A/CN.9/476), qui présentait l'état d'avancement des travaux réalisés par le CMI en coopération avec le secrétariat de la Commission. Elle a également entendu un rapport oral fait au nom du CMI. Le groupe de travail du CMI avait entrepris, en coopération avec le secrétariat de la Commission, d'organiser une vaste enquête sur la base d'un questionnaire couvrant un grand nombre de systèmes juridiques adressé aux organisations membres du CMI. Parallèlement, plusieurs tables rondes ont été organisées en vue d'examiner les principaux aspects des travaux futurs avec des organisations internationales représentant diverses industries. Ces réunions ont permis de témoigner du soutien continu et de l'intérêt toujours aussi vif des industries pour le projet.

421. Une fois reçues les réponses au questionnaire, le CMI a créé 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 ainsi que les premières conclusions auxquelles on était parvenu concernant les domaines du droit qui devaient être mieux harmonisés, laissaient supposer que ce projet pourrait, à terme, déboucher sur un instrument d'harmonisation universellement acceptable.

422. Lors des débats du sous-comité du CMI, il a été noté que, bien que les connaissements étaient encore utilisés, en particulier lorsqu'un document négociable était exigé, le transport effectif par mer représentait parfois uniquement une petite partie du transport international des marchandises. Dans le commerce conteneurisé, même un connaissement port à port impliquerait, à un moment ou à un autre, une réception et une livraison non directement liées au chargement ou au déchargement du navire. En outre, dans la plupart des cas, il n'était pas possible de prendre livraison le long du navire. Par ailleurs, dans le transport multimodal, il y avait souvent des écarts entre les régimes obligatoires s'appliquant aux divers modes de transport concernés. Il avait été proposé, par conséquent, d'examiner également, lors de l'élaboration d'un régime international harmonisé couvrant les relations entre les parties au contrat de transport pendant toute la période où les marchandises étaient sous la garde du transporteur, les questions qui se posaient concernant des activités faisant partie intégrante du transport convenu par les parties et effectuées avant et après le déchargement, ainsi que les questions qui se posaient en cas de transport multimodal. Par ailleurs, si au départ les travaux étaient censés porter essentiellement sur les domaines du droit régissant le transport de marchandises qui n'étaient pas déjà visés par un accord international, on s'était de plus en plus rendu compte que l'actuel projet, qui a une assez large assise, devrait inclure également l'actualisation du régime de responsabilité qui servirait à compléter les dispositions de l'instrument d'harmonisation proposé.

423. La Commission a pris note avec satisfaction du rapport du Secrétaire général (A/CN.9/476) et s'est félicitée du rapport oral fait au nom du CMI sur les travaux préliminaires accomplis jusqu'à présent.

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

[22]Ibid., par. 266.

[23]Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 418.

424. Certains ont déclaré que le moment était venu de s'employer à harmoniser la législation en matière de transport de marchandises par mer, que les divergences croissantes dans le domaine du transport international de marchandises étaient une source de préoccupation et qu'il était nécessaire de donner une certaine base juridique aux pratiques modernes en matière de contrats et de transports. Le transport de marchandises par mer s'inscrivait de plus en plus dans le cadre d'opérations d'entrepôt à entrepôt, et il convenait d'en tenir compte lors de la recherche de solutions futures. La nécessité de ne pas se limiter aux questions liées à la responsabilité et d'aborder les contrats de transport de manière à faciliter les opérations d'import-export, notamment les rapports entre le vendeur et l'acheteur (et les acheteurs subséquents, le cas échéant), ainsi que les rapports entre les parties à la transaction commerciale et celles assurant le financement, a reçu un écho favorable. Il a été admis qu'une approche aussi large supposerait un réexamen des règles régissant la responsabilité en cas de perte des marchandises ou de dommages causés à celles-ci.

425. Il a été fait observer que les travaux de certaines organisations régionales, telles que l'Organisation des États américains et la CEE, examinaient actuellement des questions relatives au droit des transports. Il a été estimé que les textes déjà élaborés par ces organisations seraient utiles aux travaux de la Commission et que les travaux de ces organisations seraient facilités par des textes d'application universelle devant être élaborés par la Commission. Il a été signalé que la CEE examinait actuellement la question de savoir si elle devait entreprendre des travaux sur des règles uniformes pour le transport multimodal de marchandises. On a craint que, si ces travaux devaient être entrepris par une organisation dans laquelle toutes les régions du monde n'étaient pas représentées, cela n'entraverait les efforts faits en vue de l'élaboration d'un régime universellement applicable. On a exprimé l'espoir que les organisations concernées coordonneraient leurs travaux afin d'éviter les chevauchements et que les États garderaient à l'esprit la nécessité, au sein de leurs propres administrations, de coordonner les travaux de leurs délégués dans ces organisations.

426. La Commission a pris acte du fait que le secrétariat organisait, en coopération avec le CMI, un Colloque sur le droit des transports qui se tiendrait le 6 juillet 2000 dans le cadre de la session actuelle de la Commission. L'objectif de ce colloque était de rassembler des idées et des avis d'experts sur des problèmes soulevés par le transport international de marchandises, en particulier le transport de marchandises par mer, et d'inclure ces informations dans le rapport qui doit être présenté à la Commission à sa trente-quatrième session en 2001.

427. La Commission s'est félicitée des progrès accomplis depuis sa trente-deuxième session. Elle s'est également félicitée de la coopération fructueuse entre le CMI et le secrétariat. Certains ont déclaré qu'il était nécessaire tout au long des travaux préparatoires d'associer les autres organisations concernées, notamment celles représentant les intérêts des propriétaires de la cargaison. Il a été souligné que c'était seulement en s'assurant la coopération de toutes les industries intéressées à toutes les étapes des travaux préparatoires que l'on pouvait espérer élaborer un régime qui serait à la fois largement acceptable et applicable rapidement. La Commission a prié le secrétariat de continuer de coopérer activement avec le CMI afin de lui présenter, à sa prochaine session, un rapport qui cernerait les points du droit des transports que la Commission pourrait examiner lors de travaux futurs et, dans la mesure du possible, proposerait également des solutions possibles.

## XI. APPROBATION DE TEXTES D'AUTRES ORGANISATIONS: INCOTERMS 2000, RPIS 98 ET RUCB

428. La Commission était saisie de trois rapports du Secrétaire général la priant d'approuver: *a)* les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98); *b)* les Règles uniformes pour les "contract bonds" (RUCB); et *c)* les Incoterms 2000 (A/CN.9/477, 478 et 479, respectivement).

429. Il a été rappelé qu'à sa trente-deuxième session la Commission avait été priée par l'Institute of International Banking Law and Practice d'envisager de recommander l'utilisation universelle des Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98) telles qu'approuvées par la Commission de technique et pratiques bancaires. La Commission avait également été priée par le Secrétaire général de la CCI de reconnaître et d'approuver officiellement les Règles uniformes pour les "Contract Bonds" (RUCB). Pour examiner ces demandes, la Commission était saisie du texte des RPIS 98 (A/CN.9/459) et des RUCB (A/CN.9/459/Add.1). Toutefois, même si plusieurs délégations ont exprimé le souhait d'approuver le texte des RPIS 98 et des RUCB à cette session, certaines ont indiqué que, les retards dans la publication des documents contenant les RUCB les ayant empêchées de mener à bien les consultations nécessaires, elles ne souhaitaient pas approuver ce texte à cette session. La Commission a donc dû, à regret, reporter l'approbation à la trente-troisième session[24].

430. Lors de la trente-troisième session, comme cela avait déjà été le cas à la trente-deuxième session, on a souligné 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. 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. 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.

[24]Ibid., par. 422 à 425.

431. La Commission s'est félicitée de l'occasion qui s'offrait à elle de resserrer sa coopération avec la CCI. On a rappelé qu'elle avait approuvé les Incoterms 1990 à sa vingt-cinquième session, en 1992[25], et les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 500) à sa vingt-septième session, en 1994[26]. Même si on s'est accordé à reconnaître que la qualité technique des RPIS 98 et des RUCB en faisait des instruments dignes d'être plus largement diffusés et utilisés, certains se sont interrogés sur la signification de l'approbation de ces instruments par la Commission. Il a été souligné que, dans un certain nombre de pays, certaines dispositions des RPIS 98 n'étaient pas conformes à la législation en vigueur, qui ne reconnaissait pas forcément, par exemple, le rôle des lettres de crédit stand-by en tant que garanties indépendantes. À cet égard, certains intervenants ont souligné que la notion d'"approbation" ne devait pas être interprétée comme signifiant que, une fois "approuvés", les instruments dans leur totalité deviendraient automatiquement applicables dans tous les pays.

432. En conséquence, il a été convenu que, dans le contexte des instruments juridiques émanant d'autres organisations internationales, "approbation" devrait être interprété comme signifiant que la Commission préconisait aux parties d'utiliser ces instruments en tant que recueils de bonnes pratiques commerciales internationales. Une telle "approbation" n'avait aucune incidence concernant la conformité des instruments en question à la législation en vigueur. En outre, il a été souligné que le texte des RPIS 98 précisait clairement qu'il ne visait pas à se substituer aux dispositions légales existantes, puisque, aux termes de l'article 1.02 *a*, les règles "complètent la loi applicable dans la mesure où cette loi ne l'interdit pas".

433. S'agissant des Incoterms 2000, dans la ligne de son approbation du texte des Incoterms 1990 à sa vingt-cinquième session, en 1992[25], la Commission a salué les efforts qui avaient débouché sur l'élaboration de ces règles et a accueilli avec satisfaction des demandes d'approbation les concernant.

434. Après discussion, la Commission a adopté la décision ci-après, approuvant le texte des Incoterms 2000, des RPIS 98 et des RUCB:

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

*Remerciant* la Chambre de commerce internationale de lui avoir communiqué le texte révisé des Incoterms 2000, des Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98) et des Règles uniformes pour les "contract bonds" (RUCB),

*Félicitant* la Chambre de commerce internationale d'avoir à nouveau contribué à faciliter le commerce international en révisant les Incoterms de manière à les adapter aux pratiques commerciales contemporaines, en adoptant les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98) élaborées par l'Institute of International Banking Law and Practice et en rédigeant les Règles uniformes pour les "contract bonds" (RUCB),

*Notant* que les Incoterms 2000, les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98) et les Règles uniformes pour les "contract bonds" (RUCB) contribuent de manière importante à la facilitation du commerce international,

*Recommande* aux parties l'utilisation des Incoterms 2000, des Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98) et des Règles uniformes pour les "contract bonds" (RUCB) lors des transactions commerciales et financières internationales.

## XII. FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE

435. La Commission était saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/473) présentant les activités entreprises depuis sa trente-deuxième 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.

436. On a indiqué qu'avaient été organisés, depuis la dernière session, les séminaires et missions d'information suivants: Johannesburg (Afrique du Sud) (6 et 7 mai 1999); Stellenbosch (Afrique du Sud) (9 et 10 mai 1999); Pretoria (11 et 12 mai 1999); Yaoundé (10-12 mai 1999); Abidjan (13 et 14 mai 1999); Rio de Janeiro (Brésil) (12 et 13 août 1999); Lima (19 et 20 août 1999); Cuzco (Pérou) (23-25 août 1999); Brasilia (30 et 31 août 1999); São Paulo (Brésil) (2 et 3 septembre 1999); Moscou (2-4 novembre 1999); Antananarivo (6-8 mars 2000). 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 2000, il pourrait être satisfait à quelques-unes seulement des demandes faites par des pays d'Afrique, d'Asie, d'Amérique latine et d'Europe orientale.

437. 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 faire mieux connaître ses travaux et diffuser des informations sur les textes juridiques qu'elle avait élaborés. 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, et ces activités pouvaient jouer un rôle important dans l'intégration économique que de nombreux pays s'efforçaient de réaliser.

438. 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

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

[26]Ibid., *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et corrigendum (A/49/17 et Corr. 1), par. 230.

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. 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.

439. La Commission a pris note avec satisfaction des contributions du Canada, de Chypre, de la Grèce, du Mexique, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et de la Suisse au titre du programme de séminaires. Elle a également exprimé ses remerciements à Singapour pour les contributions qu'il avait 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.

440. 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 correspondaient pas aux normes convenues au niveau international, notamment aux conventions et aux lois types de la CNUDCI.

441. 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.

442. 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 humaines et financières de son secrétariat.

## XIII. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES DE LA CNUDCI

443. 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 4 juin 1999 (date de clôture de sa trente-deuxième 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). Nombre d'États parties: 24;

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

*d)* Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). 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). 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). Cinq États sont parties à la convention;

*h)* Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). 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: Région administrative spéciale (RAS) chinoise de 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: Australie, Bermudes, France et Région administrative spéciale (RAS) chinoise de Hong Kong. Une législation uniforme inspirée de la Loi type et

ses principes a été élaborée au Canada et aux États-Unis d'Amérique;

*m)* Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, 1997. Nouveaux pays ayant adopté une législation fondée sur la Loi type: Érythrée et Mexique.

444. On s'est félicité des mesures législatives ci-dessus 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.

445. 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.

446. 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 leur pays.

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

447. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a pris note avec satisfaction de la résolution 54/103 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1999, relative au rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-deuxième session. En particulier, la Commission a noté avec satisfaction qu'au paragraphe 2 de cette résolution l'Assemblée avait félicité 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 adoptée à New York le 10 juin 1958.

448. La Commission a également noté avec satisfaction qu'au paragraphe 3 de la résolution 54/103 l'Assemblée générale avait engagé les gouvernements qui ne l'avaient pas encore fait à répondre au questionnaire sur le régime juridique régissant la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères qui leur avait été adressé par le secrétariat.

449. La Commission a en outre noté avec satisfaction qu'au paragraphe 5 de la résolution 54/103 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 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, la cohérence dans l'unification et l'harmonisation du droit commercial international. L'Assemblée générale avait recommandé à la Commission de continuer, par l'intermédiaire de son secrétariat, de coopérer étroitement avec les autres organismes et organes internationaux, y compris les organismes régionaux qui s'occupent du droit commercial international.

450. La Commission a noté avec satisfaction la décision que l'Assemblée générale avait prise au paragraphe 6 de la résolution 54/103 de réaffirmer l'importance, en particulier pour les pays en développement, de l'œuvre que la Commission accomplit en matière d'information 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 et que, au paragraphe 7, l'Assemblée avait affirmé 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.

451. La Commission a également noté avec satisfaction que l'Assemblée générale, au paragraphe 7 *b* de sa résolution, avait invité instamment les gouvernements, les organes, les 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 CNUDCI et, le cas échéant, à financer des projets spéciaux. En outre, la Commission a noté que l'Assemblée générale avait engagé, au paragraphe 8, 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 celles-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes.

452. La Commission s'est également félicitée que l'Assemblée générale, au paragraphe 9 de sa résolution, ait invité instamment les gouvernements, les 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 (le Fonds d'affectation spéciale a été créé en application de la résolution 48/32 de l'Assemblée, en date du 9 décembre 1993). La Commission a en outre noté avec satisfaction la décision prise par l'Assemblée générale au paragraphe 10 de la résolution 54/103

de continuer à envisager, dans le cadre de la grande commission compétente au cours de la cinquante-quatrième session de l'Assemblée, d'octroyer une aide au titre des frais de voyage, dans la limite des ressources existantes, aux pays les moins avancés qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général.

453. La Commission a également constaté avec satisfaction que l'Assemblée générale, au paragraphe 11 de sa résolution, avait prié le Secrétaire général d'assurer et de renforcer l'application effective du programme de la Commission. La Commission a noté, toutefois, que les ressources dont disposait son secrétariat ne suffisaient pas pour lui permettre de s'acquitter de son mandat. La Commission a noté, en particulier, que son secrétariat disposait de moins d'administrateurs qu'au moment où elle avait été créée. Elle a donc recommandé à l'Assemblée de demander au Secrétaire général de renforcer le secrétariat de la Commission, dans les limites des ressources mises à la disposition de l'ensemble du secrétariat, afin de lui permettre de répondre à la nécessité de redoubler d'efforts en matière d'unification et d'harmonisation du droit commercial international et en matière d'assistance au titre de la réforme du droit commercial afin d'aider les pays à partager les avantages du commerce international dans une économie mondiale.

454. La Commission a également noté avec satisfaction que l'Assemblée générale, au paragraphe 12, avait souligné qu'il importait de donner effet aux conventions issues des travaux de la Commission et, à cette fin, avait invité instamment les États qui ne l'avaient pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer.

## XV. COORDINATION ET COOPÉRATION: LES SÛRETÉS

455. La Commission a examiné les travaux entrepris par d'autres organisations dans le domaine des sûretés en se fondant sur un rapport du Secrétaire général (A/CN.9/475). Il a été noté que les sûretés devenaient un sujet de plus en plus important, au niveau tant international que national, du fait, en particulier, que les lois actuelles sur le crédit assorti d'une sûreté étaient susceptibles d'accroître l'offre de crédit à des taux moins élevés et d'augmenter ainsi les mouvements internationaux de biens et de services. Il a été noté par ailleurs que plusieurs textes, déjà établis ou en cours d'élaboration, révélaient certaines tendances communes mais laissaient aussi certaines questions en suspens. Les problèmes ci-après ont été relevés: inadaptation des législations nationales, en particulier aux opérations internationales, et du fait que les opérations assorties de sûretés faisaient intervenir des questions de droit impératif et d'ordre public; frictions résultant de l'applicabilité éventuelle de la législation de plusieurs pays; et perte de la sûreté si le bien grevé franchissait les frontières nationales. Un grand nombre de solutions possibles ont été mentionnées, allant d'une loi type traitant des sûretés sur tous les types de biens à une déclaration de principe accompagnée d'un guide, en passant par une loi type pour les systèmes de priorité fondés sur l'enregistrement ou une convention ou une loi type portant sur certains types de biens (par exemple, les valeurs mobilières ou la propriété intellectuelle).

456. L'observateur du secrétariat d'Unidroit a déclaré qu'en 1980, après que la CNUDCI eut accordé un rang de priorité peu élevé aux sûretés en interrompant provisoirement ses travaux sur le sujet, Unidroit, qui avait investi des ressources importantes, était devenu la principale organisation à mener et à coordonner des travaux dans le domaine du droit des sûretés. Ses efforts avaient abouti à la rédaction de deux conventions et à la préparation d'une troisième. Par ailleurs, en 1993, Unidroit avait entamé des travaux en vue de la préparation d'une loi type sur les sûretés. Son conseil de direction avait certes assigné un rang de priorité peu élevé au projet en 1995 du fait que l'Institut devait d'abord terminer ses travaux sur les matériels d'équipement mobiles, étant entendu qu'il reviendrait ensuite à l'élaboration de la loi type. En conséquence, la CNUDCI ne devrait pas entreprendre de travaux redondants dans le domaine des sûretés afin d'éviter tout chevauchement d'activités. On a également fait observer que le rapport du Secrétaire général était peut-être fondé sur une interprétation erronée des plans d'Unidroit à cet égard (A/CN.9/475, par. 8 et 9).

457. Il a été indiqué, en réponse à cette déclaration, que la coordination des travaux d'autres organisations dans le domaine du droit commercial international était à la base même du mandat de la CNUDCI, du fait qu'elle était un organe aux travaux duquel tous les États pouvaient participer sur un pied d'égalité et dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. Par ailleurs, le rapport du secrétariat rendait compte avec exactitude du fait qu'aucune mesure n'était prise depuis 1995, puisque Unidroit n'avait pas inscrit la question sur sa liste de priorités, comme l'indiquaient ses documents, y compris son programme de travail pour la période triennale 1999-2001, et comme l'avait confirmé l'observateur de son secrétariat aussi bien à la trente-deuxième qu'à la trente-troisième session de la Commission[27].

458. La Commission, en tant qu'organe juridique principal du système des Nations Unies dans le domaine de l'unification et de l'harmonisation du droit commercial international, a réaffirmé la tâche qui lui avait été confiée de suivre les travaux menés par d'autres organisations dans le domaine du droit commercial international en formulant, si nécessaire, des recommandations et de prendre toute autre mesure lui permettant d'exercer son mandat. S'agissant du risque de chevauchement entre les travaux de la CNUDCI dans le domaine du droit des sûretés et les travaux menés dans d'autres organisations, la Commission est convenue qu'il était possible d'éviter une telle situation par l'adoption d'une approche prudente et mesurée et une focalisation de ses travaux sur certains types de biens. De l'avis de nombreuses délégations, le sujet des sûretés était si large et les questions à traiter si complexes qu'il faudrait plusieurs organisations pour en venir à bout (pour les propositions précises formulées à cet égard, voir les paragraphes 460 à 462 ci-après). Il a été convenu qu'il appartiendrait à toutes les organisations compétentes de coopérer afin d'assurer une cohérence entre les divers textes et une utilisation rationnelle des ressources.

[27]Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 420.

459. Après avoir remercié le Secrétaire général pour l'établissement du rapport, la Commission est passée à l'examen de son contenu. De l'avis général, les sûretés constituaient un sujet important porté à l'attention de la Commission au moment opportun, compte tenu, en particulier, du lien étroit entre les sûretés et les travaux de la Commission dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Il a été largement estimé que les lois actuelles sur le crédit assorti d'une sûreté pourraient avoir un fort impact sur l'offre et le coût du crédit et, par conséquent, sur le commerce international. Ces lois pouvaient réduire les inégalités entre les parties des pays développés et celles des pays en développement dans l'accès au crédit meilleur marché ainsi que dans les avantages qu'elles tiraient du commerce international. Il fallait toutefois qu'elles établissent un équilibre approprié dans le traitement des créanciers privilégiés, garantis et chirographaires, pour être acceptées par les États. On a également déclaré que, compte tenu de la divergence des politiques nationales, il serait souhaitable de privilégier la souplesse en élaborant un ensemble de principes accompagné d'un guide, plutôt qu'une loi type. Par ailleurs, pour qu'une réforme du droit donne des résultats optimaux, y compris la prévention des crises financières, la réduction de la pauvreté et la facilitation du financement par emprunt comme moteur de la croissance économique, il faudrait que les travaux entrepris dans le domaine des sûretés soient coordonnés avec ceux qui étaient menés dans le domaine du droit de l'insolvabilité.

460. S'agissant des questions sur lesquelles axer les travaux à entreprendre, un certain nombre de propositions ont été faites. Selon l'une d'entre elles, il conviendrait d'élaborer une loi uniforme qui traiterait des sûretés sur les valeurs mobilières (par exemple, les actions, les obligations, les swaps et les produits dérivés). De telles valeurs, qui étaient détenues, comme entrées sur un registre, par un intermédiaire et, matériellement, par un établissement de dépôts, étaient des instruments importants qui servaient de base à l'octroi d'énormes quantités de crédits, non seulement par des banques commerciales à leurs clients, mais également par des banques centrales aux banques commerciales. On a également fait observer que, compte tenu de la mondialisation des marchés financiers, étaient normalement impliqués divers pays dont les lois étaient souvent incompatibles entre elles, voire inadéquates pour traiter les problèmes qui se posaient. Il était donc très difficile de savoir si les investisseurs qui détenaient des valeurs mobilières et les établissements financiers qui octroyaient des crédits en prenant ces valeurs comme garantie détenaient un droit *in rem* et étaient protégés, en particulier en cas d'insolvabilité d'un intermédiaire. On a également fait observer qu'il était même très difficile de savoir quelle était la loi applicable aux sûretés sur des valeurs mobilières détenues par un intermédiaire et que le fait que la Conférence de La Haye de droit international privé ("la Conférence de La Haye") envisageait de traiter cette question révélait tant son importance que son urgence. On a fait observer, à cet égard, que les travaux de la CNUDCI pourraient être parfaitement compatibles avec les travaux entrepris par la Conférence de La Haye et les compléter utilement, compte tenu en particulier des limitations intrinsèques des règles de droit international privé pour les questions relevant du droit impératif et de l'ordre public.

461. Il a aussi été proposé d'élaborer une loi uniforme qui traiterait des sûretés sur les stocks (soit un ensemble en évolution constante d'actifs corporels). L'utilisation d'un tel ensemble d'actifs, corporels ou incorporels, constituait un élément important du droit moderne du financement garanti. On a fait également observer que l'on pourrait tirer utilement parti, si on entreprenait des travaux dans ce domaine, de ceux que la Commission avait menés sur les créances ainsi que des pratiques susceptibles d'être favorablement accueillies par les marchés financiers internationaux. Parmi les questions qui devraient être traitées dans une telle loi uniforme, on a mentionné les suivantes: création et portée d'une sûreté (qui devrait comprendre les biens acquis, et les dettes assorties d'une sûreté contractées même après la constitution de la sûreté); recours en cas de défaillance du débiteur; règles de priorité claires; et mécanismes assurant la transparence de toute sûreté.

462. Selon une autre proposition, il faudrait élaborer une loi uniforme sur un registre international des sûretés. Un tel registre permettrait d'améliorer la sécurité et la transparence et aurait donc un impact positif sur l'offre et le coût du crédit, dont on avait cruellement besoin pour le développement de l'économie mondiale. À cette fin, le registre devrait couvrir tous les types de sûretés sur tous les types de biens. Lors du débat, il a été proposé que le secrétariat organise un colloque en coopération avec des organisations représentant la pratique et les secteurs visés ainsi qu'avec des institutions internationales œuvrant pour le développement.

463. Après un débat, la Commission a prié le secrétariat de réaliser une étude dans laquelle il examinerait en détail les problèmes qui se posaient dans le domaine du droit des sûretés ainsi que les solutions possibles, aux fins d'examen par la Commission à sa trente-quatrième session, en 2001. Il a été convenu qu'après avoir examiné cette étude la Commission pourrait décider, à ladite session, si des travaux pourraient être entrepris, sur quels sujets et dans quel contexte. Il a été convenu par ailleurs que l'étude pourrait déterminer, en particulier, si les tendances actuelles faisaient ressortir un nombre suffisant de points communs entre les systèmes juridiques pour justifier l'établissement d'une loi uniforme dans un délai raisonnable. Il a été convenu en outre que l'étude pourrait examiner les avantages et les inconvénients des diverses solutions (à savoir une loi uniforme sur tous les types de biens par rapport à un ensemble de principes accompagnés d'un guide ou une loi uniforme sur certains types de biens). Il a été convenu enfin qu'il faudrait faire fond sur les travaux menés par d'autres organisations et tenir compte dans toutes suggestions de la nécessité d'éviter les chevauchements d'activités.

## XVI. QUESTIONS DIVERSES

### A. Bibliographie

464. La Commission a pris note avec satisfaction de la bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la Commission (A/CN.9/481).

465. Elle a souligné qu'il était important pour elle de disposer d'informations aussi complètes que possible sur les publications, y compris les thèses universitaires, portant sur les résultats de ses travaux. En conséquence, elle a prié les gouvernements, les établissements universitaires et les organismes concernés de faire parvenir des exemplaires des publications pertinentes au secrétariat.

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

466. 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 septième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis à Vienne du 15 au 20 avril 2000. Les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants participant au Concours étaient fondées sur la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et sur le règlement d'arbitrage de la Cour d'arbitrage international de Londres. Soixante-dix-neuf équipes représentant des facultés de droit de 28 pays avaient participé au Concours de 2000, qui a réuni quelque 600 étudiants et enseignants et 150 arbitres. Le huitième Concours se tiendra à Vienne du 6 au 12 avril 2001.

467. La Commission a pris note de ces informations avec intérêt. Elle a remercié l'Institut de droit commercial international de la faculté de droit de Pace University d'avoir organisé le Concours et le secrétariat de l'avoir financé. Elle a souligné que le Concours, de par son caractère international, était une excellente méthode de diffusion de textes juridiques uniformes et d'enseignement du droit commercial international.

### C. Date et lieu des réunions à venir

468. Il a été décidé que la Commission tiendrait sa trente-quatrième session à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001.

### D. Sessions des groupes de travail

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

*a)* Le Groupe de travail sur le commerce électronique tiendra sa trente-septième session à Vienne du 18 au 29 septembre 2000, et sa trente-huitième session à New York du 26 février au 9 mars 2001;

*b)* Le Groupe de travail sur l'arbitrage tiendra sa trente-troisième session à Vienne du 20 novembre au 1er décembre 2000, et sa trente-quatrième session à New York du 21 mai au 1er juin 2001;

*c)* Le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux tiendra sa vingt-troisième session à Vienne du 11 au 22 décembre 2000. Il tiendra sa vingt-quatrième session à New York du 26 mars au 6 avril 2001 sous le nom de Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité.

### E. Départ à la retraite du Secrétaire de la Commission

470. La Commission a noté que son Secrétaire, M. Gerold Herrmann, devait prendre sa retraite le 31 janvier 2001. M. Herrmann faisait partie du secrétariat depuis 1975 et était Secrétaire de la Commission depuis 1991. On s'est accordé à reconnaître que la période pendant laquelle M. Herrmann avait été Secrétaire avait été particulièrement productive et que le secrétariat, sous sa direction, avait contribué de manière remarquable aux travaux de la Commission, malgré les ressources limitées dont il disposait. La Commission a exprimé sa reconnaissance à M. Herrmann pour sa contribution exceptionnelle au processus d'uniformisation et d'harmonisation du droit commercial international en général et aux travaux de la Commission en particulier.

## ANNEXE I

## PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL

*(Titre, préambule et projets d'articles 1 à 17 tels qu'adoptés par la Commission*)*

### 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 à la cession de créances constituent un obstacle au 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 aux cessions de créances 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 la cession de créances favoriserait l'offre de capitaux et de crédit à des taux plus favorables et faciliterait ainsi le développement du commerce international.

*Sont convenus* de ce qui suit:

*Les projets d'articles 18 à 44 du projet de convention et les projets d'articles 1 à 7 de l'annexe du projet de convention, qui n'ont pas encore été examinés par la Commission, figurent à l'annexe I du document A/CN.9/466. En outre, un commentaire analytique du secrétariat a été publié sous la cote A/CN.9/470 et les commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales ont été publiés sous les cotes A/CN.9/472 et Add.1 à 4.

## 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; et

*b)* Aux cessions subséquentes, à condition qu'une cession antérieure soit régie par la présente convention.

2. La présente convention s'applique à une cession subséquente qui satisfait aux critères de l'alinéa *a* du paragraphe 1 du présent article, même si elle ne s'appliquait pas à une cession antérieure de la même créance.

3. La présente convention n'a pas d'incidences sur les droits et les obligations du débiteur, à moins que, au moment de la conclusion du contrat initial, 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 du chapitre V 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. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas si un État fait une déclaration au titre de l'article 37.]

5. L'annexe de la présente convention s'applique dans un État contractant qui a fait une déclaration au titre de l'article 40.

#### *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") de la totalité, d'une fraction ou d'une part indivise 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 de la conclusion du contrat initial, 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 un particulier pour ses besoins personnels, familiaux ou domestiques;

*b)* Effectuées au moyen de la remise d'un effet de commerce accompagné d'un endossement, si 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 de créances nées:

*a)* D'opérations sur un marché boursier réglementé;

*b)* De contrats financiers régis par des conventions de compensation globale, sauf dans le cas d'une créance apparaissant après la liquidation de toutes les opérations;

*c)* De dépôts bancaires;

*d)* De systèmes ou d'accords de paiement interbancaire ou de systèmes de règlement des opérations sur valeurs mobilières;

*e)* D'une lettre de crédit ou d'une garantie indépendante;

*f)* De la vente, du prêt, de la détention ou d'une convention de rachat de valeurs mobilières.

3. La présente convention:

*a)* Ne règle pas la question de savoir si un droit réel sur un immeuble confère un droit sur une créance liée audit immeuble, ni ne détermine la priorité d'un tel droit sur la créance par rapport au droit d'un concurrent de celle-ci;

*b)* Ne rend pas licite l'acquisition de droits réels sur un immeuble, si elle n'est pas autorisée par la loi de l'État où l'immeuble est situé.

[4. La présente convention ne s'applique pas aux cessions visées dans une déclaration faite au titre de l'article 39 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)* Le terme "créance existante" désigne une créance née avant ou au moment de la conclusion du contrat de cession; le terme "créance future" désigne une créance qui naît après la conclusion du contrat de cession;

*c)* 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 cette dernière en approuve le contenu;

*d)* Le terme "notification de la cession" désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment les créances cédées et le cessionnaire;

*e)* Le terme "administrateur de l'insolvabilité" désigne 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 avoirs ou des activités du cédant;

*f)* Le terme "procédure d'insolvabilité" désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans laquelle les avoirs 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;

*g)* Le terme "priorité" désigne la préférence donnée au droit d'une partie sur le droit d'une autre partie;

*h)* Une personne est située dans l'État dans lequel elle a son établissement. Si le cédant ou le cessionnaire a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. Si le débiteur a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. Si une personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu;

*i)* Le terme "loi" désigne la loi en vigueur dans un État à l'exclusion des règles de droit international privé;

*j)* Le terme "produit" désigne tout ce qui est reçu au titre d'une créance cédée, en tant que paiement total ou partiel ou autre forme d'exécution. Ce terme inclut tout ce qui est reçu au titre du droit sur le produit. Il n'inclut pas les biens meubles corporels restitués;

*k)* Le terme "contrat financier" désigne toute opération au comptant, à terme, option ou swap portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute opération analogue à l'une des précédentes, effectuée sur les marchés financiers, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus;

*l)* Le terme "convention de compensation globale" désigne une convention prévoyant une ou plusieurs des modalités suivantes:

i) Le règlement net des paiements dus dans la même monnaie à la même date par novation ou autrement;

ii) Lors de l'insolvabilité d'une partie ou autre défaillance de sa part, la liquidation de toutes les opérations à leur valeur de remplacement ou à leur valeur loyale et marchande, la conversion des sommes correspondantes dans une seule monnaie et la compensation globale sous forme d'un paiement unique effectué par une partie à l'autre; et

iii) La compensation des montants calculés comme prévu au sous-alinéa ii précédent au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus.

### *Article 6. Autonomie des parties*

Sous réserve de l'article 21, 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 objet et de son but tels qu'énoncés dans le préambule, 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. Forme de la cession*

Une cession est valable quant à la forme si elle satisfait à toute condition de forme pouvant exister soit dans la loi de l'État où le cédant est situé, soit dans toute autre loi applicable en vertu des règles de droit international privé.

### *Article 9. Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures et de fractions de créances*

1. La cession d'une ou de plusieurs créances, existantes ou futures, en totalité ou par fractions, ou de tout droit indivis sur lesdites créances a effet entre le cédant et le cessionnaire ainsi qu'à l'égard du débiteur 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 à la date de la cession ou, dans le cas de créances futures, à la date de la conclusion du contrat initial, comme étant celles qui font l'objet de la cession.

2. Sauf convention contraire, la cession d'une ou de plusieurs créances futures a effet sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances.

3. Sous réserve de ce qui est énoncé au paragraphe 1 du présent article, à l'article 11, et aux paragraphes 2 et 3 de l'article 12, la présente convention n'a aucune incidence sur toute limitation d'une cession prévue par la loi.

4. La cession d'une créance n'est pas dépourvue d'effet à l'égard d'une personne visée à l'alinéa *a* de l'article 24, et le droit d'un cessionnaire ne peut être privé de la priorité par rapport aux droits concurrents de cette personne, au seul motif qu'une loi autre que la présente convention ne reconnaît pas en principe une cession visée au paragraphe 1 du présent article.

### *Article 10. Date de la cession*

Sans préjudice des droits d'une personne visée à l'alinéa *a* de l'article 24, 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 11. Limitations contractuelles de la cession*

1. La cession d'une créance a 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, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat initial ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance.

3. Le présent article s'applique uniquement aux cessions de créances:

*a)* Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de [biens meubles corporels], la réalisation de travaux de construction ou la prestation de services autres que des services financiers, ou encore la vente ou la location d'immeubles;

*b)* Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou intellectuelle ou d'autres informations;

*c)* Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit; ou

*d)* Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation globale regroupant plus de deux parties.

### *Article 12. 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. Si, en vertu de la loi régissant la sûreté, celle-ci est transférable uniquement avec un nouvel acte de transfert, 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 du présent article 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 les obligations ou la responsabilité du cédant découlant de la violation d'une convention visée au paragraphe 2 du présent article, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat initial ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance.

4. Les paragraphes 2 et 3 du présent article s'appliquent uniquement aux cessions de créances:

*a)* Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de [biens meubles corporels], la réalisation de travaux de construction ou la prestation de services autres que des services financiers, ou encore la vente ou la location d'immeubles;

*b)* Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou intellectuelle ou d'autres informations;

*c)* Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit; ou

*d)* Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation globale regroupant plus de deux parties.

5. Le transfert d'une sûreté réelle avec possession au titre du paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les obligations du cédant envers le débiteur ou la personne constituant la sûreté sur le bien transféré en vertu de la loi régissant cette sûreté.

6. 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 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.

### *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 eux, le cédant et le cessionnaire peuvent, l'un ou l'autre ou ensemble, envoyer au débiteur une notification de la cession ainsi que des instructions de paiement, mais, une fois la notification envoyée, 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'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

### *Article 16. Droit du cessionnaire à recevoir paiement*

1. Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire, 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 le produit et les biens meubles corporels restitués 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 recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués au cédant au titre de la créance cédée; et

*c)* 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 recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués à cette personne au titre de la créance cédée.

2. 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 présente convention et à moins que le débiteur n'y consente, une cession de créances est sans incidences sur les droits et obligations de ce dernier, y compris sur les conditions de paiement énoncées 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.

**APPENDICE**

RENUMÉROTATION DES ARTICLES DU PROJET DE CONVENTION

| *Numéro actuel de l'article (annexe I du présent document)* | *Ancien numéro de l'article (A/CN.9/466, annexe I)* |
|---|---|
| 1 | 1 |
| 2 | 2 |
| 3 | 3 |
| 4 | 4 |
| 5 | 6 |
| 6 | 7 |
| 7 | 8 |
| 8 | Nouvel article |
| 9 | 9 |
| 10 | 10 |
| 11 | 11 |
| 12 | 12 |
| 13 | 13 |
| 14 | 14 |
| 15 | 15 |
| 16 | 16 |
| 17 | 17 |

**ANNEXE II**

**Liste des documents dont était saisie la Commission à sa trente-troisième session**

[L'annexe II est reproduite dans la troisième partie du présent *Annuaire*.]

## B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement: extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa quarante-septième session [TD/B/47/11 (Vol. I)]

*I. F. 2 Développement progressif du droit commercial international: trente-troisième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*

2. À sa 917e séance plénière, le 20 octobre 2000, le Conseil a pris note du rapport de la CNUDCI sur sa trente-troisième session (A/55/17).

## C. Assemblée générale: rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-troisième session: rapport de la Sixième Commission (A/55/608)

### I. INTRODUCTION

1. À sa 9e séance plénière, le 11 septembre 2000, l'Assemblée générale, sur la recommandation du Bureau, a décidé d'inscrire à l'ordre du jour de sa cinquante-cinquième session le point intitulé "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-troisième session" et de le renvoyer à la Sixième Commission.

2. La Sixième Commission a examiné la question à ses 3e, 4e, 24e et 25e séances, les 9 et 10 octobre et les 3 et

8 novembre 2000. Les vues des représentants qui ont pris la parole durant l'examen de la question par la Commission sont consignées dans les comptes rendus analytiques pertinents (A/C.6/55/SR.3, 4, 24 et 25).

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-troisième session[1].

4. À la 3e séance, le 9 octobre, le Président de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa trente-troisième session a présenté le rapport de la Commission sur les travaux de cette session (voir A/C.6/55/SR.3).

5. À la 4e séance, le 10 octobre, le Président de la Commission a fait une déclaration à la suite du débat (voir A/C.6/55/SR.4).

## II. EXAMEN DU PROJET DE RÉSOLUTION A/C.6/55/L.5

6. À la 24e séance, le 3 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-troisième session" (A/C.6/55/L.5) au nom des pays suivants: *Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Angola, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bahreïn, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Brésil, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Chypre, Colombie, Costa Rica, Croatie, Danemark, Égypte, Équateur, Espagne, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Finlande, France, Grèce, Guatemala, Haïti, Hongrie, Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Irlande, Israël, Italie, Japon, Lesotho, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Madagascar, Malte, Mexique, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Saint-Marin, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Suède, Thaïlande, Turquie, Ukraine, Uruguay* et *Venezuela,* auxquels se sont joints ensuite les pays suivants: *Arabie saoudite, Bélarus, Bolivie* et *Botswana.*

7. À la 25e séance, le 8 novembre, la Commission a adopté, sans vote, le projet de résolution A/C.6/55/L.5 (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 n'est pas reproduit dans la présente section. Le projet de résolution a été adopté, avec des changements de forme, en tant que résolution 55/151 de l'Assemblée générale (voir la section D ci-dessous).]**

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément nº 17* (A/55/17).

# D. Résolution 55/151 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000

## RÉSOLUTION ADOPTÉE PAR L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

*[sur le rapport de la Sixième Commission (A/55/608)]*

55/151. *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-troisième 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-troisième session[1],

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17).

*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 celle-ci et d'en accroître l'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-troisième session[2];

2. *Félicite* la Commission de ses travaux sur les projets d'infrastructure à financement privé, qui ont abouti à l'adoption du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé[3], ainsi que des progrès considérables qu'elle a réalisés dans ses travaux sur le financement par cession de créances;

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

4. *Invite* les États à proposer des personnes pour travailler à 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 chevauchement d'activités 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 Afrique du Sud, au Brésil, au Cameroun, en Côte d'Ivoire, en Fédération de Russie, à Madagascar et au Pérou;

*b)* Remercie les gouvernements dont les contributions ont permis l'organisation des séminaires et missions d'information des Nations Unies, et invite instamment les gouvernements, les organismes des Nations Unies, les organisations et les institutions 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 colloques, en particulier dans des pays en développement, ainsi qu'à accorder des bourses à des candidats de pays en développement pour leur permettre d'y participer;

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 organismes des Nations Unies, les organisations et les institutions 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. *Décid*e, 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-cinquième 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 de renforcer le secrétariat de la Commission dans les limites des ressources disponibles de manière à assurer et à 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;

[2]Ibid., par. 372.

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

13. *Prie* le Secrétaire général de lui présenter, à sa cinquante-sixième session, un rapport sur les incidences de l'élargissement de la composition de la Commission, et invite les États Membres à communiquer leurs vues à ce sujet;

14. *Remercie* M. Gerold Herrmann, Secrétaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international depuis 1991, qui prendra sa retraite le 31 janvier 2001, de son dévouement et de sa contribution remarquable au processus d'unification et d'harmonisation du droit commercial international en général, et à la Commission en particulier.

*84e séance plénière*
*12 décembre 2000*

*Deuxième partie*

# ÉTUDES ET RAPPORTS SUR DES PROJETS ÉTUDIÉS PAR LA COMMISSION

A/CN.9/471

# I. PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

## Projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé: rapport du Secrétaire général (A/CN.9/471 et Add.1 à 9) [Original: anglais]

### I. INTRODUCTION

1. À sa vingt-neuvième session, en 1996, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, après avoir examiné une note du secrétariat relative aux projets de construction-exploitation-transfert (CET) (A/CN.9/424), a décidé d'établir un guide législatif destiné à aider les États à élaborer ou moderniser la 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 qu'il était proposé de traiter dans le guide législatif (A/CN.9/438, annexe). Elle a également examiné des avant-projets de chapitres premier, "Champ d'application, but et terminologie du *Guide*", II, "Parties aux projets et phases d'exécution des projets d'infrastructure à financement privé", et V, "Mesures préparatoires" (A/CN.9/438/Add.1 à 3, respectivement). Après un échange de vues sur la nature des questions à examiner et les méthodes envisageables 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 faire appel à des experts extérieurs, le cas échéant, pour l'élaboration des chapitres futurs, 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 était saisie de versions révisées des chapitres mentionnés, y compris une table des matières révisée, un projet d'introduction au *Guide*, des avant-projets de chapitres premier, "Considérations générales sur la législation", II, "Structure et réglementation des secteurs", III, "Sélection du concessionnaire", et IV, "Conclusions et conditions générales de l'accord de projet" (A/CN.9/444/Add.1 à 5). Elle 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 des chapitres[3]. 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.

4. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission a examiné un projet de guide législatif complet, dont la structure était la suivante: "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé" et chapitres premier, "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 révision", 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 regroupé certains de ses chapitres. Elle a noté et approuvé dans l'ensemble la structure révisée[4]. Elle a examiné diverses suggestions concernant les projets de chapitres[5].

### II. STRUCTURE ET CONTENU DU PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF

5. À la trente-deuxième session de la Commission, en 1999, il a été noté qu'il s'agissait de la première occasion d'examiner le projet de guide dans sa totalité. 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 le document était plutôt long et que des ajustements seraient nécessaires pour le rendre plus accessible aux lecteurs[6]. En conséquence, le secrétariat a modifié les projets de chapitres de manière à tenir compte des propositions faites à la trente-deuxième session de la Commission, tout

[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) et Corr. 1, par. 231 à 247.

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

[4] Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 18.

[5] Ibid., par. 17 à 307.

[6] Ibid., par. 18.

en s'efforçant de rédiger des notes aussi concises que possible, étant donné la large portée du *Guide* et le grand nombre de questions que soulevaient les projets d'infrastructure à financement privé.

### Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé

6. Un précédent projet d'introduction avait été publié sous la cote A/CN.9/458/Add.1. Un projet révisé, tenant compte des suggestions formulées à la trente-deuxième session de la Commission[7], fait l'objet d'un additif au présent document (A/CN.9/471/Add.1).

#### *Chapitre premier. Cadre législatif et institutionnel général*

7. Un précédent projet de chapitre premier avait été publié sous la cote A/CN.9/458/Add.2. Un projet révisé, tenant compte des suggestions formulées à la trente-deuxième session de la Commission[8], fait l'objet d'un additif au présent document (A/CN.9/471/Add.2).

#### *Chapitre II. Risques de projet et appui des pouvoirs publics*

8. Un premier projet de chapitre II a été publié sous la cote A/CN.9/458/Add.3. Un projet révisé, tenant compte des suggestions formulées lors de la trente-deuxième session de la Commission[9], fait l'objet d'un additif au présent document (A/CN.9/471/Add.3).

#### *Chapitre III. Sélection du concessionnaire*

9. Une version précédente de ce chapitre a été publiée sous la cote A/CN.9/458/Add.4. Un projet révisé, tenant compte des suggestions formulées lors de la trente-deuxième session de la Commission[10], fait l'objet d'un additif au présent document (A/CN.9/471/Add.4).

#### *Chapitre IV. Construction et exploitation de l'infrastructure*

10. Ce projet de chapitre regroupe des questions qui faisaient antérieurement l'objet de deux chapitres séparés, à savoir les chapitres IV, "L'accord de projet" (A/CN.9/458/Add.5), et V, "Construction et exploitation de l'infrastructure" (A/CN.9/458/Add.5). Un projet de chapitre révisé, établissant une synthèse et tenant compte des suggestions formulées à la trente-deuxième session de la Commission[11], fait l'objet d'un additif au présent document (A/CN.9/471/Add.5).

#### *Chapitre V. Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet*

11. Une version précédente de ce chapitre (anciennement chapitre VI) a été publiée sous la cote A/CN.9/458/Add.7. Un projet révisé, tenant compte des suggestions formulées lors de la trente-deuxième session de la Commission[12], fait l'objet d'un additif au présent document (A/CN.9/471/Add.6).

#### *Chapitre VI. Règlement des différends*

12. Une version précédente de ce chapitre (anciennement chapitre VIII) a été publiée sous la cote A/CN.9/458/Add.9. Un projet révisé, tenant compte des suggestions formulées lors de la trente-deuxième session de la Commission[13], fait l'objet d'un additif au présent document (A/CN.9/471/Add.7).

#### *Chapitre VII. Autres domaines pertinents du droit*

13. Une version précédente de ce chapitre a été publiée sous la cote A/CN.458/Add.8. Un projet révisé, tenant compte des suggestions formulées lors de la trente-deuxième session de la Commisision[14], fait l'objet d'un additif au présent document (A/CN.9/471/Add.8).

### Ensemble des recommandations concernant la législation

14. À la trente-deuxième session de la Commission, il a été convenu que les recommandations relatives à la législation figurant dans chacun des chapitres devaient être reformulées de manière à être davantage uniformisées[15]. Depuis cette session, le secrétariat a réexaminé, avec l'aide d'experts, l'intégralité des recommandations de manière à en assurer la cohérence et l'uniformité. Pour faciliter les délibérations de la Commission, toutes les recommandations figurant dans chacun des chapitres ont été regroupées dans un additif au présent document (A/CN.9/471/Add.9). La Commission souhaitera peut-être déterminer s'il est souhaitable d'inclure un tel récapitulatif dans la version finale du *Guide* pour aider le lecteur.

## III. CONCLUSION

15. La Commission voudra peut-être tenir compte du fait que, étant donné l'avancement des travaux de rédaction du projet de guide législatif, deux jours seraient suffisants, à sa prochaine session, pour l'examen final des recommandations relatives à la législation et pour l'adoption du *Guide*.

[7]Ibid., par. 22 à 38.

[8]Ibid., par. 39 à 69.

[9]Ibid., par. 70 à 96.

[10]Ibid., par. 97 à 136.

[11]Ibid., par. 137 à 205.

[12]Ibid., par. 206 à 253.

[13]Ibid., par. 287 à 307.

[14]Ibid., par. 254 à 282.

[15]Ibid., par. 21.

A/CN.9/471/Add.1

# Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé*

## TABLE DES MATIÈRES


| | | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|---|
| A. | INTRODUCTION | 1-20 | 77 |
| | 1. Structure et contenu du *Guide* | 5-8 | 78 |
| | 2. Terminologie employée dans le *Guide* | 9-20 | 78 |
| B. | INFORMATIONS GÉNÉRALES CONCERNANT LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ | 21-77 | 80 |
| | 1. Investissement privé et politique en matière d'infrastructures | 23-29 | 80 |
| | 2. Restructuration des secteurs d'infrastructure | 30-46 | 81 |
| | 3. Formes de participation du secteur privé aux projets d'infrastructure | 47-53 | 84 |
| | 4. Structures de financement et sources de financement des projets d'infrastructure | 54-67 | 85 |
| | 5. Principales parties associées à la mise en œuvre de projets d'infrastructure | 68-77 | 87 |


## A. INTRODUCTION

1. 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 XIX^e^ siècle et, dans de nombreux pays, 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.

2. Toutefois, on relève pendant la plus grande partie du XX^e^ 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.

3. 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.

4. Le présent *Guide* a pour objet d'aider à la mise en place d'un cadre juridique favorable à l'investissement privé dans les infrastructures publiques. Les conseils qui y sont donnés visent à concilier, d'une part, le souhait de

*La section B du présent chapitre donne des informations générales sur les questions qui sont examinées d'un point de vue législatif dans les chapitres suivants du *Guide*. Il est vivement recommandé au lecteur de consulter, pour de plus amples informations, 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 destinée à la vente, numéro ONUDI.95.6.F), le *Rapport sur le développement dans le monde de 1994 — Une infrastructure pour le développement* (Washington D.C., 1994), et le *Rapport sur le développement dans le monde 1996 — De l'économie planifiée à l'économie de marché* (Washington D.C., 1996), tous deux publiés par la Banque mondiale, ou encore le *Financement de l'infrastructure privée* (Washington D.C., 1996), publié par la Société financière internationale (SFI).

faciliter et d'encourager la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure et, d'autre part, diverses préoccupations d'intérêt général du pays hôte. Le *Guide* aborde un certain nombre de questions fondamentales relatives à l'intérêt général dont l'existence est reconnue dans la plupart des systèmes juridiques, même si elles sont traitées de manière souvent différente dans les politiques et les législations. Il s'agit de préoccupations telles que la continuité du service public; le respect des normes fixées par le pays hôte en matière de protection de l'environnement, de santé, de sécurité et de qualité; l'équité des tarifs appliqués; le traitement non discriminatoire des clients ou usagers; la communication de tous les renseignements relatifs à l'exploitation de l'ouvrage et la souplesse nécessaire pour s'adapter aux changements, notamment l'expansion du service pour répondre à un accroissement de la demande. Quant au secteur privé, ses principales préoccupations portent généralement sur des questions telles que la stabilité de l'environnement juridique et économique dans le pays hôte; la transparence des lois et règlements ainsi que la prévisibilité et l'impartialité de leur application; possibilité de rendre exécutoires des droits de propriété en cas de violations par des tiers; l'assurance que le pays hôte respecte la propriété privée et qu'il n'y est porté atteinte que pour des raisons d'intérêt général, et si une indemnisation est versée; et la liberté des parties de convenir de conditions commerciales qui assurent un rendement raisonnable des capitaux investis, à la mesure des risques pris par les investisseurs privés. 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.

### 1. Structure et contenu du *Guide*

5. Chacun des chapitres du *Guide* comprend, d'une part, une série de "recommandations concernant la législation", qui ont pour objet d'aider à la mise en place d'un cadre législatif favorable aux projets d'infrastructure à financement privé, et, d'autre part, des notes constituant une introduction analytique aux différentes questions (financières, réglementaires, juridiques, de politique et autres) liées au sujet examiné. Il est conseillé de lire conjointement les recommandations et les notes, les secondes donnant des informations générales permettant de mieux comprendre les premières.

6. Les recommandations portent sur des questions qu'il est important de traiter dans les textes législatifs ayant spécifiquement trait aux projets d'infrastructure à financement privé. Elles n'abordent pas d'autres domaines du droit qui, comme il est indiqué dans les notes, ont cependant un impact sur ce type de projets. Par ailleurs, pour que des projets d'infrastructure à financement privé puissent être menés à bien, il faut généralement plus que la mise en place d'un cadre législatif approprié, notamment des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, des ressources humaines et financières suffisantes ainsi qu'une économie stable. Bien que certaines de ces questions soient mentionnées dans les notes, elles ne sont pas traitées dans les recommandations.

7. L'objectif est de faire du *Guide* un ouvrage de référence que les autorités nationales et les organes législatifs pourront consulter lors de l'élaboration de nouvelles lois ou l'examen de l'efficacité des lois et réglementations existantes. À cette fin, il aide à identifier les domaines du droit qui sont plus particulièrement applicables à l'investissement privé dans des projets d'infrastructure publique et examine le contenu des lois qui contribueraient à attirer des capitaux privés, nationaux et étrangers. Le *Guide* ne vise pas à offrir des conseils sur la rédaction d'accords pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé. Il aborde toutefois certaines questions contractuelles (par exemple, aux chapitres IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", et V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet"), dans la mesure où elles touchent des points qui pourraient être utilement traités dans la législation.

8. 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, de réparation ou d'extension en échange du droit de faire payer, soit au public, soit à une autorité publique, l'utilisation de l'infrastructure ou les services qu'elle fournit. 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 les autorités publiques du pays hôte.

### 2. Terminologie employée dans le *Guide*

9. 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].

#### a) *"Infrastructure publique" et "services publics"*

10. Dans le *Guide*, le terme "infrastructure publique" désigne des installations matérielles qui fournissent des services essentiels à la population. 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 télécom-

[1]Publication de l'ONUDI, numéro de vente: UNIDO.95.6.F.

munications); installations de dessalement, stations d'épuration des eaux usées, équipements de distribution d'eau (secteur de l'eau); installations et équipements de ramassage et d'élimination des déchets (secteur de l'assainissement); 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).

11. C'est à chaque pays qu'il appartient, dans le cadre de sa politique générale, de déterminer lesquelles de ses infrastructures sont "publiques" et lesquelles sont "privées". Dans certains, 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 l'autorité publique compétente. Les hôpitaux et les établissements médicaux, ainsi que les prisons et les établissements correctionnels peuvent être considérés comme des infrastructures "publiques" ou "privées", selon la préférence 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 doit être tracée la ligne de démarcation dans un pays donné.

12. Les notions "d'infrastructure publique" et de "services publics" sont bien établies dans la tradition juridique de certains pays, où elles sont parfois régies par un ensemble de règles particulier, que l'on désigne en général sous le nom de "droit administratif" (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", ___). Toutefois, dans un certain nombre d'autres 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. Tels qu'employés dans le *Guide*, les termes "services publics" et "prestataires de services publics" n'ont pas le sens technique qu'ils peuvent revêtir dans tel ou tel système juridique.

### b) *"Concession", "accord de projet" et expressions apparentées*

13. Dans de nombreux pays, les services publics constituent un monopole d'État ou sont soumis à une réglementation spéciale. En pareil cas, la fourniture d'un service public par une entité autre qu'une autorité publique 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 certains systèmes juridiques divers types d'autorisations portent des noms différents. Les termes les plus couramment utilisés sont notamment "concession", "franchise", "licence" ou "bail" ("affermage"). 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 travaux publics" ou "concession de service public". Dans le *Guide*, le terme "concession" n'a pas le sens technique qui peut lui être donné dans un système juridique ou un droit interne particulier.

14. Dans le présent *Guide*, le terme "accord de projet" désigne un accord conclu entre une autorité publique et l'entité ou les entités privées sélectionnées par cette autorité publique pour exécuter le projet, et qui énonce les termes et conditions 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*.

15. Le présent *Guide* emploie le terme "concessionnaire" pour désigner d'une façon générale une entité qui exécute des projets d'infrastructure publique dans le cadre d'une concession octroyée par les autorités publiques du pays hôte. Le terme "société de projet" est parfois utilisé pour désigner spécifiquement une personne morale indépendante créée pour exécuter un projet particulier.

### c) *Références aux autorités nationales*

16. Au sens du présent *Guide*, le terme "pouvoirs publics" englobe les diverses autorités publiques du pays hôte chargées d'élaborer ou d'exécuter les politiques au niveau national, provincial ou local. Le terme "autorités publiques" désigne en particulier des entités de l'exécutif ou rattachées à cette branche. L'expression "organes législatifs" désigne spécifiquement les organes qui exercent un pouvoir législatif dans le pays hôte.

17. Le terme "autorité contractante" est généralement employé 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 attribué. Cette autorité peut être aussi bien nationale que provinciale ou locale (voir par. 69 et 70 ci-après).

18. Le terme "organisme de réglementation" désigne dans le présent *Guide* l'autorité publique habilitée à publier et à faire appliquer des règles ou une réglementation régissant l'exploitation de l'infrastructure. Cet organisme peut être créé par une loi avec pour but particulier de réglementer un secteur à infrastructures.

### d) *"Construction-exploitation-transfert" et expressions apparentées*

19. 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 le 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'ouvrage est transféré 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 période donnée;

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. L'entité privée est alors propriétaire de l'ouvrage et des actifs jusqu'au transfert à l'autorité contractante;

e) *"Construction-propriété-exploitation"*. Cette expression désigne des projets dans lesquels le concessionnaire est propriétaire de l'ouvrage à titre définitif et n'est pas tenu de le transférer à l'autorité contractante.

20. 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, une infrastructure existante est remise à une entité privée, avec charge pour elle de la moderniser ou de la remettre en état, de l'exploiter et d'en assurer la maintenance, à titre définitif ou pour une 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.

## B. INFORMATIONS GÉNÉRALES CONCERNANT LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

21. 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 degré de concurrence recherché dans chaque secteur, la façon dont chacun d'eux est structuré et les mécanismes qui permettent d'assurer le bon fonctionnement du 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.

22. 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.

### 1. Investissement privé et politique en matière d'infrastructures

23. Les mesures à prendre pour mettre en œuvre une politique d'ouverture à la concurrence de divers secteurs à infrastructures sont essentiellement fonction de la structure du marché. Les principaux éléments qui caractérisent une structure particulière sont les obstacles économiques, juridiques, techniques ou autres à l'entrée des concurrents, le degré d'intégration verticale ou horizontale, le nombre d'entreprises opérant sur le marché et l'existence de biens ou de services de substitution.

#### a) *Politique de concurrence et monopoles*

24. *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.

25. Bien que les monopoles se justifient parfois sur le plan juridique, politique ou social, ils peuvent se révéler néfastes pour l'économie. Un prestataire de services en situation de monopole est en général en mesure de fixer des prix supérieurs à ceux qu'il pratiquerait en situation de concurrence. 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 d'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.

26. 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 les services téléphoniques de base, l'approvisionnement en eau et en électricité, les transports à tarif réduit pour certaines catégories de voyageurs (écoliers ou personnes âgées, par exemple) et divers services destinés aux ruraux ou aux usagers à faible revenu. Le prestataire de services en situation de 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.

27. 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 restreindre la concurrence, mais pendant un certain temps seulement (voir chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 20 à 22).

b) *La concurrence en fonction des secteurs*

28. Il y a peu encore, les situations de monopole dominaient dans la plupart des secteurs à infrastructures, 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.

29. 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 d'infrastructure

30. 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 général. 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.

31. 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, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53). Pour certaines activités, cependant, on ne peut faire naître une concurrence réelle par la simple suppression des obstacles législatifs. 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*

32. 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.

33. 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, par exemple, dans le secteur de l'électricité, avec la séparation des fonctions de production, de transport, de distribution et de fourniture. 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 fréquent 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 (séparation des services de téléphonie cellulaire et câblée, par exemple).

34. 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 d'infrastructure*

*i) Télécommunications*

35. 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*

36. 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 en outre 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.

37. 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 obstacles 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 de réglementation ont été mis en place pour faire fonctionner ces nouveaux marchés de l'énergie: syndicats de producteurs, systèmes de répartition, organismes 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*

38. 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.

39. 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*

40. 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.

41. 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.

42. 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".

43. 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, de restauration et autres services aux avions, ainsi que les services aux passagers (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*

44. 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.

45. Certains pays ont jugé qu'il ne fallait pas laisser d'un seul coup le champ libre à la concurrence. Ils ont donc prévu dans leur législation des droits d'exclusivité temporaire, limité le nombre de prestataires de services publics ou imposé d'autres restrictions à la concurrence. Ces me-

sures ont pour objet de donner à l'entreprise en place assez de temps pour se préparer à la concurrence et adapter ses prix 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 (au moment de la révision des prix, par exemple) 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.

46. Parmi les mesures de transition, on peut citer également la restructuration ou la privatisation du prestataire en place, au moins dans certains pays ayant des entreprises étatiques de service public. Dans la plupart des pays où ces entreprises ont été privatisées, la libéralisation a accompagné ou précédé de manière générale 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.

### 3. Formes de participation du secteur privé aux projets d'infrastructure

47. 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. Il peut exister, dans un secteur donné, plus d'une option.

#### a) *Propriété et exploitation publiques*

48. Lorsque l'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. Il est possible, 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, d'attirer des investisseurs privés.

49. 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 difficile d'établir des mécanismes mutuellement acceptables pour évaluer les résultats de l'exploitant.

#### b) *Propriété publique et exploitation privée*

50. 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".

51. Il existe aussi une autre forme de participation des entreprises privées dans les 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 à 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 d'"affermage".

#### c) *Propriété et exploitation privées*

52. 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 23 à 29).

53. Lorsque l'ouvrage est exploité dans le cadre d'une licence accordée par une autorité publique, 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'autorité publique compétente 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.

## 4. Structures de financement et sources de financement des projets d'infrastructure

### a) *Notion de financement de projet*

54. Les grands projets comprenant la construction d'une infrastructure nouvelle sont souvent exécutés par des personnes morales spécialement créées à cette fin par les promoteurs du projet. Cette nouvelle entité, souvent désignée par le terme "société de projet", devient l'instrument qui permet de mobiliser des capitaux pour le projet. La société de projet n'ayant ni réputation de solvabilité établie, ni bilan antérieur sur lesquels les prêteurs puissent se fonder, on recourt de préférence, pour les nouvelles infrastructures, à un mode de financement dit "financement de projet". Dans ce cas de figure, les prêteurs accordent des crédits dans la mesure où ils estiment que le cash flow et les recettes du projet seront suffisants pour les rembourser. 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.

55. Le financement de projet est aussi 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 ou des actifs attendus 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. Ce mode de financement est généralement appelé "à recours limité".

### b) *Sources de financement des projets d'infrastructure*

56. Des modes de financement autres que le financement public traditionnel jouent un rôle croissant dans le développement des infrastructures. Ces dernières années, de nouveaux investissements ont, dans divers pays, été financés exclusivement ou essentiellement par des fonds privés. Les deux principaux types de financement sont le financement en fonds propres et l'emprunt, ce dernier prenant en général la forme de crédits obtenus sur les marchés commerciaux. Mais il en existe toutefois d'autres. 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".

#### *i) Fonds propres*

57. La première forme de financement des projets d'infrastructure est le financement en fonds propres. Ces fonds sont apportés en premier lieu par les promoteurs du projet ou d'autres investisseurs qui souhaitent acheter des parts de la société concessionnaire. Toutefois, ils ne représentent, normalement, qu'une partie des capitaux nécessaires pour un projet d'infrastructure. Pour obtenir des prêts commerciaux ou avoir accès à d'autres sources de fonds afin de faire face aux besoins, les promoteurs du projet et les autres investisseurs doivent accorder la priorité aux prêteurs et aux autres bailleurs de fonds, en acceptant par conséquent d'être servis en dernier. De la sorte, les promoteurs du projet supportent généralement le risque financier le plus élevé. Mais, en contrepartie, ils recevront la plus grosse part des bénéfices, une fois l'investissement initial récupéré. Un important apport de fonds propres par les promoteurs du projet est généralement bien accueilli 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'intérêt de ces promoteurs pour le projet.

#### *ii) Crédits commerciaux*

58. 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. 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".

#### *iii) Prêts "subordonnés"*

59. 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 fonds, ou parfois pour éviter des taux d'intérêt plus élevés, la possibilité peut être offerte à leurs bailleurs 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 à des parts du concessionnaire à des taux préférentiels.

#### *iv) Investisseurs institutionnels*

60. Il est possible d'obtenir des prêts subordonnés, en plus de ceux qui sont accordés par les promoteurs du pro-

jet 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. Si elles acceptent le risque que représente la fourniture de capitaux à de tels projets, c'est essentiellement en raison des perspectives de rémunération et d'une volonté de diversifier leurs investissements.

*v) Marchés financiers*

61. À mesure que s'étend l'expérience en matière de projets d'infrastructure à financement privé, on a de plus en plus recours aux marchés financiers. 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 de réglementation et le respect des dispositions en vigueur dans la juridiction concernée, telles que celles qui ont trait aux informations à fournir dans le prospectus d'émission et, dans certaines juridictions, l'enregistrement préalable. Les obligations et autres instruments négociables peuvent n'être garantis que par la réputation générale de l'émetteur, ou bien être garantis par une hypothèque ou un autre nantissement sur un bien particulier.

62. 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.

*vi) Financement par des institutions financières islamiques*

63. Il existe un groupe supplémentaire de bailleurs de fonds potentiels, à savoir les établissements financiers islamiques. Ils 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 en application de limites strictes au droit de faire payer des 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 des établissements financiers aux résultats des opérations de leurs clients. De ce fait, ces établissements peuvent être davantage disposés que d'autres banques commerciales à envisager une participation directe ou indirecte au capital.

*vii) Financement par des institutions financières internationales*

64. 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 ou des banques régionales de développement.

65. Les institutions financières internationales peuvent également contribuer à la formation de "syndicats financiers" pour l'octroi de prêts à un 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, soit en vertu d'accords particuliers, soit sur la base 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 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", par. 61 à 71).

*viii) Appui d'organismes de crédit à l'exportation et de promotion de l'investissement*

66. Les organismes de crédit à l'exportation et de promotion de l'investissement 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 taux fixe (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 72 à 74).

*ix) Association de fonds publics et privés*

67. 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 des projets nouveaux. 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. 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 (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 40 et 41).

## 5. Principales parties associées à la mise en œuvre de projets d'infrastructure

68. 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".

### a) *L'autorité contractante et autres autorités publiques*

69. 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 licences ou de permis) d'autorités publiques autres 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.

70. L'autorité contractante ou une autre autorité publique 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 susceptible d'assurer 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.

### b) *La société de projet et les promoteurs du projet*

71. 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 désignées dans le *Guide* par le terme "promoteurs". 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. 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 l'État ou une entreprise publique) peuvent également participer. La participation d'investisseurs locaux, lorsque la société de projet doit être établie selon le droit du pays hôte (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 12 à 18), est parfois encouragée par l'État.

### c) *Les prêteurs*

72. Les risques auxquels s'exposent les prêteurs dans un financement de projet, qu'il s'agisse d'un financement sans recours ou avec recours limité, sont considérablement plus élevés que dans les formules 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 "marché" où ces avoirs pourraient être facilement vendus ou lorsqu'ils constituent des obstacles au recouvrement des créances ou à la revendication. Ces facteurs influent 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.

73. 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 et de leur répartition, voir le chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29). 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 étapes 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 le font parfois en vertu d'un accord de prêt commun. Lorsque divers mécanismes de crédit sont prévus dans des accords de prêt séparés, les prêteurs 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.

### d) *Les institutions financières internationales et les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements*

74. Les institutions financières internationales et les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements 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 nationaux 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 types (voir aussi chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 18).

e) *Les assureurs*

75. 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 119 et 120). 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 une autorité publique 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, les banques régionales de développement ou des organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements peuvent offrir une assurance contre les risques politiques (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 61 à 74).

f) *Les experts et conseillers indépendants*

76. 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 juridiques internationaux 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 les autorités publiques à concevoir des stratégies pour un secteur particulier et à mettre en place un cadre juridique et réglementaire approprié. Ils peuvent en outre 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.

77. Outre les entités privées, un certain nombre d'organisations intergouvernementales (par exemple, l'ONUDI et 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.

---

**A/CN.9/471/Add.2**

## Chapitre premier. Cadre législatif et institutionnel général

### TABLE DES MATIÈRES


| | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|
| RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION ..... | | 89 |
| NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION ..... | 1-53 | 90 |
| A. Remarques générales ..... | 1 | 90 |
| B. Cadre constitutionnel et législatif ..... | 2-14 | 90 |
| 1. Principes directeurs généraux pour l'instauration d'un cadre constitutionnel et législatif favorable ..... | 3-6 | 90 |

| | | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|---|
| 2. | Le droit constitutionnel et les projets d'infrastructure à financement privé | 7-9 | 91 |
| 3. | Législation générale et sectorielle | 10-14 | 91 |
| C. | Étendue du pouvoir d'octroyer des concessions | 15-22 | 92 |
| 1. | Organismes autorisés et domaines d'activité pertinents | 16-18 | 92 |
| 2. | Objectif et nature des concessions | 19-22 | 92 |
| D. | Coordination administrative | 23-29 | 93 |
| 1. | Coordination des mesures préparatoires | 25-26 | 93 |
| 2. | Modalités visant à faciliter la délivrance de licences et de permis | 27-29 | 93 |
| E. | Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure | 30-53 | 94 |
| 1. | Compétences sectorielles et attributions des organismes de réglementation | 33-35 | 94 |
| 2. | Mécanismes institutionnels | 36-38 | 95 |
| 3. | Attributions des organismes de réglementation | 39-42 | 95 |
| 4. | Composition et budget des organismes de réglementation | 43-45 | 96 |
| 5. | Réglementation: mécanisme et procédures | 46-48 | 96 |
| 6. | Recours contre les décisions de l'organisme de réglementation | 49-50 | 97 |
| 7. | Règlement des différends entre prestataires de services publics | 51-53 | 97 |


## RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

Il est recommandé aux pays hôtes souhaitant promouvoir des projets d'infrastructure à financement privé d'appliquer dans leur droit interne les principes ci-après:

*Cadre constitutionnel et législatif (voir par. 2 à 14)*

*Recommandation 1.* Le cadre législatif et institutionnel nécessaire à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé devrait avoir pour objectif d'assurer la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets. Toutes restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures devraient être éliminées.

*Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions (voir par. 15 à 22)*

*Recommandation 2.* La loi devrait spécifier les autorités publiques du pays hôte (à savoir, selon qu'il convient, les autorités nationales, provinciales et locales) habilitées à conclure des accords pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé.

*Recommandation 3.* Les projets d'infrastructure à financement privé peuvent comprendre des concessions pour la construction et l'exploitation de nouveaux ouvrages et de nouveaux systèmes ou pour la maintenance, la modernisation, l'expansion et l'exploitation d'ouvrages et de systèmes existants.

*Recommandation 4.* La loi devrait spécifier les secteurs ou les types d'infrastructure pour lesquels des concessions peuvent être attribuées.

*Recommandation 5.* La loi devrait spécifier dans quelle mesure une concession peut s'étendre à l'ensemble de la région relevant de la compétence de l'autorité contractante ou seulement à une subdivision géographique de cette région ou encore à un projet particulier, et si elle peut être attribuée avec ou sans droit d'exclusivité, selon les cas, conformément aux règles et principes de droit, aux dispositions législatives, à la réglementation et aux politiques s'appliquant au secteur visé. Les autorités contractantes pourraient être habilitées à s'unir pour attribuer des concessions lorsque la compétence de chacune d'entre elles est en jeu.

*Coordination administrative (voir par. 23 à 29)*

*Recommandation 6.* Des mécanismes institutionnels devraient être établis afin de coordonner les activités des autorités publiques chargées de délivrer les approbations, licences, permis ou autorisations requis pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l'exploitation des ouvrages du type proposé.

*Fonction de réglementation des services d'infrastructure (voir par. 30 à 53)*

*Recommandation 7.* La fonction de réglementation des services d'infrastructure ne devrait pas être confiée à des entités qui fournissent directement ou indirectement des services d'infrastructure.

*Recommandation 8.* La fonction de réglementation devrait être confiée à des organismes fonctionnellement indépendants et ayant une autonomie suffisante, de manière à ce que les décisions soient prises sans ingérence politique ou pressions inopportunes des exploitants d'infrastructures et des prestataires de services publics.

*Recommandation 9.* Les règles régissant les procédures de réglementation devraient être publiées. Les décisions touchant à la réglementation devraient être motivées et accessibles aux parties intéressées par voie de publication ou par d'autres moyens.

*Recommandation 10.* La loi devrait établir des procédures transparentes en vertu desquelles le concessionnaire pourrait demander une révision des décisions touchant à la réglementation par un organisme indépendant et impartial et énoncer les motifs pouvant fonder une demande de révision ainsi que les possibilités de recours judiciaire.

*Recommandation 11.* Des procédures spéciales devraient être établies, s'il y a lieu, pour régler les différends entre les prestataires de services publics concernant les infractions présumées aux lois et réglementations régissant le secteur visé.

## NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

### A. REMARQUES GÉNÉRALES

1. L'instauration d'un environnement propice aux investissements privés d'infrastructure suppose la mise en place préalable d'un cadre juridique approprié et efficace. Dans les pays qui ont déjà un tel cadre, il importe de veiller à ce que la loi soit suffisamment souple et adaptable pour ne pas prendre de retard par rapport à l'évolution de la pratique dans divers secteurs d'infrastructure. Le présent chapitre traite de certaines questions générales qu'il est recommandé aux législateurs des différents pays d'examiner lorsqu'ils mettent en place ou revoient le cadre juridique applicable aux projets d'infrastructure à financement privé afin d'atteindre les objectifs ci-dessus. La section B (par. 2 à 14) expose des considérations générales sur le cadre constitutionnel et législatif; la section C (par. 15 à 22) traite de l'étendue du pouvoir d'attribuer des concessions; la section D (par. 23 à 29) examine des mesures possibles pour améliorer la coordination administrative; et la section E (par. 30 à 53) porte sur les mécanismes institutionnels et les procédures qui s'appliquent en matière de réglementation des secteurs d'infrastructure.

### B. CADRE CONSTITUTIONNEL ET LÉGISLATIF

2. Cette section énonce les principes généraux dont pourraient s'inspirer les législateurs nationaux pour instaurer le cadre juridique des projets d'infrastructure à financement privé. Il indique en outre les incidences possibles du droit constitutionnel du pays hôte sur l'exécution de ces projets et examine brièvement les choix possibles concernant le niveau et le type d'instrument qu'il peut être nécessaire de promulguer et leur champ d'application.

#### 1. Principes directeurs généraux pour l'instauration d'un cadre constitutionnel et législatif favorable

3. Lorsqu'ils envisagent d'instaurer un cadre juridique favorable ou examinent l'efficacité du cadre existant, les législateurs nationaux peuvent souhaiter prendre en compte certains principes généraux qui ont été à l'origine de mesures législatives prises récemment dans divers pays, et qui sont brièvement passées en revue dans les paragraphes qui suivent.

##### a) *Transparence*

4. Un cadre juridique transparent se caractérise par des règles claires et facilement accessibles ainsi que par des procédures permettant de les appliquer efficacement. Des lois et des procédures administratives transparentes sont des gages de prévisibilité, elles permettent aux investisseurs potentiels d'estimer les coûts et les risques de leur investissement et, par conséquent, de proposer leurs conditions les plus avantageuses. Elles peuvent en outre favoriser l'ouverture, grâce à des dispositions exigeant la publication de décisions administratives et la divulgation d'informations d'intérêt général. Elles contribuent aussi à éviter des mesures ou des décisions arbitraires ou abusives de l'autorité contractante ou de ses responsables et aident ainsi à promouvoir la confiance dans le programme de construction des infrastructures d'un pays. Cette transparence est particulièrement importante lorsque l'on veut attirer des investissements étrangers, car les sociétés étrangères ne connaissent pas nécessairement les pratiques du pays en matière d'attribution de projets d'infrastructure.

##### b) *Équité*

5. Le cadre juridique est à la fois le moyen par lequel l'État réglemente et assure la fourniture de services publics à la population et celui par lequel les prestataires de services publics et leurs consommateurs peuvent protéger leurs droits. Un cadre juridique équitable tient compte des divers intérêts (qui peuvent parfois être contradictoires) de l'État, des prestataires de services publics et de leurs clients et cherche à établir entre eux un juste équilibre. Les considérations commerciales du secteur privé, le droit des usagers à des services satisfaisants sur le plan de la qualité comme sur celui du prix, la responsabilité qu'a l'État d'assurer la fourniture continue de services essentiels et son rôle dans la promotion du développement des infrastructures nationales ne sont que quelques-uns des intérêts qu'il convient de dûment reconnaître dans la loi.

##### c) *Viabilité à long terme*

6. Un objectif important de la législation nationale sur la construction d'infrastructures est d'assurer la fourniture à long terme de services publics, une attention croissante étant accordée à la viabilité écologique. Des dispositions inadéquates, en matière d'exploitation et de maintenance des infrastructures publiques, limitent considérablement l'efficacité dans tous les secteurs d'infrastructure et se traduisent directement par une baisse de la qualité des services et une hausse des coûts pour les usagers. Du point de

vue législatif, il importe de veiller à ce que le pays hôte ait la capacité institutionnelle d'entreprendre les diverses tâches confiées aux autorités publiques associées à des projets d'infrastructure à toutes les phases de leur mise en œuvre. Un autre moyen d'accroître la viabilité à long terme d'une politique nationale d'infrastructure consiste à trouver un bon équilibre entre la fourniture compétitive et monopolistique de services publics. La concurrence peut faire baisser les coûts globaux et offrir des possibilités plus nombreuses de substitution pour les services essentiels. Dans certains secteurs, la concurrence a également contribué à accroître la productivité des investissements d'infrastructure, à mieux répondre aux besoins des consommateurs et à obtenir une meilleure qualité des services publics, améliorant, ce faisant, le climat des affaires dans tous les secteurs de l'économie.

### 2. Le droit constitutionnel et les projets d'infrastructure à financement privé

7. 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 construction 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 bien il est exigé que l'État participe au capital des sociétés fournissant des services publics.

8. Pour les pays qui souhaitent promouvoir les investissements d'infrastructure privés, 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 litiges qui ont eu un effet négatif sur la mise en œuvre des projets.

9. 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 (voir, plus loin, chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 23 à 29).

### 3. Législation générale et sectorielle

10. 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.

11. Dans certains pays, il peut être nécessaire, du fait du droit constitutionnel ou de la pratique législative, d'adopter des lois spéciales pour certains projets. 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.

12. Toutefois, par sa nature, la législation générale n'est pas à même, normalement, de satisfaire à toutes les exigences particulières des différents secteurs. Même dans les pays qui ont adopté une législation générale abordant les questions intersectorielles, on a constaté qu'une législation sectorielle supplémentaire permettait au législateur de formuler des règles tenant compte, dans chaque secteur, de la structure du marché (voir, ci-dessus, "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 21 à 46). Il convient de noter que 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 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.

13. 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 30 à 53 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 a également pour avantage de donner l'assurance 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 des dispositions législatives rigides ou trop détaillées, concernant les aspects contractuels de l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé, car, dans la plupart des cas, elles ne seraient pas adaptées à leur longue durée.

14. De nombreux pays ont utilisé la législation 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 le meilleur instrument pour définir des obligations techniques et financières détaillées. De nombreux pays ont préféré promulguer des règlements énonçant des règles plus détaillées pour appliquer les dispositions générales du droit interne relatives aux projets d'infrastructure à financement privé. On considère qu'il est plus facile d'adapter ces règlements à un changement de l'environnement, que ce changement résulte de l'adoption de 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 faut que la clarté et la prévisibilité en soient des éléments essentiels.

## C. ÉTENDUE DU POUVOIR D'OCTROYER DES CONCESSIONS

15. La mise en œuvre de projets d'infrastructure à financement privé peut exiger la promulgation d'une législation ou de règlements spéciaux permettant aux autorités publiques de confier la fourniture de services publics à des entités privées. 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. Les éléments fondamentaux du pouvoir d'octroyer des concessions pour des projets d'infrastructure sont examinés dans les paragraphes qui suivent.

### 1. Organismes autorisés et domaines d'activité pertinents

16. Dans certains systèmes juridiques, les autorités publiques ne peuvent déléguer la fourniture de services publics sans autorisation législative préalable. Pour les pays qui souhaitent attirer des investissements privés dans les infrastructures, il est important que la loi énonce clairement qu'il est permis de confier le droit de fournir certains services publics à des entités autres que les autorités publiques. Une telle disposition générale 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 (voir plus loin, au chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 37 et 38).

17. Lorsqu'une législation générale est adoptée, il serait également bon qu'elle identifie clairement les autorités publiques ou les niveaux de l'État qui sont compétents pour attribuer des projets d'infrastructure et pour agir comme autorités contractantes. Afin d'éviter des retards inutiles, il est particulièrement indiqué d'avoir des règles permettant de savoir quelles personnes ou quels services ont le pouvoir de prendre des engagements au nom de l'autorité contractante (et, le cas échéant, d'autres autorités publiques) aux différentes étapes de la négociation et de signer l'accord du projet. Il est 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 les projets où interviennent des services ou des organismes à différents niveaux de l'État (par exemple, aux niveaux national, provincial ou local), il peut être nécessaire, lorsque tous ces services et organismes ne peuvent être identifiés à l'avance, de prendre d'autres mesures pour assurer entre eux une coordination efficace (voir, par. 23 à 29 ci-dessous).

18. Pour plus de clarté, il convient de recenser dans cette législation générale les secteurs dans lesquels des concessions peuvent être octroyées. À l'inverse, lorsque cela est jugé impossible ou non souhaitable, la loi peut indiquer des activités ne pouvant faire l'objet d'une concession (par exemple, des activités liées à la défense ou à la sécurité nationales).

### 2. Objectif et nature des concessions

19. Il peut 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" et "construction-transfert"). Toutefois, étant donné la grande diversité des formules qui peuvent être retenues en vue d'un investissement d'infrastructure privé, 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 toute autre rémunération convenu(e) 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'extension 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. Il s'agit notamment de savoir si le droit de fournir le service est un droit exclusif ou si le concessionnaire devra faire face à la concurrence d'autres ouvrages 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 na-

tionale 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 particulier ou à une catégorie de projets devrait être prise à la lumière de la politique appliquée par le pays hôte au secteur intéressé. Comme on l'a vu plus haut, l'ampleur de la concurrence varie sensiblement dans différents secteurs d'infrastructures. Alors que certains secteurs, ou segments de secteurs, 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", par. 28 et 29).

22. Il est donc souhaitable 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 l'octroi de concessions exclusives lorsque l'on estime que cela sert l'intérêt général, par exemple dans le cas où l'exclusivité est justifiée pour garantir la viabilité technique ou économique du projet. L'autorité contractante peut être tenue d'indiquer pourquoi elle envisage une concession exclusive avant d'entamer la procédure de sélection des concessionnaires. Cette législation générale peut être complétée par des lois sectorielles réglant la question de l'exclusivité en fonction des particularités de chaque secteur.

## D. COORDINATION ADMINISTRATIVE

23. Selon la structure administrative du pays hôte, les projets d'infrastructure à financement privé peuvent exiger la participation de plusieurs autorités publiques à divers niveaux de l'État. Par exemple, les règlements régissant l'activité concernée peuvent être dictés en totalité ou en partie par une autorité publique située à un autre niveau que celle qui est chargée 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 une autorité publique différente. Pour les projets où interviennent des investissements étrangers, il peut également arriver que certaines attributions particulières relèvent de la compétence d'un organisme chargé d'approuver les propositions d'investissements étrangers.

24. L'expérience internationale récente a montré l'intérêt qu'il y avait à confier à une unité centrale de l'administration du pays hôte la responsabilité à la fois de formuler la politique à suivre et de fournir des orientations pratiques concernant les projets d'infrastructure à financement privé. Cette unité peut aussi être chargée de coordonner les apports des différentes autorités publiques qui sont en relation avec la société de projet. Un tel arrangement peut toutefois être impossible dans certains pays, en raison de leur organisation administrative particulière. En pareil cas, d'autres mesures peuvent être envisagées pour assurer un niveau de coordination satisfaisant entre les diverses autorités publiques concernées, comme cela est exposé dans les paragraphes qui suivent.

### 1. Coordination des mesures préparatoires

25. Une mesure importante pour assurer la bonne exécution des projets d'infrastructure à financement privé est d'exiger que l'autorité publique compétente fasse une évaluation préliminaire de la faisabilité du projet, y compris d'aspects économiques et financiers tels que les avantages économiques attendus, le coût estimé et les recettes potentielles de l'exploitation de l'infrastructure, ainsi que de l'impact du projet sur l'environnement. Les études réalisées par l'autorité contractante devraient en particulier identifier clairement le produit attendu du projet, donner une justification suffisante de l'investissement, proposer une modalité de participation du secteur privé, et indiquer une solution particulière permettant de satisfaire à l'exigence concernant le produit.

26. 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'autorité contractante fasse le point sur les conditions légales ou réglementaires existantes en matière d'exploitation d'infrastructures du type proposé afin de recenser les principales autorités publiques 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 autorités publiques concernées s'acquittent des obligations auxquelles elles peuvent raisonnablement s'attendre dans le cadre du projet. Par exemple, l'État peut être amené à prendre des dispositions budgétaires prévisionnelles, pour permettre à l'autorité contractante ou aux autres autorités publiques de faire face à des 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, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 50 et 51). En outre, une série de mesures administratives peuvent être nécessaires 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, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 51 à 54), et cela peut prendre beaucoup de temps.

### 2. Modalités visant à faciliter la délivrance de licences et de permis

27. La législation peut jouer un rôle utile en facilitant la délivrance de licences et de permis 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; et attribution de fréquences pour les communications mobiles). Les licences ou les permis 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. Un retard dans la mise en service d'un projet d'infrastructure du fait de l'absence de licences ou de permis pour des raisons non imputables au concessionnaire risque de majorer le coût du projet et le prix payé par les usagers.

28. Ainsi, il convient d'évaluer à un stade précoce quels sont les licences et les permis nécessaires pour un projet particulier afin d'éviter des retards dans la phase de mise en œuvre. Une mesure susceptible d'améliorer la coordination dans la délivrance des licences et permis pourrait être de confier à un seul organe le pouvoir de recevoir les demandes de licences et de permis, de les transmettre aux organismes compétents et de contrôler la délivrance de la totalité des licences et permis énumérés 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 et permis provisoires et stipuler un délai au-delà duquel ils sont réputés être accordés à moins d'avoir été refusés par écrit.

29. Toutefois, il convient de noter que la répartition du pouvoir administratif entre divers niveaux de l'État (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'administration centrale n'est pas en mesure d'assumer la responsabilité de la délivrance de la totalité des licences et permis ou de confier cette fonction de coordination à un organisme unique. Dans de tels cas, il serait important de mettre en place des mesures pour éviter les retards qui pourraient résulter d'une telle répartition du pouvoir administratif comme des accords entre l'autorité contractante et les autres autorités publiques concernées afin de faciliter les procédures dans le cas d'un projet particulier, ou d'autres mesures visant à assurer un degré de coordination satisfaisant entre les diverses autorités publiques concernées, et 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 requises 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 différentes autorités publiques, il est nécessaire de veiller à la cohérence de l'application des critères de délivrance des licences et à la transparence des procédures administratives.

## E. POUVOIR DE RÉGLEMENTER LES SERVICES D'INFRASTRUCTURE

30. La prestation de divers services publics est généralement soumise à un régime de réglementation spécial qui peut comprendre des règles de fond, des procédures, des instruments et des institutions. Ce cadre constitue un outil important pour la mise en œuvre de la politique gouvernementale en faveur du secteur visé (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 21 à 46). Selon la structure institutionnelle du pays concerné et la répartition du pouvoir entre les différents niveaux de l'administration, certains secteurs d'infrastructure peuvent être régis totalement par la législation provinciale ou locale ou en partie par cette dernière et par la législation nationale.

31. 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, le chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 39 à 46 et 82 à 95), 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. Le terme "organisme de réglementation" désigne les mécanismes institutionnels nécessaires pour mettre en œuvre et suivre l'application des règles régissant les activités des exploitants d'infrastructures. Étant donné que ces règles laissent souvent une certaine marge de manœuvre, il faut un organe pour les interpréter et les appliquer, veiller à ce qu'elles soient respectées, imposer des sanctions et régler les différends auxquels donne lieu leur mise en œuvre. Les tâches précises de réglementation et la marge de manœuvre qu'elles comportent seront déterminées par les règles elles-mêmes, qui peuvent être très variables.

32. 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 de réglementation pour contrôler la fourniture des services publics, la présente section examine certaines des principales questions institutionnelles et de procédure qui peuvent se poser 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. Compétences sectorielles et attributions des organismes de réglementation

33. Les fonctions de réglementation peuvent être organisées 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 de réglementation 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 de réglementation 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 de réglementation peuvent aussi s'étendre à plusieurs secteurs à l'intérieur d'une même région.

34. Les organismes de réglementation 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.

35. La loi instituant un mécanisme réglementaire énonce souvent plusieurs objectifs généraux qui devraient orienter l'action des organismes de réglementation (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 de réglementation et à fixer des priorités entre des objectifs parfois conflictuels. Doté d'une mission clairement définie, un organisme de réglementation peut avoir davantage d'autonomie et de crédibilité.

### 2. Mécanismes institutionnels

36. L'éventail des mécanismes institutionnels de réglementation des secteurs d'infrastructure est très large. Tandis que certains pays confient les fonctions de réglementation à des organismes publics (par exemple, aux ministères ou aux services administratifs intéressés), d'autres pays préfèrent créer des organismes de réglementation 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, les pouvoirs peuvent également être partagés entre un organisme de réglementation 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 de réglementation un niveau approprié d'efficacité, compte tenu des traditions du pays en matière politique, juridique et administrative.

37. 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 de réglementation 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 touchant à la réglementation. Afin de parvenir au niveau souhaité d'indépendance, il est recommandé de séparer les fonctions de réglementation des fonctions opérationnelles en retirant aux prestataires de services publics toute fonction de réglementation qui pourrait encore leur échoir et en les confiant à une entité juridiquement et fonctionnellement indépendante. L'indépendance des organismes de réglementation est étayée par des dispositions visant à prévenir les conflits d'intérêt, comme l'interdiction, pour le personnel de l'organisme de réglementation, 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.

38. 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 davantage sur des critères politiques que techniques. Dans certains pays, il a été jugé nécessaire d'accorder à l'organisme de réglementation un certain degré d'autonomie envers les organes politiques de l'État. L'indépendance et l'autonomie de la fonction de réglementation 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).

### 3. Attributions des organismes de réglementation

39. Les organismes de réglementation 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, ils 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 de réglementation. Il importe, à cet égard, que la situation soit claire pour éviter tout conflit ou confusion inutiles. Les investisseurs ainsi que les consommateurs et les autres parties intéressées doivent savoir à qui adresser leurs différentes requêtes, demandes ou plaintes.

40. Par exemple, le choix des prestataires de services publics est un processus qui associe, dans de nombreux pays, l'État et l'organisme de réglementation. 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 de réglementation 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 de réglementation avant d'octroyer une concession. Certains pays, en revanche, excluent toute participation directe des organismes de réglementation 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.

41. La compétence des organismes de réglementation 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 entreprises 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 de réglementation, 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 leurs prix.

42. Les questions sur lesquelles les organismes de réglementation doivent se prononcer sont variées: fonctions normatives (règles d'octroi de concessions et 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 prix; contrôle des subventions, exemptions ou autres avantages susceptibles de fausser la concurrence dans le secteur; sanctions; règlement des différends.

### 4. Composition et budget des organismes de réglementation

43. Lorsqu'ils ont créé un organisme de réglementation, 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 de réglementation, 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.

44. Pour renforcer l'autonomie de l'organisme de réglementation, il peut être utile d'associer au processus de désignation diverses institutions. Dans certains pays, les organismes de réglementation 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 de réglementation 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 exigées des responsables des organismes de réglementation ainsi que l'absence de conflits d'intérêt qui risqueraient de les disqualifier. Les mandats des membres des organismes de réglementation 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 de réglementation 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.

45. Des sources de financement stables sont indispensables au bon fonctionnement de l'organisme de réglementation. Dans de nombreux pays, le budget de cet organisme 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 organisme 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.

### 5. Réglementation: mécanisme et procédures

46. 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. La crédibilité du processus réglementaire exige transparence et objectivité, que la fonction réglementaire soit exercée par un ministère ou par un organisme de réglementation autonome. Les règles et procédures doivent être objectives et claires de façon à garantir l'équité, l'impartialité et l'intervention de l'organisme de réglementation en temps utile. Pour plus de transparence, la législation devrait exiger qu'elles soient rendues publiques. Les décisions réglementaires devraient être motivées et communiquées aux parties intéressées par voie de publication ou par quelque autre moyen que ce soit.

47. La transparence pourra être renforcée, ainsi que l'exigent certaines législations, par la publication, par l'organisme de réglementation, 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 de réglementation 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.

48. Les décisions en matière de réglementation 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.

### 6. Recours contre les décisions de l'organisme de réglementation

49. Les mécanismes permettant aux prestataires de services publics de demander une révision des demandes touchant à la réglementation sont un autre élément important de régime de réglementation du pays hôte. Comme pour l'ensemble du processus de réglementation, un degré élevé de transparence et de crédibilité est essentiel. Pour être crédible, le recours devrait être confié à une entité indépendante de l'organisme de réglementation qui a pris la décision initiale, des autorités politiques du pays hôte et des prestataires de services publics.

50. Le recours contre des décisions des organismes de réglementation relève souvent de la compétence des juridictions étatiques, mais, dans certains systèmes juridiques, il est de la compétence exclusive de tribunaux spéciaux s'occupant uniquement de questions administratives et qui, dans certains pays, ne font pas partie du système judiciaire. S'il y a des inquiétudes quant au processus de recours (au sujet, par exemple, de retards possibles ou de la capacité des tribunaux à faire des évaluations lorsque des décisions touchant à la réglementation abordent des questions économiques complexes), les fonctions de recours peuvent être confiées à un autre organisme, au moins dans un premier temps, avant que soient saisis en dernier ressort des tribunaux de l'ordre judiciaire ou administratif. Dans certains pays, les demandes de recours sont examinées par un organe de surveillance transsectoriel à haut niveau indépendant. Dans d'autres, les demandes sont examinées par un groupe composé de personnes exerçant des fonctions judiciaires et universitaires spécifiées. Quant aux motifs sur lesquels une demande de recours peut être fondée, des limites sont fixées dans de nombreux cas, en particulier pour ce qui est du droit de l'organe d'appel de substituer sa propre évaluation discrétionnaire des faits à celle de l'organe dont la décision fait l'objet de la révision.

### 7. Règlement des différends entre prestataires de services publics

51. Des différends peuvent apparaître entre concessionnaires rivaux (par exemple, deux opérateurs de systèmes de téléphone cellulaire) ou entre concessionnaires fournissant des services dans des segments distincts du même secteur d'infrastructure. Ces différends peuvent donner lieu à des accusations de pratiques commerciales déloyales (par exemple, dumping de prix), de pratiques anticoncurrentielles incompatibles avec la politique du pays en matière d'infrastructure (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 23 à 29) ou de violation de certaines obligations des prestataires de services publics (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 82 à 93). De nombreux pays ont jugé que des dispositions législatives étaient nécessaires pour mettre en place un cadre approprié pour le règlement de ces différends.

52. D'une part, les diverses parties n'ont pas nécessairement conclu entre elles des arrangements contractuels prévoyant un mécanisme approprié de règlement des différends. Même là où il serait possible de le faire, le pays hôte peut avoir intérêt à ce que les différends portant sur certaines questions (par exemple, les conditions d'accès à un réseau donné d'infrastructure) soient réglés par un organe particulier de façon à assurer une application cohérente des règles pertinentes. D'autre part, certains conflits entre prestataires de services publics peuvent porter sur des questions qui, selon les lois du pays hôte, ne sont pas arbitrables.

53. Les lois internes prévoient souvent des procédures administratives pour le règlement de différends entre prestataires de services publics. En général, ces derniers peuvent porter plainte devant l'organisme de réglementation ou un autre organisme public responsable d'appliquer les règles dont la violation est alléguée (par exemple, un organisme chargé de faire respecter les lois et les règlements sur la concurrence), qui, dans certains pays, a le pouvoir de rendre une décision contraignante en la matière. De tels mécanismes, même lorsqu'ils sont obligatoires, n'excluent pas nécessairement le recours des personnes lésées aux tribunaux, bien que dans certains systèmes juridiques ces derniers aient seulement le pouvoir de vérifier la légalité de la décision (par exemple, garantie d'une procédure régulière), mais non de se prononcer sur le fond.

**A/CN.9/471/Add.3**

# Chapitre II. Risques de projet et appui des pouvoirs publics

## TABLE DES MATIÈRES


| | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|
| RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION | | 98 |
| NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS RELATIVES À LA LÉGISLATION | 1-74 | 98 |
| A. Remarques générales | 1-7 | 98 |
| B. Risques de projet et répartition des risques | 8-29 | 99 |
| 1. Aperçu des principales catégories de risque de projet | 11-20 | 100 |
| 2. Arrangements contractuels pour la répartition et l'atténuation des risques | 21-29 | 101 |
| C. Appui des pouvoirs publics | 30-60 | 103 |
| 1. Considérations pratiques concernant l'appui des pouvoirs publics | 32-34 | 103 |
| 2. Formes d'appui des pouvoirs publics | 35-60 | 104 |
| D. Garanties accordées par des institutions financières internationales | 61-71 | 108 |
| 1. Garanties accordées par des institutions de prêt multilatérales | 62-66 | 108 |
| 2. Garanties accordées par l'Agence multilatérale de garantie des investissements | 67-71 | 109 |
| E. Garanties accordées par des organismes de crédit à l'exportation et des agences de promotion des investissements | 72-74 | 110 |


## RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

Il est recommandé aux pays hôtes souhaitant promouvoir des projets d'infrastructure à financement privé d'appliquer dans leur droit interne les principes ci-après:

*Risques de projet et répartition des risques (voir par. 8 à 29)*

*Recommandation 12.* Aucune limitation légale ou réglementaire inutile ne devrait limiter la faculté de l'autorité contractante de convenir d'une répartition des risques adaptée aux besoins du projet.

*Appui des pouvoirs publics (voir par. 30 à 60)*

*Recommandation 13.* La loi devrait clairement indiquer les autorités publiques du pays hôte qui sont autorisées à fournir un appui financier ou économique pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé et quelles formes cet appui peut revêtir.

## NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS RELATIVES À LA LÉGISLATION

### A. REMARQUES GÉNÉRALES

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 assumé par la société de projet, d'autres investisseurs et prêteurs (ainsi que leur capacité 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. 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 de projet.

3. Le financement de 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 de 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 de 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 (voir également "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 54 et 55).

4. La méthodologie financière sur laquelle se base le financement de projet exige une projection précise des dépenses d'investissement, des recettes et des coûts, frais, taxes et engagements liés au projet. Pour prévoir ces montants avec précision et certitude, 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.

5. 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 associé à des 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 pour se prémunir contre ces risques, en particulier, que le financement de projet est souvent assorti d'une assurance ou de garanties d'institutions financières internationales et d'organismes de crédit à l'exportation, ainsi que de garanties du pays hôte.

6. La section B du présent chapitre (par. 8 à 29) 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 (par. 30 à 60) 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 (par. 61 à 71) et E (par. 72 à 74) présentent les garanties et les mesures d'appui qui peuvent être mises en œuvre par des organismes de crédit à l'exportation et des agences de promotion des investissements.

7. 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, "Construction et exploitation de l'infrastructure"; chapitre V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet"; chapitre VI, "Règlement des différends"; et chapitre VII, "Autres domaines pertinents du droit".

## B. RISQUES DE PROJET ET RÉPARTITION DES RISQUES

8. 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 escomptent 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, par exemple), l'exposition de chaque partie au risque variera en fonction du rôle que celle-ci joue dans le projet.

9. 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 (par exemple, versement de dommages-intérêts à l'autorité contractante au titre du retard dans la mise en exploitation

de l'ouvrage); certaines pertes (par exemple, perte de recettes résultant de la mise en exploitation tardive de l'ouvrage); ou dépenses supplémentaires (par exemple, frais de réparation d'équipements défectueux ou de fourniture d'équipements de substitution).

10. 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

11. À des fins d'illustration, les paragraphes suivants offrent un aperçu des principales catégories de risque de projet et donnent des exemples de 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 *Les projets CET — Guide de l'ONUDI*[1].

#### a) *Interruption d'un projet causée par des événements échappant au contrôle des parties*

12. 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, provoquant un retard dans la construction, une perte de recettes et d'autres pertes. Des événements graves peuvent causer des dommages physiques, voire des destructions irréparables (pour un examen des conséquences juridiques de la survenue de tels événements, voir le chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 131 à 139).

[1]Publication de l'ONUDI, numéro de vente: UNIDO.95.6.F, ci-après appelée "*Les projets CET – Guide de l'ONUDI*".

#### b) *Interruption d'un projet causée par des actes préjudiciables des pouvoirs publics ("risque politique")*

13. 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" (par exemple, 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 (par exemple, introduction de normes plus rigoureuses de prestation des services ou ouverture d'un secteur à la concurrence); et risques "quasi commerciaux" (par exemple, 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) (pour un examen des conséquences juridiques de la survenue de tels événements, voir le chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 122 à 125). 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*

14. Les principaux risques encourus par les parties pendant la phase de construction sont le risque 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. Les pouvoirs publics, en tant que représentant de l'intérêt général, se préoccupent habituellement des risques liés à la sûreté ou des dommages causés à l'environnement par une exploitation défectueuse de l'infrastructure.

15. 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

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.

16. Certains de ces risques, cependant, peuvent également résulter de mesures spécifiques prises par l'autorité contractante, par d'autres autorités 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 de 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 (par exemple, électricité ou gaz) par les pouvoirs publics.

#### d) *Risques commerciaux*

17. 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.

18. 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 lorsque, 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 péage, car il n'y a pas de modèle de circulation pouvant servir de base actuarielle.

#### e) *Taux de change et autres risques financiers*

19. Le risque de change a trait à la possibilité qu'une évolution défavorable des taux de change réduise la valeur de change 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 libellées en devises étrangères. Ce risque peut être considérable, car les taux de change sont particulièrement instables dans de nombreux pays en développement ou dans des pays dont l'économie est en transition. 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.

20. 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. Les prêts sont souvent consentis à un taux d'intérêt fixe (obligation à taux fixe, par exemple) 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

21. Il découle de ce qui précède que les parties doivent tenir compte de très nombreux facteurs pour répartir efficacement les risques de projet. C'est pourquoi 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. Néanmoins, il peut être utile que les pouvoirs publics donnent des conseils d'ordre général avec des responsables intervenant au nom des autorités contractantes locales, par exemple en formulant des principes consultatifs relatifs à la répartition des risques.

22. Les conseils pratiques adressés aux autorités contractantes 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 (à savoir mécanismes d'investissement permettant de compenser les pertes subies dans une opération en réalisant un profit simultané dans une autre opération) ou ayant 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 (intérêt public du projet ou somme des risques pris par l'autorité contractante au titre de divers projets, par exemple) 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.

23. 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 techniques particulières (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 70). 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. Les garanties de bonne fin fournies par les entrepreneurs et les équipementiers sont souvent complétées par des garanties similaires fournies par le concessionnaire au bénéfice de l'autorité contractante. 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. Les accords de prêts prévoient en général que le produit dérivé des "contract bonds" doit être déposé sur un compte gagé au profit des prêteurs (à savoir un "compte séquestre") à titre de garantie contre les détournements de fonds dont la société de projet pourrait se rendre responsable ou les saisies que pourraient opérer des tiers (par exemple, d'autres créanciers). Néanmoins, les fonds versés au titre des "contract bonds" sont mis régulièrement à la disposition de la société de projet selon les besoins pour couvrir les frais des réparations ou les dépenses de fonctionnement ou autres.

24. 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 des pouvoirs publics 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 124). 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, par exemple, afin 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. 50). 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.

25. 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.

26. Par exemple, la société de projet pourrait s'attendre que le risque lié au taux d'intérêt, 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 tarifs, 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, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 36 à 46).

27. 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 la survenue 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 131 à 139). 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, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 119 et 120).

28. 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'infrastructures, comme les projets de centrales électriques, la société de projet peut revoir les arrangements contractuels passés avec l'autorité contractante ou une autre autorité 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, "Construction et application de l'infrastructure", par. 50 et 51). 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, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 48 et 49).

29. 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, "Construction et exploitation de l'infrastructure", et V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet"). Divers autres accords seront également négociés par les parties en vue d'atténuer les risques ou de modifier leur répartition (par exemple, 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).

## C. APPUI DES POUVOIRS PUBLICS

30. 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 s'avérer nécessaire pour rendre plus attrayants des investissements privés de projets d'infrastructure dans le pays hôte.

31. 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, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 23 à 29) 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 de 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

32. 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.

33. 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 autorités publiques prennent trop d'engagements en octroyant des garanties pour un projet donné, elles risquent de ne pas pouvoir accorder de garanties pour d'autres projets présentant peut-être un intérêt bien plus grand pour le public.

34. 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 autorités publiques 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 autorités publiques, de manière à tenir compte du montant escompté des coûts ou pertes de revenu futurs.

### 2. Formes d'appui des pouvoirs publics

35. 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.

36. 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 d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges, qui peuvent limiter l'aptitude des autorités publiques des États contractants à fournir un appui, financier ou autre, aux sociétés opérant sur leur territoire. De surcroît, lorsque les 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", par. 67).

#### a) *Prêts publics et garanties de prêts*

37. 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 au cas où surviendraient 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.

38. Outre les prêts publics, certaines lois nationales permettent à l'autorité contractante ou à tout autre organisme du pays hôte d'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.

39. Ainsi, outre l'adoption de mesures générales visant à améliorer le rendement de programmes d'appui gouvernementaux (voir par. 34), 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 davantage 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 risques 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 147 à 150). 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 formule du financement de projet.

### b) *Prise de participation*

40. 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, exigent un certain niveau 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 à endosser certains risques de projet ou manquer de l'expérience requise à cette fin.

41. 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 tiers, à escompter que les pouvoirs publics appuieront pleinement le projet, et même, éventuellement, le reprendront à leurs frais si la société de projet est en 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.

### c) *Subventions*

42. 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 de 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.

43. 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 secteurs 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. 48 à 60).

44. 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. L'octroi de subventions peut aussi être incompatible avec les obligations internationales du pays hôte en vertu d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges.

### d) *Garanties souveraines*

45. S'agissant de projets d'infrastructure à financement privé, l'expression "garanties souveraines" est parfois utilisée pour désigner l'un ou l'autre type de garanties accor-

dées 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 consentis 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*

46. 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 pouvoirs 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. 61 à 71). 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 toute autre autorité publique 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, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 50). 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;

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 — combustible, électricité ou eau, par exemple — 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 (en cas d'importantes concessions accordées à des municipalités ou à des entités autonomes, par exemple). Des garanties des pouvoirs publics peuvent être utiles pour obtenir un résultat précis, en particulier 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).

47. 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, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 140 à 150). 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 prorogations 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, par exemple en cas de manquement délibéré ou imprudent à ses obligations contractuelles entraînant un appel de la garantie souveraine.

*ii) Garanties contre des actes préjudiciables des pouvoirs publics*

48. 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".

49. 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. 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.

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. Dans la pratique, toutefois, les pouvoirs publics acceptent parfois d'aider la société de projet lorsque celle-ci n'est pas en mesure de rembourser ses dettes en devises en raison d'une dévaluation extrême de la monnaie locale.

50. Un autre type important de garantie peut consister à assurer à la société et à ses actionnaires qu'ils ne 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, "Autres domaines pertinents du droit", ___).

### e) *Avantages fiscaux et douaniers*

51. 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, "Autres domaines pertinents du droit", ___).

52. 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.

53. 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 astreintes à 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 objet de promouvoir et de favoriser le développement économique ou technologique du pays hôte ou sont réputés servir l'intérêt public.

54. 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*

55. 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, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 20 à 22) 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.

56. 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 être incompatibles avec les obligations internationales du pays hôte en vertu d'accords d'intégration économique régionale et de libéralisation des échanges. En outre, 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'usagers. 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 (pour un bref aperçu des questions relatives à la concurrence, voir "Introduction et généralités sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 24 à 29). Une telle mesure peut cependant avoir pour conséquence une érosion importante des recettes prévues par la société de projet.

57. 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 121 à 130). 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 tout dommage ou toute perte 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*

58. 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 tarifs 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.

59. 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 (terrain adjacent à une autoroute pour la construction de zones de services, par exemple) ou le droit de percevoir des droits pour l'utilisation d'une infrastructure construite par l'autorité contractante. 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.

60. 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, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 100 et 101).

### D. GARANTIES ACCORDÉES PAR DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES INTERNATIONALES

61. Outre les garanties émises directement par les autorités du pays hôte, des garanties peuvent être accordées 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 n'honore pas ses engagements au titre des emprunts contractés suite au non-respect d'une obligation par l'autorité contractante.

#### 1. Garanties accordées par des institutions de prêt multilatérales

62. Outre les prêts qu'elles consentent aux États et aux autorités publiques, 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 accordées par ces institutions nécessitent une contre-garantie des autorités du pays hôte.

63. 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 prêteurs 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*

64. 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 manquements: 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 préjudiciables de la législation ou de la réglementation relatives au contrôle des changes.

65. 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*

66. 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

67. 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*

68. 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. 49). 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 préjudiciables 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*

69. Cette garantie prémunit contre la perte de l'investissement assuré du fait d'actes du pays hôte 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 (confiscation de fonds ou de biens corporels, par exemple). Les mesures de bonne foi non discrimina-

toires 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 (actions ou intérêt dans un accord de prêt, par exemple).

#### c) *Rupture de contrat*

70. 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 (arbitrage, par exemple) 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 le dédommage.

#### d) *Guerre et troubles civils*

71. Cette garantie prémunit contre les pertes dues à des dommages causés à des actifs corporels ou à la destruction ou la 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 prêts, 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 ACCORDÉES PAR DES ORGANISMES DE CRÉDIT À L'EXPORTATION ET DES AGENCES DE PROMOTION DES INVESTISSEMENTS

72. La couverture de certains risques politiques, commerciaux et financiers et les prêts directs peuvent être obtenus auprès d'organismes de crédit à l'exportation et d'agences de promotion des investissements. En règle générale, ces organismes et agences 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.

73. 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.* Dans le contexte du financement des projets d'infrastructure à financement privé, 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 (lettres de change ou billets à ordre, par exemple) 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.

74. 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 fournisseurs et aux crédits acheteurs 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.9/471/Add.4**

## Chapitre III. Sélection du concessionnaire

### TABLE DES MATIÈRES


| | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|
| RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION | | 112 |
| NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION | 1-130 | 114 |
| A. Considérations générales | 1-33 | 114 |
| 1. Procédures de sélection visées par le *Guide* | 3-4 | 115 |
| 2. Objectifs généraux des procédures de sélection | 5-16 | 115 |
| 3. Caractéristiques particulières des procédures de sélection dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé | 17-26 | 117 |
| 4. Préparatifs pour la procédure de sélection | 27-33 | 118 |
| B. Présélection des soumissionnaires | 34-50 | 119 |
| 1. Invitation à participer à la procédure de présélection | 35-37 | 119 |
| 2. Critères de présélection | 38-40 | 120 |
| 3. Questions relatives à la participation de consortiums de soumissionnaires | 41-42 | 120 |
| 4. Présélection et préférences nationales | 43-44 | 121 |
| 5. Contribution aux frais de participation à la procédure de sélection | 45-46 | 121 |
| 6. Procédure de présélection | 47-50 | 121 |
| C. Procédures de sollicitation de propositions | 51-84 | 122 |
| 1. Phases de la procédure | 52-58 | 122 |
| 2. Teneur de la sollicitation définitive de propositions | 59-70 | 123 |
| 3. Éclaircissements et modifications | 71-72 | 126 |
| 4. Critères d'évaluation | 73-77 | 126 |
| 5. Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions | 78-82 | 127 |
| 6. Négociations finales et attribution du projet | 83-84 | 128 |
| D. Négociations directes | 85-96 | 128 |
| 1. Circonstances autorisant le recours à des négociations directes | 89 | 129 |
| 2. Mesures visant à améliorer la transparence dans les négociations directes | 90-96 | 129 |
| E. Propositions spontanées | 97-117 | 130 |
| 1. Considérations de politique générale | 98-106 | 130 |
| 2. Traitement des propositions spontanées | 107-117 | 132 |

| | | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|---|
| F. | Procédures de recours | 118-122 | 133 |
| G. | Avis d'attribution du projet | 123 | 135 |
| H. | Procès-verbal de la procédure de sélection et d'attribution | 124-130 | 135 |


## RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

Il est recommandé aux pays hôtes souhaitant promouvoir des projets d'infrastructure à financement privé d'appliquer dans leur droit interne les principes ci-après:

*Considérations générales (voir par. 1 à 33)*

*Recommandation 14.* La loi devrait prévoir la sélection du concessionnaire au moyen d'une procédure ouverte, transparente, efficace et adaptée aux exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé.

*Présélection des soumissionnaires (voir par. 34 à 50)*

*Recommandation 15.* Les soumissionnaires devraient faire la preuve qu'ils satisfont aux critères de présélection ci-après, que l'autorité contractante juge appropriés pour le projet visé:

*a)* Posséder les qualifications professionnelles et techniques, les ressources humaines, les équipements et autres moyens matériels nécessaires pour mener à bien toutes les phases du projet, à savoir la conception, la construction, l'exploitation et la maintenance;

*b)* Être en mesure de gérer les aspects financiers du projet et de faire face sur le long terme aux besoins de financement pour la conception, la construction et l'exploitation;

*c)* Posséder des capacités de gestion et d'organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'infrastructures publiques.

*Recommandation 16.* Les soumissionnaires devraient être autorisés à constituer des consortiums pour soumettre leurs propositions, à condition que chacun des membres d'un consortium présélectionné ne puisse participer, directement ou par l'intermédiaire de filiales, qu'à un seul consortium soumissionnaire.

*Recommandation 17.* L'autorité contractante devrait établir une liste restreinte des soumissionnaires présélectionnés qui seront ultérieurement invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée.

*Procédure de sollicitation de propositions (voir par. 51 à 84)*

*Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes (voir par. 52 à 58)*

*Recommandation 18.* Une fois la procédure de présélection terminée, l'autorité contractante devrait inviter les soumissionnaires présélectionnés à soumettre des propositions définitives.

*Recommandation 19.* Nonobstant ce qui précède, l'autorité contractante peut recourir à une procédure en deux étapes pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés, lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir un cahier des charges ou des indicateurs de résultats et des clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après s'appliquent:

*a)* L'autorité contractante devrait tout d'abord inviter les soumissionnaires présélectionnés à soumettre des propositions sur la base des spécifications concernant le produit demandé et d'autres caractéristiques du projet ainsi que des clauses contractuelles proposées;

*b)* L'autorité contractante peut réunir les soumissionnaires afin de clarifier certains points de la sollicitation initiale de propositions;

*c)* Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser le cahier des charges et les clauses contractuelles initiaux avant de publier une sollicitation définitive de propositions.

*Teneur de la sollicitation définitive de propositions (voir par. 59 à 70)*

*Recommandation 20.* La sollicitation définitive de propositions devrait inclure au minimum les renseignements suivants:

*a)* Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions;

*b)* Cahier des charges et indicateurs de résultats, selon qu'il convient, y compris les exigences de l'autorité contractante concernant les normes de sûreté et de sécurité ainsi que le respect de l'environnement;

*c)* Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante;

*d)* Critères d'évaluation des propositions, importance relative à accorder à chacun de ces critères et manière de les appliquer dans l'évaluation des propositions.

*Éclaircissements et modifications (voir par. 71 et 72)*

*Recommandation 21.* L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, modifier la sollicitation définitive de propositions en publiant des additifs dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions.

*Critères d'évaluation (voir par. 73 à 77)*

*Recommandation 22.* Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques devraient permettre de déterminer la mesure dans laquelle la proposition présentée par le soumissionnaire peut satisfaire les besoins de l'autorité contractante, et porter notamment sur les éléments suivants:

*a)* Rationalité technique;

*b)* Faisabilité opérationnelle;

*c)* Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité;

*d)* Potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

*Recommandation 23.* Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales peuvent inclure, selon qu'il convient:

*a)* La valeur courante des péages, redevances et autres charges proposés pendant la période de la concession;

*b)* La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante devra effectuer, le cas échéant;

*c)* Le coût des activités de conception et de construction, les frais annuels d'exploitation et de maintenance, la valeur courante des dépenses d'investissement et des frais d'exploitation et de maintenance;

*d)* L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, des pouvoirs publics;

*e)* La rationalité des arrangements financiers proposés;

*f)* La conformité des propositions aux clauses contractuelles proposées.

*Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions (voir par. 78 à 82)*

*Recommandation 24.* L'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques et commerciaux qui doivent être pris en considération dans les propositions, conformément aux critères énoncés dans la sollicitation de propositions. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils devraient être considérées comme non conformes.

*Recommandation 25.* Qu'elle ait ou non recouru à une procédure de présélection, l'autorité contractante peut conserver le droit d'exiger des soumissionnaires qu'ils confirment leurs qualifications conformément aux critères et procédures énoncés dans la sollicitation de propositions ou dans le dossier de présélection, selon qu'il convient. En cas de procédure de présélection, les critères seront les mêmes que ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.

*Négociations finales (voir par. 83 et 84)*

*Recommandation 26.* L'autorité contractante devrait classer toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et inviter à une négociation finale le soumissionnaire qui a présenté la proposition ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne peuvent pas porter sur les clauses contractuelles déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.

*Recommandation 27.* Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un accord de projet, elle devrait informer ce dernier qu'elle y met fin et inviter ensuite les autres soumissionnaires à des négociations en fonction de leur note jusqu'à ce qu'elle parvienne à un accord de projet ou rejette toutes les propositions restantes.

*Négociations directes (voir par. 85 à 96)*

*Recommandation 28.* La loi devrait énoncer les cas exceptionnels dans lesquels l'autorité contractante peut être autorisée par une autorité supérieure à sélectionner le concessionnaire par voie de négociations directes, tels que les cas suivants:

*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;

*b)* Lorsque les projets sont de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas un faible montant spécifié;

*c)* Pour des raisons de défense ou de sécurité nationales;

*d)* Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé (par exemple, en raison de la nécessité d'utiliser une technologie brevetée ou un savoir-faire unique);

*e)* Lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou une sollicitation de propositions a été publiée sans résultat, ou lorsque aucune proposition n'a satisfait aux critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions, et lorsque, de l'avis de l'autorité contractante, la publication d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet;

*f)* Autres cas où l'autorité supérieure du pays hôte autorise une telle exception pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

*Recommandation 29.* La loi peut imposer la procédure ci-après pour les négociations directes:

*a)* L'autorité contractante devra publier un avis d'ouverture de la procédure de négociation et mener des négociations avec un nombre aussi grand que possible de sociétés jugées capables d'exécuter le projet en fonction des circonstances;

*b)* L'autorité contractante devra fixer les critères de qualification et d'évaluation des propositions, les faire connaître aux soumissionnaires et déterminer l'importance relative à accorder à chacun d'entre eux ainsi que la manière dont ils devront être appliqués dans l'évaluation des propositions;

*c)* L'autorité contractante devra traiter les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents;

*d)* Toutes négociations de ce type entre l'autorité contractante et les soumissionnaires devront être confidentielles et une partie aux négociations ne devra révéler à aucune autre personne des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie;

*e)* À l'issue des négociations, l'autorité contractante devra prier tous les soumissionnaires qui restent en compétition de soumettre, avant une date donnée, leur meilleure offre définitive pour tous les éléments de leur proposition;

*f)* Les propositions devront être évaluées et notées conformément aux critères d'évaluation fixés par l'autorité contractante.

*Propositions spontanées (voir par. 97 à 117)*

*Recommandation 30.* À titre d'exception aux procédures de sélection décrites dans les recommandations 14 à 27, l'autorité contractante peut être autorisée à examiner des propositions spontanées conformément à une procédure spécifique prévue par la loi à cette fin, à condition que ces propositions 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. 110 à 112)*

*Recommandation 31.* Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante devrait faire savoir à son auteur, dans un délai raisonnablement court, si le projet présente ou non un intérêt général potentiel. Dans l'affirmative, elle devrait l'inviter à soumettre une proposition officielle suffisamment détaillée pour qu'il soit possible d'évaluer de façon satisfaisante le concept ou la technologie et déterminer si la proposition répond aux conditions imposées par la loi et est susceptible d'être appliquée avec succès à l'échelle prévue dans le projet proposé.

*Recommandation 32.* L'auteur de la proposition devrait conserver la propriété de tous les documents soumis pendant toute la procédure et ces documents devraient lui être restitués si la proposition est rejetée.

*Procédure d'examen des propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés (voir par. 113 et 114)*

*Recommandation 33.* L'autorité contractante devrait entamer une procédure de sélection ouverte au titre des recommandations 14 à 27 ci-dessus s'il s'avère que l'exécution du projet est possible sans recours à un procédé, des plans, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition spontanée possède des droits exclusifs, ou si le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent. L'auteur de la proposition spontanée devrait être invité à participer à cette procédure et pourrait bénéficier d'un avantage du fait de cette soumission.

*Procédure de traitement des propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés (voir par. 115 à 117)*

*Recommandation 34.* S'il apparaît qu'il ne serait pas possible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des plans, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition spontanée possède des droits exclusifs, l'autorité contractante devrait rechercher des éléments de comparaison. À cette fin, elle devrait publier une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions différentes ou comparables dans un délai donné raisonnable.

*Recommandation 35.* L'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition spontanée si aucune autre proposition n'a été reçue, sous réserve de l'approbation d'une autorité supérieure. Si d'autres propositions sont soumises, l'autorité contractante devrait inviter tous leurs auteurs à participer à des négociations conformément aux dispositions *b* à *f* de la recommandation 29.

*Procédure de recours (voir par. 118 à 122)*

*Recommandation 36.* Les soumissionnaires qui déclarent avoir subi, ou qui peuvent subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée à l'autorité contractante par la loi peuvent introduire un recours contre les actes de l'autorité contractante conformément aux lois du pays hôte.

*Avis d'attribution du projet (voir par. 123)*

*Recommandation 37.* L'autorité contractante devrait faire publier un avis d'attribution du projet. Cet avis devrait donner la désignation du concessionnaire et un résumé des principales clauses de l'accord de projet.

*Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution (voir par. 124 à 130)*

*Recommandation 38.* L'autorité contractante devrait dûment conserver les actes et principales informations liés aux procédures de sélection et d'attribution. La loi devrait énoncer les conditions d'accès du public.

## 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 l'ONUDI[1] et la Banque mondiale[2], le *Guide* exprime une préférence pour l'emploi de procédures de sélection ouvertes 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 aussi les paragraphes 85 à 88).

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 mar-

[1] *Guide de l'ONUDI sur les projets CET*, p. 100.

[2] Banque internationale pour la reconstruction et le développement, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, 1996, par. 3.13 *a*.

chés de biens, de travaux et de services ("Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés")[3]. Un certain nombre d'adaptations ont été introduites pour tenir compte des besoins particuliers des projets d'infrastructure à financement privé, telle une phase de présélection clairement définie. Chaque fois que cela est nécessaire, le présent chapitre renvoie le lecteur aux dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, qui peut, *mutatis mutandis*, compléter la procédure de sélection exposée dans le présent document.

## 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. De telles 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 ouvertes 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 autres méthodes de sélection de prestataires de services publics par l'octroi de licences ou des procédures similaires, ou bien la simple cession de biens de l'État par des augmentations de capital ou des émissions d'actions.

## 2. Objectifs généraux des procédures de sélection

5. 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*

6. 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 qui fait la meilleure proposition commerciale. 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.

7. Il convient de noter, toutefois, que concurrence ne signifie pas nécessairement participation d'un grand nombre de soumissionnaires à une procédure de sélection donnée. 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. 20). 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.

8. 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 s'avérer 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.

[3]La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services et le Guide pour l'incorporation dans le droit interne qui l'accompagne ont été adoptés par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa vingt-septième session, tenue à New York du 31 mai au 17 juin 1994.

9. Le terme "efficacité" désigne la sélection d'un concessionnaire dans un délai raisonnable, moyennant des formalités administratives minimes et des dépenses modérées aussi bien pour l'autorité 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 (lenteur de la procédure de sélection ou dépenses administratives élevées, par exemple), 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 de la procédure de sélection et de la confiance dans cette procédure*

10. Un autre objectif important des règles qui régissent la sélection du concessionnaire consiste à favoriser l'intégrité de la procédure et à promouvoir la confiance dans celui-ci. 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 la procédure de sélection ou des entreprises qui y participent, et à garantir la régularité des décisions.

11. En encourageant l'intégrité de la procédure de sélection, on contribue à accroître la confiance qu'inspirent cette procédure 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 majoreraient probablement le coût du projet pour couvrir le surcroît de risques et de 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.

12. Pour se prémunir contre la corruption de la part des agents publics, notamment des agents des autorités contractantes, le pays hôte devrait généralement avoir un système efficace de sanctions. Celles-ci pourraient comprendre des sanctions de caractère pénal qui s'appliqueraient aux actes illicites des agents conduisant la procédure de sélection et des soumissionnaires participants. 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 la procédure 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 à la procédure de sélection de s'engager à ne chercher ni à influer indûment sur les décisions des fonctionnaires participant à la procédure de sélection ni à fausser la concurrence par une collusion ou d'autres pratiques illicites (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.

13. On peut 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*

14. La transparence des lois et procédures qui régissent la sélection du concessionnaire aidera à atteindre un certain nombre des objectifs d'ensemble déjà mentionnés. Des lois transparentes sont des lois dans lesquelles les règles et procédures que devront appliquer l'autorité contractante et les soumissionnaires sont entièrement divulguées, ne sont pas inutilement complexes et sont présentées de manière systématique et compréhensible. Des procédures transparentes sont des procédures qui permettent aux soumissionnaires de déterminer quelles procédures ont été suivies par l'autorité contractante et sur quelle base elle a pris ses décisions.

15. 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. 124 à 130). 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 autorités publiques 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.

16. 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. 118 à 122).

### 3. Caractéristiques particulières des procédures de sélection dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé

17. 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 ouvertes, 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.

18. Les procédures officielles ainsi que l'objectivité et la prévisibilité qui caractérisent les procédures de sélection ouvertes créent en général des conditions optimales pour la concurrence, la transparence et l'efficacité. C'est pourquoi le recours aux procédures de sélection ouvertes pour les projets d'infrastructure à financement privé a été recommandé par l'ONUDI, qui a rédigé un guide pratique détaillé sur la façon de structurer ces procédures[1]. 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 ouvertes 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 ouvertes acceptables par la Banque mondiale[2].

19. Il convient de noter toutefois que l'on n'a pas encore mis au point de modèle législatif international portant spécifiquement sur les procédures de sélection ouvertes dans les projets d'infrastructure à financement privé. D'autre part, les dispositions législatives nationales sur les procédures ouvertes 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 ouvertes 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) *Soumissionnaires à inviter*

20. L'attribution de projets d'infrastructure à financement privé nécessite généralement des procédures complexes, longues et coûteuses, et 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. En fait, 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 élevé et s'ils courent le risque de voir leurs propositions mises en concurrence avec des propositions irréalistes ou présentées par des soumissionnaires non qualifiés. Par conséquent, 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 du cahier des charges du projet*

21. Dans la passation traditionnelle des marchés publics de travaux, l'autorité adjudicatrice joue 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 ce qui doit être construit, de quelle manière et selon quelles méthodes. 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. L'autorité contractante est alors 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.

22. Pour de nombreux projets d'infrastructure à financement privé, cependant, l'autorité contractante peut envisager une répartition différente des responsabilités entre le secteur public et le secteur privé. L'autorité contractante peut alors, après avoir établi l'existence d'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.

#### c) *Critères d'évaluation*

23. Pour les projets devant être financés, détenus et exploités par des autorités publiques, les biens, travaux et services sont généralement achetés au moyen des fonds disponibles au titre 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.

24. Les projets d'infrastructure à financement privé sont en général censés s'autofinancer, les recettes qu'ils procurent devant permettre de rembourser les coûts de construction et d'exploitation. Par conséquent, 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, l'accès universel à ce service. 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 de services des propositions (voir par. 74).

#### d) *Négociations avec les soumissionnaires*

25. 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 sur la passation des marchés, 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.

26. 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 n'ont lieu qu'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 remettre en cause les critères de départ (voir par. 83 et 84).

### 4. Préparatifs pour la procédure de sélection

27. 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 la procédure de sélection.

#### a) *Désignation des membres du comité d'attribution*

28. Une mesure préparatoire importante est la désignation des membres du comité chargé d'évaluer les propositions et de soumettre une recommandation à l'autorité contractante. La désignation 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 la procédure de sélection.

29. Une autre mesure préparatoire importante est la désignation des 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, le cahier des charges) et à préparer la documentation qui devra être fournie aux soumissionnaires. Des consultants et conseillers peuvent aussi aider à évaluer les propositions, rédiger et négocier l'accord de projet. 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 et les clauses techniques du contrat); des conseils dans le domaine de l'environnement (par exemple, sur l'évaluation des aspects environnementaux et 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 d'endettement, ainsi que la rédaction des documents contenant les informations financières).

#### b) *Étude de faisabilité et autres études*

30. Ainsi qu'il a déjà été indiqué (voir chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 25), l'une des premières mesures que devrait prendre 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 estimé 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.

31. 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 est conseillé aux autorités contractantes d'élaborer des projets types à des fins de référence (ces projets comportent généralement à la fois une estimation des investissements, des dépenses d'exploitation et 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*

32. 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 la clarté du dossier fourni par l'autorité contractante contribuent beaucoup à garantir l'efficacité et la transparence de la procédure de sélection.

33. 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. Toutefois, lorsque l'on utilise des clauses contractuelles types, il faut garder à l'esprit le fait qu'un projet particulier 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. Il convient 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

34. 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 à vérifier 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. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque l'autorité contractante classe par ordre de préférence les soumissionnaires présélectionnés (voir par. 48).

#### 1. Invitation à participer à la procédure de présélection

35. Afin de favoriser la transparence et la concurrence, il est souhaitable que l'invitation à participer à la procédure de présélection soit rendue publique 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 procédure de 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 procédure de présélection soient rendues publiques 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. Un support possible est *Development Business*, qui est une publication du Département de l'information du Secrétariat de l'ONU.

36. Le dossier de présélection devrait contenir suffisamment de renseignements pour que les soumissionnaires puissent déterminer s'ils seraient en mesure de réaliser les travaux et fournir les services visés par le projet et, dans l'affirmative, selon quelles modalités ils peuvent participer à la procédure de sélection. L'invitation à la procédure de 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.

37. 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[4].

### 2. Critères de présélection

38. 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 (par exemple, indicateurs de qualité de leurs réalisations passées, dimension et type des projets déjà réalisés par les soumissionnaires); le niveau d'expérience du personnel clef appelé à s'occuper du projet; des moyens organisationnels suffisants (dont le matériel minimal pour les travaux de construction, d'exploitation et de maintenance); la capacité de faire face aux besoins financiers des phases d'ingénierie, de construction et d'exploitation du projet (étayée, par exemple, par la preuve de la capacité des soumissionnaires d'investir suffisamment de fonds propres, et des preuves suffisantes, de la part de banques de renom, attestant sa solidité financière). 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[5].

39. 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. 21 à 46). 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). Pour mettre en œuvre une telle politique et éviter une domination du marché par des soumissionnaires auxquels une concession a déjà pu être attribuée dans un secteur donné de l'économie, l'autorité contractante peut souhaiter inclure, dans la documentation de présélection concernant de nouvelles concessions, des dispositions limitant la participation de tels soumissionnaires ou empêchant qu'ils bénéficient d'une autre attribution. 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.

40. 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

41. Étant donné 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 ce dernier dans son ensemble et ses différents participants. 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, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 12 à 18).

42. 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. Cette situation ne

[4]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 (voir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, art. 7, par. 3).

[5]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 (voir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, art. 6, par. 1 *b*).

devrait pas être autorisée, car elle comporte le risque de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents, portant atteinte à la crédibilité de la procédure de sélection. Il est donc recommandé de spécifier dans l'invitation à participer à la procédure de présélection que chacun des membres d'un consortium qualifié ne peut participer, directement ou par le biais de filiales, qu'à une seule soumission. Toute infraction à cette règle devrait entraîner la disqualification du consortium et de ses différentes sociétés membres.

### 4. Présélection et préférences nationales

43. 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 (pourcentage minimal de participation nationale dans le consortium, par exemple) ou de conditions préalables à la participation à la procédure de sélection (désignation d'un partenaire local à la tête du consortium de soumissionnaires, par exemple).

44. Les préférences nationales peuvent engendrer divers problèmes. Tout d'abord, 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 est important 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 au paragraphe 4 *d* de l'article 34 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, 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. Lorsque l'on envisage d'appliquer des préférences nationales, il faudrait 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

45. Le prix demandé pour le dossier de présélection ne devrait englober que les frais d'impression de ce dossier et de son envoi aux soumissionnaires. Il ne devrait pas être un moyen supplémentaire de limiter le nombre des soumissionnaires, car une telle pratique non seulement est inefficace, mais elle majore en outre 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.

46. C'est pourquoi certains pays autorisent 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 dépenses encourues 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. Lorsqu'une telle participation ou indemnisation est envisagée, il faudrait en aviser dûment les soumissionnaires potentiels sans tarder, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

### 6. Procédure de présélection

47. 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.

48. 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 suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). 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, lorsque l'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 la procédure 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.

49. Une fois terminée la phase de présélection, 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.

50. 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 de la procédure 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

51. 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 marché de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, avec quelques adaptations nécessaires pour répondre aux besoins des autorités contractantes qui attribuent des projets d'infrastructure.

### 1. Phases de la procédure

52. Il est souhaitable, après la présélection des soumissionnaires, que 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.

#### a) *Procédure en une étape*

53. 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 un cahier des charges suffisamment précis ou définitifs, la sélection peut se faire en une seule étape. Dans ce cas, après avoir terminé la présélection, l'autorité contractante passera directement à la sollicitation définitive de propositions (voir par. 59 à 72).

#### b) *Procédure en deux étapes*

54. Dans certains cas, cependant, l'autorité contractante peut ne pas être en mesure d'établir un cahier des charges ou des indicateurs de résultats de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre une formulation, une évaluation et une comparaison uniformes des propositions sur la base de ce cahier des charges et de ces 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.

55. 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 proposées. L'appel d'offres permettrait aux soumissionnaires de proposer leurs propres solutions pour répondre au 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 d'éléments financiers, tels que le prix ou le niveau de rémunération escomptés.

56. 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.

57. 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.

58. 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 à 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, toute suppression ou modification ainsi décidée devrait être communiquée 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

59. Au stade final, l'autorité contractante devrait inviter les soumissionnaires à présenter des propositions définitives sur la base du cahier des charges, des indicateurs de résultats et des clauses contractuelles révisés. 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 à communiquer aux soumissionnaires*

60. 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[6]. Il est particulièrement important de communiquer les critères qui seront utilisés par l'autorité contractante pour déterminer la proposition qui sera retenue et l'importance relative de ces critères (voir par. 73 à 77).

##### *i) Informations sur les études de faisabilité*

61. Il est souhaitable d'inclure dans les informations communiquées aux soumissionnaires des instructions concernant la préparation des études de faisabilité qu'il peut leur être demandé de fournir en même temps que leurs propositions définitives. Ces études, en général, couvrent par exemple les aspects ci-après:

a) *Viabilité commerciale.* En particulier dans les projets assortis d'un financement sans possibilité de recours ou avec possibilité 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 proposée du projet, y compris la demande escomptée (prévision de trafic pour une route, par exemple) et la tarification (péages, par exemple);

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 prévu 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 proposées 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, les accords de prêt et autres modalités de financement ne prennent effet qu'après la signature de l'accord de projet, les soumissionnaires devraient néanmoins être tenus d'apporter suffisamment de preuves de l'intention des prêteurs de fournir le financement spécifié. 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 prix ou les redevances envisagés par le concessionnaire sont raisonnables et acceptables et quelles sont les possibilités d'augmentation ultérieure;

[6]Par exemple, 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; 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; lieu, date et heure de l'ouverture des propositions et procédures à suivre pour leur ouverture et leur examen; et manière dont les propositions seront évaluées (voir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, art. 27 et 38).

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 pour assurer le respect des normes d'environnement applicables. Elle devrait tenir compte, le cas échéant, des normes d'environnement pertinentes des institutions financières internationales ainsi que des autorités nationales, provinciales et locales.

*ii) Informations sur les garanties de soumission*

62. 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 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. 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[7].

*iii) Qualification des soumissionnaires*

63. Lorsqu'il n'y a pas eu de présélection des soumissionnaires avant la publication de la sollicitation de propositions ou lorsque l'autorité contractante garde le droit de demander aux soumissionnaires d'apporter de nouveau la preuve de leurs qualifications, la sollicitation de propositions devrait indiquer les informations qu'ils doivent fournir à cette fin (voir par. 38 à 40).

**b) *Cahier des charges et indicateurs de résultats***

64. Le degré de précision du cahier des charges, 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. 21 et 22). 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. L'autorité contractante peut juger utile de rédiger le cahier des charges d'une manière qui définisse clairement le produit et les résultats attendus sans être trop directive sur les modalités d'exécution. Le cahier des charges et 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 l'emplacement et les dimensions de chaque bâtiment, comme cela serait normalement le cas dans une passation classique de marchés de travaux. Toutefois, lorsque l'autorité contractante estime qu'il est essentiel que les soumissionnaires fournissent des spécifications techniques détaillées, les sollicitations de propositions devraient comprendre au moins les informations suivantes: description des travaux à effectuer et des services à fournir, y compris les spécifications techniques, plans, dessins et modèles; calendrier d'exécution des travaux et de la fourniture des services; et exigences techniques pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage.

b) *Normes minimales applicables pour la conception et les résultats, y compris les normes d'environnement 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) *Qualité des services.* Dans le cas de projets comportant la fourniture de services publics, les indicateurs de résultat devraient comprendre une description des services à fournir et les normes de qualité à utiliser par l'autorité contractante pour évaluer les propositions. Il faudrait faire référence, selon qu'il convient, aux obligations générales de service public imposées aux prestataires pour assurer l'expansion et la continuité du service de manière à répondre à la demande de la collectivité ou du territoire desservi, à la mise à disposition non discriminatoire des services aux usagers et à l'accès non discriminatoire d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques, conformément aux termes et conditions définis dans l'accord de projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 82 à 93).

65. Il faudrait donner pour instruction aux soumissionnaires de fournir les informations nécessaires pour que l'autorité contractante puisse évaluer la rationalité technique des propositions, leur faisabilité opérationnelle et leur conformité aux normes de qualité et aux prescriptions techniques, et notamment:

*a)* Le projet d'ingénierie préliminaire, avec le calendrier des travaux proposé;

[7]L'article 32 de la Loi type de la CNUDCI prévoit certaines garanties importantes, à savoir notamment: l'impossibilité pour l'autorité contractante de réclamer le montant de la garantie de soumission et l'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 de la procédure 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.

*b)* Le coût du projet, y compris les coûts d'exploitation et de maintenance et le plan de financement proposé (apport de fonds propres, emprunts, par exemple);

*c)* L'organisation, les méthodes et procédures d'exploitation et de maintenance envisagées;

*d)* La description de la qualité des services.

66. 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 les relations avec les clients (par exemple, le nombre de jours pour payer les factures, reconnecter les installations ou répondre aux plaintes des clients).

### c) *Clauses contractuelles*

67. Il est souhaitable que le dossier de soumission donne quelque indication sur la manière dont l'autorité contractante entend répartir les risques du projet (voir aussi les chapitres II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", et IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure"). Cela est important pour poser les termes du débat lors des négociations sur certains détails de l'accord de projet (voir par. 83 et 84). Si la répartition des risques est laissée entièrement ouverte, les soumissionnaires peuvent chercher 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)* Formules et indices des prix à utiliser pour les ajustements aux prix;

*c)* Appui des pouvoirs publics et aides à l'investissement, le cas échéant;

*d)* Cautionnements;

*e)* Exigences des organismes 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.

68. Il faudrait donner pour instruction aux soumissionnaires de fournir à l'autorité contractante les informations nécessaires pour évaluer les éléments financiers et commerciaux des propositions et leur conformité aux conditions contractuelles proposées. Les propositions financières devraient normalement comprendre les éléments suivants:

*a)* 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 des prix proposée. Pour les projets dans lesquels le concessionnaire est censé tirer ses revenus essentiellement des paiements effectués par l'autorité contractante ou une autre autorité publique pour amortir ses investissements, la proposition financière devrait indiquer le plan d'amortissement et de remboursement proposé;

*b)* La valeur actuelle des prix ou des paiements directs proposée sur la base du taux d'escompte et du taux de change indiqués dans le dossier d'appel d'offres;

*c)* S'il est estimé que le projet aura besoin d'un appui financier des pouvoirs publics, l'importance de cet appui, y compris, selon les besoins, toute subvention ou garantie attendue des pouvoirs publics ou de l'autorité contractante;

*d)* L'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.

69. Afin de limiter et d'établir clairement les points sur lesquels porteront les négociations qui auront lieu après l'évaluation des propositions (voir par. 83 et 84), la sollicitation définitive de propositions devrait indiquer quelles sont les clauses de l'accord de projet qui sont censées être non négociables.

70. L'autorité contractante a intérêt à demander aux soumissionnaires d'inclure dans leurs propositions définitives des preuves montrant que leurs principaux prêteurs 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 de renvoyer à l'autorité contractante le projet d'accord accompagné de leurs propositions définitives pour confirmer qu'ils acceptent toutes les conditions pour lesquelles ils n'ont pas proposé d'amendement particulier.

### 3. Éclaircissements et modifications

71. 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 donc 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 sont apportées des modifications demandant raisonnablement aux soumissionnaires de consacrer plus de temps à la préparation de leurs propositions, il faudrait repousser en conséquence la date limite de soumission des propositions.

72. 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, et envoyer des copies du procès-verbal aux soumissionnaires.

### 4. Critères d'évaluation

73. 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 (les travaux de construction, par exemple), et ceux qui concernent l'exploitation et la maintenance 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.

#### a) *Évaluation des aspects techniques des propositions*

74. 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 façon 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 la procédure 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.

c) *Qualité des services.* Les critères d'évaluation utilisés par l'autorité contractante devraient 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) *Valorisations.* Autres conditions que l'auteur d'une proposition peut offrir pour rendre cette dernière plus intéressante, telles que le partage des recettes avec l'autorité contractante, ou une réduction des garanties ou de l'appui attendus des pouvoirs publics.

f) *Potentiel de développement économique et social.* En vertu de ce critère, l'autorité contractante peut tenir compte du potentiel de développement économique et social offert par les soumissionnaires, notamment les avantages pour les groupes défavorisés de personnes et d'entreprises, l'investissement intérieur ou une autre activité économique, l'encouragement de l'emploi, l'affectation d'une certaine production à des fournisseurs nationaux, le transfert de technologie et le développement des compétences de gestion, scientifiques et opérationnelles.

g) *Qualification des soumissionnaires.* Lorsqu'elle n'a pas procédé à une présélection avant de publier la sollicitation de propositions, l'autorité contractante ne devrait pas accepter de propositions émanant de soumissionnaires non qualifiés.

#### b) *Évaluation des aspects financiers et commerciaux des propositions*

75. Outre les critères d'évaluation technique, l'autorité contractante doit définir des 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 pour 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.

76. 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. L'autorité contractante devrait évaluer si le plan de financement proposé, notamment le ratio d'endettement, permet de faire face aux dépenses de construction, d'exploitation et de maintenance du projet.

77. 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.

### 5. Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions

78. Il faudrait exiger que les propositions soient soumises par écrit, signées et placées dans des enveloppes scellées. Une offre reçue par l'autorité contractante après la date limite de soumission ne devrait pas être ouverte et devrait être renvoyée au soumissionnaire qui l'a présentée. Afin de garantir la transparence, les lois nationales prescrivent souvent des procédures formelles 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.

79. 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, il peut être souhaitable que l'autorité contractante suive un processus d'évaluation en deux temps, consistant à prendre en considération les critères non financiers indépendamment des critères financiers, et éventuellement avant eux, afin d'éviter des situations où un poids excessif serait donné à certains éléments de ces derniers (comme le prix unitaire) au détriment des premiers.

80. À cette fin, les soumissionnaires sont tenus, dans certains pays, de formuler et de soumettre leurs propositions techniques et financières dans deux enveloppes distinctes. Ce système 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. Un argument avancé, en particulier, est qu'en sélectionnant des propositions d'abord sur la base de leur seule valeur technique, sans prise en considération du prix, une autorité contractante pourrait 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. Des institutions financières internationales comme 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 ne rende plus difficile une comparaison objective.

81. 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 sur la passation des marchés. 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 la sollicitation de 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 et commerciales 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 (c'est-à-dire examiner si elles couvrent tous les points sur lesquels doivent porter les propositions techniques). Les propositions incomplètes, 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.

82. 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 aussi de faire savoir quelle importance relative il convient d'accorder 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 considérer, d'une part, 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, ou bien, d'autre part, que le prix proposé pour le produit (prix de l'eau ou de l'électricité, montant des péages, par exemple) sera le facteur décisif pour retenir une proposition parmi celles qui sont conformes (c'est-à-dire celles qui ont atteint le seuil fixé pour les aspects qualitatifs et techniques). Quoi qu'il en soit, pour encourager la transparence de la procédure 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 indique par écrit les raisons qui ont motivé le choix d'une proposition autre que l'offre du prix unitaire le plus bas pour le produit.

### 6. Négociations finales et attribution du projet

83. 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 à une négociation finale de certains éléments de 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 (voir par. 69). 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. 70). 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.

84. L'autorité contractante devrait informer les autres soumissionnaires dont les propositions sont conformes qu'ils pourraient être invités à négocier si les négociations avec celui qui a obtenu la meilleure note n'aboutissent pas à un accord de projet. Si elle se rend compte que tel sera le cas, elle devrait informer ce soumissionnaire qu'elle met fin aux négociations 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.

## D. NÉGOCIATIONS DIRECTES

85. Dans la tradition juridique de certains pays, les projets d'infrastructure à financement privé impliquent la délégation, 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.

86. 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 solidité 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 ouvertes, 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 de la procédure de sélection.

87. Dans ces pays, où la procédure d'appel d'offres est normalement la règle pour l'attribution de marchés publics, de biens, de travaux et de services, des 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. La raison pour laquelle des négociations sont encouragées dans ces pays est que l'entité publique n'est pas liée par des prescriptions prédéterminées ou par des spécifications rigides et qu'elle dispose d'une plus grande marge d'action pour tirer partie de propositions de remplacement ou de propositions novatrices susceptibles d'être présentées par les soumissionnaires 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.

88. Les négociations directes offrent généralement une grande souplesse, que certains pays ont jugée avantageuse pour la sélection du concessionnaire. Associées à des mesures appropriées pour assurer la transparence, l'intégrité et l'équité, elles ont donné dans ces pays des résultats satisfaisants. Elles peuvent toutefois présenter un certain

nombre d'inconvénients qui les rendent moins appropriées comme principale méthode 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 négociations directes 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. Les négociations directes pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé risquent par conséquent de ne pas constituer une solution viable pour les pays qui n'y font pas traditionnellement appel pour l'attribution des grands marchés publics. Les négociations directes présentent par ailleurs l'inconvénient de ne pas garantir le degré de transparence et d'objectivité que permettent les méthodes plus structurées avec appel à la concurrence. Dans certains pays, on pourrait craindre que la plus grande latitude qu'elles laissent ne s'accompagne d'un plus grand risque de pratiques abusives ou de pratiques de corruption. Compte tenu de ce qui précède, le pays hôte peut souhaiter prescrire le recours à des procédures de sélection ouvertes 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

89. 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 dans lesquelles l'autorité contractante peut être autorisée à sélectionner le concessionnaire par des négociations directes. Cela peut être le cas, par exemple:

*a)* Lorsqu'il est urgent de fournir immédiatement un service donné et qu'il serait donc impossible d'engager une procédure de sélection ouverte, 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 ouverte 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 ou de sécurité nationales;

*d)* Lorsqu'il n'existe qu'une seule source capable de fournir le service requis (nécessité de recourir à une technologie brevetée ou à un savoir-faire sans équivalent, par exemple);

*e)* Lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou une sollicitation de propositions a été publiée, mais qu'il n'y a eu ni demande de présélection ni proposition, ou lorsque toutes les propositions ont été rejetées et que, de l'avis de l'autorité contractante, une nouvelle sollicitation de propositions n'aboutirait probablement pas à l'attribution d'un projet. Toutefois, afin de réduire le risque d'abus qu'entraînerait un changement de la méthode de sélection, l'autorité contractante ne devrait être autorisée à recourir aux négociations directes que lorsque cette possibilité a été expressément prévue dans la sollicitation initiale de propositions.

### 2. Mesures visant à améliorer la transparence dans les négociations directes

90. 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*

91. 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*

92. 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 pos-

sible, avec un minimum de soumissionnaires (trois par exemple), 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.

93. 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, de 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.

94. 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. 89 *e*), 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*

95. 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 ou 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 prix, les coûts d'exploitation et de maintenance 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", conformément aux critères de sélection du concessionnaire à retenir énoncés dans l'invitation à négocier. 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*

96. L'autorité contractante devrait être tenue d'établir un procès-verbal de la procédure de sélection (voir par. 124 à 130) et publier un avis d'attribution du projet (voir par. 123). Certains pays augmentent encore la transparence en demandant que l'accord de projet soit accessible au public pour consultation.

### E. PROPOSITIONS SPONTANÉES

97. Des entreprises privées contactent parfois directement des autorités publiques 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.

#### 1. Considérations de politique générale

98. 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 ouvertes, 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. En revanche, 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.

99. 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

ouverte. 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 a été 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 en raison de contestations juridiques ou politiques d'autres parties intéressées, telles que des clients mécontents de l'augmentation des prix ou des sociétés concurrentes affirmant qu'elles ont été injustement exclues d'une procédure de sélection avec appel à la concurrence.

100. 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 diffèrent 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*

101. 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).

102. 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. 64 à 66), 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.

103. Il vaudrait peut-être mieux, dans ces cas, assouplir les procédures de sélection ouvertes que concevoir de nouvelles procédures non ouvertes 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.

104. 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 le fournisseur ou 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 sur la passation des marchés, art. 22).

105. 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*

106. 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

107. 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*

108. 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'une autre autorité publique 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 de propositions de projet) n'empêche pas nécessairement de traiter ou d'accepter une proposition comme une proposition spontanée.

109. 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 ouverte 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 (voir par. 54 à 58). 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*

110. Une société ou un 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); et description du service et des travaux.

111. 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 d'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.

112. 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*

113. 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 ouvertes décrites dans le présent *Guide* (voir par. 34 à 84). 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 qui appliquent un système de classement par points pour l'évaluation des propositions financières et techniques, 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 les éléments financiers et non financiers). Un des risques afférents à un tel système est la fixation d'une marge de préférence qui décourage la présentation d'offres concurrentes 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, total ou partiel, 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.

114. 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 ouverte (voir par. 38 à 40).

### d) *Procédures de traitement des propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés*

115. 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 une description des éléments essentiels de la proposition relatifs aux produits (par exemple, capacité de l'ouvrage, qualité du produit ou du service, ou prix unitaire) avec invitation faite à d'autres parties intéressées à soumettre des propositions différentes ou comparables dans un délai donné. Cette description ne devrait pas comprendre les éléments de la proposition spontanée afférents aux intrants (par exemple, conception de l'ouvrage, technologie et équipement à utiliser), afin d'éviter de divulguer aux concurrents potentiels des informations appartenant exclusivement à l'auteur de la proposition spontanée. Le délai de soumission des propositions devrait être fonction de la complexité du projet et donner aux concurrents potentiels suffisamment de temps pour formuler leurs propositions. Ce peut être là un facteur crucial pour obtenir d'autres propositions, par exemple si les soumissionnaires devaient effectuer des études géologiques souterraines détaillées qui aient pu demander de nombreux mois au soumissionnaire original, qui ne voudrait pas en divulguer les résultats.

116. 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'appel d'offres. Le soumissionnaire original comme toute autre entreprise qui souhaite soumettre une autre proposition devraient être tenus de fournir une garantie de soumission (voir par. 62). Deux démarches sont ensuite possibles, en fonction des réactions 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. 89). Certains pays, dont les lois font obligation de recourir à des procédures ouvertes, ont appliqué ces dernières afin d'établir la transparence requise pour éviter des contestations futures de l'attribution d'une concession à la suite d'une proposition spontanée. Dans ces pays, la simple publication d'une invitation à faire une offre permettrait d'attribuer un projet au soumissionnaire qui a fait initialement la proposition spontanée, même si elle a été la seule. La raison en est que, pour qu'il y ait procédure ouverte, il faut généralement qu'il y ait possibilité de concurrence, même si cette dernière n'est pas effective. La publicité crée cette possibilité et ajoute un degré souhaitable de transparence.

*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. 90 à 96). 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 ouverte à part entière (voir par. 34 à 84), sous réserve des incitations qui peuvent être offertes à l'auteur de la proposition originale (voir par. 113 *b*).

117. L'autorité contractante devrait être tenue d'établir un procès-verbal de la procédure de sélection (par. 124 à 130) et de publier un avis d'attribution du projet (voir par. 123).

## F. PROCÉDURES DE RECOURS

118. L'existence de procédures de recours équitables et efficaces est l'une des conditions fondamentales pour attirer des soumissionnaires sérieux et compétents et pour ré-

duire le coût et la longueur des procédures d'attribution. 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 ou les droits des soumissionnaires. 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 important de veiller à ce qu'une possibilité adéquate et des procédures efficaces de recours soient prévues. Il est particulièrement utile de mettre en place un système de recours pratique "avant contrat" (c'est-à-dire des procédures de recours contre les actes de l'autorité contractante à un stade aussi précoce que possible de la procédure de sélection). Un tel système a 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 compensation monétaire reste la seule option possible pour réparer les conséquences d'un acte irrégulier qu'elle a commis. Des éléments d'un système adéquat de recours figurent au chapitre VI de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés.

119. Des procédures de recours appropriées devraient établir en premier lieu que les soumissionnaires ont le droit d'intenter un recours contre les décisions affectant leurs droits. 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.

120. 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. Celle-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 pour toute suspension de la procédure de sélection pouvant intervenir au niveau du recours administratif; et 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. Dans la plupart des systèmes juridiques, des procédures de recours administratif permettent aux soumissionnaires de contester les décisions des autorités contractantes, bien qu'il n'existe pas partout de procédures de recours judiciaire.

121. 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 de 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. 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.

122. De nombreux systèmes juridiques nationaux prévoient un recours judiciaire contre les actes d'organes administratifs et d'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. La principale question qui se pose en ce qui concerne le recours judiciaire est l'effet qu'un jugement annulant une procédure d'appel d'offres aurait sur le contrat attribué, en particulier quand des travaux publics ont déjà été entrepris. Les lois sur la passation des marchés essaient en général de concilier les intérêts contradictoires du secteur public, à savoir la nécessité de préserver l'intégrité de la procédure de passation de marchés et de ne pas retarder la fourniture d'un service public, et l'intérêt des soumissionnaires à préserver leurs droits. Sauf lorsqu'un accord de projet a été le résultat d'actes illégaux, une bonne solution est qu'un jugement ne déclare pas nul un accord de projet, mais accorde des dommages-intérêts à la partie lésée. Il est convenu en général que de tels dommages-intérêts ne devraient pas comprendre la perte de bénéfices, mais être limités aux dépenses encourues par le soumissionnaire pour préparer son offre.

## G. AVIS D'ATTRIBUTION DU PROJET

123. 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. Une telle exigence devrait s'appliquer indépendamment de la méthode retenue par l'autorité contractante pour sélectionner le concessionnaire (que ce soit, par exemple, par une procédure ouverte, des négociations directes ou à la suite d'une proposition spontanée). L'une des procédures possibles consiste à exiger que l'autorité contractante publie un avis de l'attribution du projet, contenant les éléments essentiels des accords proposés, tels que: *a)* le nom du concessionnaire; *b)* un descriptif des travaux et des services dont se chargera le concessionnaire; *c)* la durée de la concession; *d)* la structure des prix; *e)* un résumé des droits et obligations essentiels du concessionnaire et les garanties qu'il devra fournir; *f)* un résumé des droits de suivi de l'autorité contractante et les recours en cas de contravention à l'accord de projet; *g)* un résumé des obligations essentielles des pouvoirs publics, y compris les paiements, subventions ou indemnisations qu'ils verseront; et *h)* toute autre disposition essentielle de l'accord de projet prévue dans la sollicitation de propositions.

## H. PROCÈS-VERBAL DE LA PROCÉDURE DE SÉLECTION ET D'ATTRIBUTION

124. 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.

125. Le procès-verbal tenu par l'autorité contractante devrait tout d'abord 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 sur la passation des marchés), ainsi que les renseignements présentant une importance particulière pour les projets d'infrastructure à financement privé, et qui peuvent comprendre:

*a)* Un descriptif du projet pour lequel l'autorité contractante a sollicité des propositions;

*b)* Les noms et adresses des sociétés membres des consortiums de soumissionnaires et ceux des soumissionnaires avec lesquels l'accord de projet a été conclu; et une indication des obligations en matière de publicité, y compris des copies des moyens utilisés et des invitations envoyées;

*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)* Des renseignements sur les qualifications ou l'absence de qualifications des soumissionnaires et un résumé de l'évaluation et de la comparaison des propositions, et notamment de l'application de toute marge de préférence;

*e)* Un résumé des conclusions des études de faisabilité préliminaires demandées par l'autorité contractante et un résumé des conclusions des études de faisabilité présentées par les soumissionnaires qualifiés;

*f)* Un 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;

*g)* Un résumé des principales dispositions des propositions et de l'accord de projet;

*h)* Si l'autorité contractante a estimé 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;

*i)* En cas de rejet de toutes les propositions, une déclaration motivée à cet effet;

*j)* 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.

126. Lorsque la procédure de sélection se fait par négociations directes (voir par. 89), il peut être utile de faire figurer dans le procès-verbal de cette procédure, outre les renseignements indiqués au paragraphe 125 qui peuvent être applicables, les renseignements supplémentaires ci-après:

*a)* Un énoncé des raisons et des circonstances invoquées par l'autorité contractante pour justifier la procédure de négociations directes;

*b)* Le type de publicité utilisée ou le nom et l'adresse de la ou des sociétés directement invitées aux négociations;

*c)* Le nom et l'adresse de la ou des sociétés qui ont demandé à participer et de celles qui ont été exclues, le cas échéant, ainsi que les motifs de leur exclusion;

*d)* Au cas où les négociations n'ont pas abouti à un accord de projet, une déclaration motivée dans ce sens;

*e)* La justification donnée pour la sélection du soumissionnaire retenu.

127. Pour la procédure de sélection engagée à la suite de propositions spontanées (voir par. 107 à 117), il peut être utile de faire figurer dans le procès-verbal de cette procédure, outre les renseignements indiqués au paragraphe 125 qui peuvent être applicables, les renseignements supplémentaires ci-après:

*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 général et implique, le cas échéant, des technologies et des concepts nouveaux;

*c)* Le type de publicité utilisée ou le nom et l'adresse de la ou des sociétés directement invitées aux négociations;

*d)* Le nom et l'adresse de la ou des sociétés qui ont demandé à participer et de celles qui ont été exclues, le cas échéant, ainsi que les motifs de leur exclusion;

*e)* Au cas où les négociations n'ont pas abouti à un accord de projet, une déclaration motivée dans ce sens;

*f)* La justification donnée pour la sélection du soumissionnaire retenu.

128. 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 sur la passation des marchés. Les informations à communiquer à tout membre du public peuvent se limiter à des informations de base touchant à 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.

129. 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 propositions, 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'un tribunal compétent le lui ordonne.

130. 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.9/471/Add.5**

## Chapitre IV. Construction et exploitation de l'infrastructure

### TABLE DES MATIÈRES


| | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|
| RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION ..... | | 137 |
| NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION ..... | 1-150 | 139 |
| A. DISPOSITIONS GÉNÉRALES DE L'ACCORD DE PROJET | 1-11 | 139 |
| 1. L'ACCORD DE PROJET DANS LA LÉGISLATION .. | 2-4 | 139 |
| 2. DROIT APPLICABLE À L'ACCORD DE PROJET ... | 5-8 | 140 |
| 3. CONCLUSION DE L'ACCORD DE PROJET ..... | 9-11 | 140 |
| B. ORGANISATION DU CONCESSIONNAIRE ..... | 12-18 | 141 |
| C. SITE ET ACTIFS DU PROJET ET SERVITUDES ..... | 19-32 | 142 |
| 1. ACQUISITION DES TERRAINS NÉCESSAIRES À L'EXÉCUTION DU PROJET ..... | 20-22 | 142 |
| 2. PROPRIÉTÉ DES ACTIFS DU PROJET ..... | 23-29 | 142 |
| 3. SERVITUDES ..... | 30-32 | 144 |

| | | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|---|
| D. | ARRANGEMENTS FINANCIERS | 33-51 | 144 |
| | 1. OBLIGATIONS FINANCIÈRES DU CONCESSIONNAIRE | 34-35 | 144 |
| | 2. FIXATION ET RÉGLEMENTATION DES REDEVANCES | 36-46 | 144 |
| | 3. OBLIGATIONS FINANCIÈRES DE L'AUTORITÉ CONTRACTANTE | 47-51 | 147 |
| E. | SÛRETÉS | 52-61 | 148 |
| | 1. SÛRETÉ SUR DES BIENS CORPORELS | 54-55 | 148 |
| | 2. SÛRETÉ SUR DES ACTIFS INCORPORELS | 56-57 | 148 |
| | 3. SÛRETÉ SUR DES CRÉANCES COMMERCIALES | 58-60 | 149 |
| | 4. NANTISSEMENT DES ACTIONS DE LA SOCIÉTÉ DE PROJET | 61 | 149 |
| F. | CESSION DE LA CONCESSION | 62-63 | 150 |
| G. | TRANSFERT D'UN INTÉRÊT MAJORITAIRE DANS LA SOCIÉTÉ DE PROJET | 64-68 | 150 |
| H. | PROJETS DE CONSTRUCTION | 69-79 | 151 |
| | 1. EXAMEN ET APPROBATION DES PLANS DE CONSTRUCTION | 72 | 151 |
| | 2. MODIFICATION DES MODALITÉS DU PROJET | 73-76 | 151 |
| | 3. POUVOIRS DE SURVEILLANCE DE L'AUTORITÉ CONTRACTANTE | 77-78 | 152 |
| | 4. PÉRIODE DE GARANTIE | 79 | 152 |
| I. | EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE | 80-97 | 153 |
| | 1. NORMES DE RÉSULTAT | 82-83 | 153 |
| | 2. EXTENSION DES SERVICES | 84-85 | 153 |
| | 3. CONTINUITÉ DU SERVICE | 86-87 | 154 |
| | 4. ÉGALITÉ DE TRAITEMENT DES CLIENTS OU USAGERS | 88-89 | 154 |
| | 5. RACCORDEMENT ET ACCÈS AUX RÉSEAUX D'INFRASTRUCTURE | 90-93 | 154 |
| | 6. OBLIGATION D'INFORMATION | 94-95 | 155 |
| | 7. POUVOIRS CONFÉRÉS AU CONCESSIONNAIRE POUR FAIRE RESPECTER LES OBLIGATIONS | 96-97 | 155 |
| J. | ARRANGEMENTS CONTRACTUELS GÉNÉRAUX | 98-150 | 155 |
| | 1. SOUS-TRAITANCE | 99-104 | 156 |
| | 2. RESPONSABILITÉ À L'ÉGARD DES USAGERS ET DES TIERS | 105-107 | 157 |
| | 3. GARANTIES DE BONNE FIN ET ASSURANCE | 108-120 | 157 |
| | 4. CHANGEMENTS DE CIRCONSTANCES | 121-130 | 159 |
| | 5. CLAUSES EXONÉRATOIRES | 131-139 | 161 |
| | 6. DÉFAILLANCE ET RECOURS | 140-150 | 163 |


## RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

Il est recommandé aux pays hôtes souhaitant promouvoir des projets d'infrastructure à financement privé d'appliquer dans leur droit interne les principes ci-après:

*Dispositions générales de l'accord de projet (voir par. 1 à 11)*

*Recommandation 39.* La loi pourrait indiquer les principales clauses devant figurer dans l'accord de projet, qui pourraient comprendre les clauses mentionnées dans les recommandations ci-après.

*Recommandation 40.* Sauf disposition contraire, l'accord de projet est régi par la loi du pays hôte.

*Organisation du concessionnaire (voir par. 12 à 18)*

*Recommandation 41.* L'autorité contractante devrait avoir la possibilité d'exiger des soumissionnaires sélectionnés qu'ils constituent une entité juridique indépendante ayant son siège dans le pays.

*Recommandation 42.* L'accord de projet devrait préciser le capital minimal de la société de projet ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante des statuts de cette société et des modifications essentielles de ces statuts.

*Site du projet, actifs et servitudes (voir par. 19 à 32)*

*Recommandation 43.* L'accord de projet devrait préciser, lorsqu'il y a lieu, les actifs qui seront la propriété de l'État et ceux qui seront la propriété privée du concessionnaire. L'accord de projet devrait indiquer les actifs que le concessionnaire est tenu de transférer à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet; les actifs que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, racheter au concessionnaire et les actifs que le concessionnaire peut librement retirer ou dont il peut librement disposer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet.

*Recommandation 44.* L'autorité contractante devrait aider le concessionnaire à acquérir les servitudes nécessaires à l'exploitation, à la construction et à la maintenance de l'ouvrage. La loi pourrait autoriser le concessionnaire à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y fixer des installations selon les besoins de l'exploitation, de la construction et de la maintenance de l'ouvrage.

*Arrangements financiers (voir par. 33 à 51)*

*Recommandation 45.* La législation devrait permettre au concessionnaire de percevoir des redevances ou droits d'utilisation pour l'utilisation de l'installation ou des services qu'elle fournit. L'accord de projet devrait prévoir des méthodes et formules d'ajustement de ces redevances ou droits.

*Recommandation 46.* Lorsque les redevances ou droits demandés par le concessionnaire sont soumis au contrôle externe d'un organisme de réglementation, la loi devrait énoncer les mécanismes de révision périodique et extraordinaire des formules d'ajustement.

*Recommandation 47.* L'autorité contractante devrait être habilitée, s'il y a lieu, à convenir d'effectuer des versements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des redevances que doivent acquitter les utilisateurs ou à s'engager à acheter des quantités déterminées de biens ou de services.

*Sûretés (voir par. 52 à 61)*

*Recommandation 48.* Le concessionnaire devrait avoir la charge de mobiliser les fonds nécessaires pour construire et exploiter l'ouvrage, et, à cette fin, il devrait avoir le droit d'obtenir tout financement requis pour le projet en constituant une sûreté sur l'un quelconque de ses biens, en nantissant les actions de la société de projet, en nantissant le produit et les créances provenant de la concession ou en constituant toute autre sûreté appropriée sans préjudice de toute règle de droit pouvant interdire la constitution de sûretés sur un bien public détenu par le concessionnaire.

*Cession de la concession (voir par. 62 et 63)*

*Recommandation 49.* L'accord de projet devrait énoncer les conditions auxquelles l'autorité contractante peut donner son consentement à la cession de la concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de l'accord de projet et la production par ce dernier de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service. La concession ne devrait pas être cédée à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante.

*Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet (voir par. 64 à 68)*

*Recommandation 50.* Le transfert d'un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire peut être soumis à l'assentiment de l'autorité contractante.

*Travaux de construction (voir par. 69 à 79)*

*Recommandation 51.* L'accord de projet devrait énoncer les procédures d'examen et d'approbation des plans et spécifications de l'ouvrage, le droit de l'autorité contractante de surveiller la construction dudit ouvrage ou les améliorations apportées à celui-ci, les conditions auxquelles elle peut ordonner des modifications des spécifications et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage, de ses équipements et de ses dépendances.

*Exploitation de l'infrastructure (voir par. 80 à 97)*

*Recommandation 52.* L'accord de projet devrait énoncer, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

*a)* L'adaptation du service afin de répondre à la demande effective de ce service;

*b)* La continuité du service;

*c)* La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques à tous les usagers;

*d)* L'accès non discriminatoire, selon qu'il convient, d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques exploité par le concessionnaire.

*Recommandation 53.* L'accord de projet devrait indiquer:

*a)* La mesure dans laquelle le concessionnaire est tenu de fournir à l'autorité contractante ou à un organisme de réglementation, selon le cas, des rapports et d'autres informations sur ses activités;

*b)* Les procédures permettant de suivre les résultats du concessionnaire et de prendre les mesures raisonnables que l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peut juger appropriées pour veiller à ce que l'ouvrage soit correctement exploité et que les services soient fournis conformément aux dispositions légales et contractuelles applicables.

*Recommandation 54.* Le concessionnaire devrait avoir le droit de publier et de faire appliquer les règles relatives à l'utilisation de l'ouvrage, sous réserve de l'approbation de l'autorité contractante ou d'un organisme de réglementation.

*Arrangements contractuels généraux (voir par. 98 à 150)*

*Recommandation 55.* L'autorité contractante peut se réserver le droit d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou des personnes ayant un lien avec lui. En principe, l'autorité contractante ne devrait pas refuser de donner son approbation, sauf si les contrats contiennent des dispositions incompatibles avec l'accord de projet ou manifestement contraires à l'intérêt général ou aux règles impératives relevant du droit public.

*Recommandation 56.* Le concessionnaire et ses prêteurs, assureurs et autres cocontractants devraient être libres de choisir la loi qui régira leurs relations contractuelles, sauf lorsqu'un tel choix irait à l'encontre de l'ordre public du pays hôte.

*Recommandation 57.* L'accord de projet devrait énoncer:

*a)* Les formes, la durée et les montants des garanties de résultat que le concessionnaire peut être tenu de fournir pour la construction et l'exploitation de l'ouvrage;

*b)* Les polices d'assurance que le concessionnaire peut être tenu de souscrire;

*c)* L'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit à la suite de modifications de la législation ou d'autres changements de la situation économique ou financière rendant l'exécution de l'obligation sensiblement plus onéreuse que ce qui était initialement prévu. L'accord de projet devrait prévoir, par ailleurs, des mécanismes de révision, en cas de tels changements, des clauses qui y figurent;

*d)* La mesure dans laquelle chacune des parties peut être exonérée de sa responsabilité en cas de défaut d'exécution ou de retard dans l'exécution de toute obligation prévue dans l'accord de projet en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable;

*e)* Les voies de recours ouvertes à l'autorité contractante et au concessionnaire en cas de défaillance de l'autre partie.

*Recommandation 58.* L'accord de projet devrait énoncer les cas dans lesquels l'autorité contractante peut temporairement assurer l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions, en cas de manquement grave du concessionnaire à ses obligations.

*Recommandation 59.* L'autorité contractante devrait être autorisée à conclure avec les prêteurs des accords prévoyant la désignation, avec l'assentiment de ladite autorité, d'un nouveau concessionnaire dans le cadre de l'accord de projet en vigueur, si le concessionnaire original manque gravement à l'obligation de fournir le service requis ou si surviennent d'autres événements donnés pouvant justifier la résiliation de l'accord de projet.

## NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

### A. DISPOSITIONS GÉNÉRALES DE L'ACCORD DE PROJET

1. L'"accord de projet" conclu entre l'autorité contractante et le concessionnaire est le document principal contractuel 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. 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. Les législations nationales contiennent souvent des dispositions réglementant le contenu de l'accord de projet. Dans certains pays, la législation se borne à mentionner la nécessité d'un accord entre le concessionnaire et l'autorité contractante, tandis que celles d'autres pays contiennent 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 générales 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. 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. Cependant, des dispositions législatives générales détaillant les droits et obligations des parties peuvent priver l'autorité contractante et le concessionnaire 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 générales 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. Droit applicable à l'accord de projet

5. Il est rare que les législations internes contiennent des dispositions relatives au droit applicable aux 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.

6. Le droit applicable à l'accord de projet comprend 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*. 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 chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", ____). Le droit applicable comprend 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 chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", ____). 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, telles celles relatives aux 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).

7. Les pays hôtes souhaitant adopter une législation sur les projets d'infrastructure à financement privé lorsqu'il n'existe aucune législation de ce type pourront avoir à résoudre les différentes questions soulevées par de tels projets dans plusieurs textes législatifs. D'autres pays pourront souhaiter introduire une législation ne portant que sur certaines questions qui n'auraient pas déjà été traitées de manière satisfaisante dans les textes législatifs et réglementaires existants. Une législation spécifique sur les projets d'infrastructure à financement privé pourra, par exemple, établir les caractéristiques particulières de la procédure de sélection du concessionnaire et renvoyer, s'il y a lieu, aux textes existants relatifs à l'attribution des marchés publics pour tout détail concernant l'administration de la procédure. D'ailleurs, lorsqu'ils adopteront une législation sur les projets d'infrastructure à financement privé, les pays hôtes pourront devoir abroger certains textes législatifs et réglementaires qui, d'après l'organe législatif, font obstacle à son application.

8. Dans un souci de clarté, il pourra être utile de porter à la connaissance des investisseurs potentiels les textes législatifs et réglementaires qui s'appliquent directement à l'exécution de tels projets et, s'il y a lieu, ceux qui ont été abrogés par l'organe législatif. Cependant, comme il ne sera pas possible d'énumérer complètement dans la législation tous les textes législatifs ou réglementaires intéressant directement ou accessoirement les projets d'infrastructure à financement privé, le mieux serait de les énumérer dans un document non législatif tel qu'une brochure promotionnelle ou un document d'information générale remis aux soumissionnaires avec la sollicitation de propositions (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 60).

### 3. Conclusion de l'accord de projet

9. Pour des projets aussi complexes que des projets d'infrastructure, il n'est pas inhabituel que les négociations finales (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 83 et 84) entre les parties se poursuivent plusieurs mois avant que celles-ci soient prêtes à signer l'accord de projet. Du temps supplémentaire pourra également être nécessaire pour accomplir certaines formalités qui sont souvent prescrites par la loi, telles que l'approbation de l'accord de projet par une autorité supérieure. L'entrée en vigueur de l'accord de projet ou de certaines catégories d'accord de projet est subordonnée, dans certains pays, à une décision du Parlement, voire à l'adoption d'une loi spéciale. Étant donné le coût qu'entraîne tout retard dans l'application de l'accord de projet, il est conseillé de faire aboutir rapidement la négociation finale afin d'éviter tout retard inutile dans la conclusion de l'accord de projet.

10. 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 et la difficulté qu'il peut y avoir à constituer une sûreté acceptable pour les prêteurs. Les pouvoirs publics peuvent beaucoup 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 dispositions à introduire dans l'accord de projet, 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, 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 (voir également chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 83 et 84).

11. Les procédures de conclusion et d'entrée en vigueur de l'accord de projet doivent également être revues afin de régler rapidement les problèmes et d'éviter les conséquences néfastes de tout retard dans le calendrier du projet. Certains pays délèguent par voie législative le pouvoir d'engager la signature de l'autorité contractante ou de l'État, 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 doit encore donner son approbation finale, il est souhaitable d'envisager de rationaliser les procédures d'approbation. Lorsque les conditions de cette approbation sont jugées arbitraires ou trop lourdes, les pouvoirs publics peuvent être priés de donner au concessionnaire ou aux prêteurs des garanties suffisantes pour les mettre à l'abri de ce risque (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 45 à 50). Dans certains pays où cette approbation est nécessaire, l'autorité contractante est parfois autorisée à défrayer le concessionnaire des dépenses que ce dernier a engagées pendant la phase de sélection et la préparation du projet si l'approbation finale est retardée pour des raisons indépendantes de la volonté du concessionnaire.

## B. ORGANISATION DU CONCESSIONNAIRE

12. Certaines prescriptions concernant l'organisation du concessionnaire se trouvent fréquemment dans la législation nationale et sont développées par des dispositions détaillées dans les accords de projet. Elles portent habituellement sur des questions telles que la constitution du concessionnaire en personne morale, son capital, son champ d'activité, ses statuts et règlements. Dans la plupart des cas, les soumissionnaires retenus constituent une société de projet revêtant la forme d'une personne morale indépendante dotée de sa propre personnalité juridique, qui devient alors le concessionnaire en vertu de l'accord de projet. Une société de projet constituée en personne morale indépendante est l'entité généralement utilisée pour mobiliser des fonds dans le cadre de la formule du financement sur recettes (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 54). Sa constitution 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 promoteurs. Cette considération peut être déterminante lorsqu'une partie importante des services ou des biens nécessaires au projet doit être fournie par des membres du consortium de projet.

13. La société de projet est généralement tenue de se constituer dans un délai raisonnablement bref après l'attribution du projet. Comme une bonne part des éléments du passif et des obligations du concessionnaire, y compris à long terme (accord de projet, accords de prêts, garanties et contrats de construction), se décident généralement tôt, il est bon que le projet soit représenté par une personne morale indépendante lorsque ces instruments sont négociés. On ne peut raisonnablement attendre, cependant, que des engagements fermes et définitifs soient donnés par les prêteurs et autres bailleurs de fonds avant l'attribution finale de la concession.

14. Souvent, la législation du pays hôte exige que les entités offrant des services publics soient constituées en personne morale. Cette exigence traduit la volonté de l'organe législatif de s'assurer, notamment, que les prestataires de services publics se conforment à la réglementation nationale en matière de comptabilité et d'information (par exemple, publication d'états financiers ou règles de publicité concernant certains actes sociaux). Elle met en évidence, toutefois, la nécessité, pour le pays hôte, de disposer d'un droit des sociétés approprié (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", ____). Si la société de projet peut se constituer facilement, compte dûment tenu des exigences de l'intérêt général bien compris, cela peut éviter des retards inutiles dans la réalisation du projet.

15. Une autre question importante a trait aux apports de fonds propres nécessaires pour la constitution de la société de projet. L'autorité contractante peut à bon droit exiger un montant de fonds propres de nature à assurer la solidité financière de la société de projet et à garantir sa capacité de s'acquitter de ses obligations. Cependant, comme l'investissement total requis ainsi que le rapport idéal entre l'endettement et les fonds propres varient d'un projet à l'autre, une disposition législative imposant un capital social minimal d'un montant déterminé à toutes les sociétés réalisant des projets d'infrastructure est sans doute à déconseiller. On pourra, à la place, accorder à l'autorité contractante davantage de souplesse pour parvenir à un montant de souscription au capital adapté aux besoins financiers du projet. La souscription attendue pourra, par exemple, prendre dans la sollicitation de propositions la forme d'un ratio d'endettement souhaitable et pourra figurer parmi les critères d'évaluation des propositions financières et commerciales de façon à stimuler la concurrence entre les soumissionnaires (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 75 et 76).

16. Dans tous les cas, il est conseillé de revoir les dispositions législatives ou les prescriptions réglementaires concernant l'organisation du concessionnaire de façon à assurer leur conformité aux obligations internationales contractées par le pays hôte. Des dispositions restrictives ou imposant certains types de personne morale ou de coentreprise par l'intermédiaire desquelles un prestataire peut proposer un service, de même qu'une restriction des participations étrangères sous la forme d'un plafonnement du pourcentage de capitaux étrangers ou de la valeur totale des investissements étrangers individuels ou agrégés, risquent d'aller à l'encontre d'obligations contractées par les États signataires de certains accords internationaux d'intégration économique ou de libéralisation du commerce des services.

17. Parfois, la législation interne régit la portée des activités de la société de projet 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.

18. Il se peut aussi que l'autorité contractante souhaite que les statuts de la société de projet reflètent comme il convient les obligations que celle-ci assume dans l'accord de projet, lequel statue donc parfois qu'une modification des statuts de la société de projet ne produit d'effet que lorsqu'elle a été approuvée par l'autorité contractante. Lorsque celle-ci ou un autre organisme public participe à la société de projet, 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 général représenté par l'autorité contractante au regard de la nécessité de laisser à la société de projet la marge de manœuvre dont elle a besoin pour conduire ses affaires. S'il est jugé nécessaire d'exiger que l'autorité contractante approuve les amendements qu'il est proposé d'apporter aux statuts de la société de projet, il est bon de limiter cette exigence aux dispositions considérées comme revêtant une importance fondamentale, par exemple celles qui concernent le montant du capital social, les catégories d'action et les droits dont ils sont assortis, les procédures de liquidation, etc., lesquelles devront être précisées dans l'accord de projet.

## C. SITE ET ACTIFS DU PROJET ET SERVITUDES

19. Les dispositions relatives au site du projet forment un élément essentiel de la plupart des accords de projet. Elles portent généralement sur des questions telles que l'acquisition des terrains nécessaires, la propriété des terrains et des actifs du projet, et les servitudes nécessaires au concessionnaire pour réaliser des travaux de construction ou exploiter l'infrastructure. Dans la mesure où l'accord de projet envisage de transférer au concessionnaire des biens relevant du domaine public ou de lui donner un droit d'usage sur de tels biens, une autorisation préalable du législateur peut être nécessaire. Une législation peut également être nécessaire pour faciliter l'acquisition des biens ou servitudes nécessaires lorsque le projet n'est pas situé sur des terrains relevant du domaine public.

### 1. Acquisition des terrains nécessaires à l'exécution du projet

20. Lorsqu'un nouvel ouvrage doit être construit sur un terrain relevant du domaine public (c'est-à-dire appartenant à l'autorité contractante ou à un autre organisme public) ou qu'un ouvrage existant doit être modernisé ou rénové, c'est normalement au propriétaire du terrain ou de l'ouvrage de mettre celui-ci à la disposition du concessionnaire. La situation est 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, compte tenu des retards et des dépenses que peuvent entraîner les négociations avec différents propriétaires, souvent nombreux, et, dans certaines juridictions, 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.

21. La procédure par laquelle des biens privés sont expropriés par les pouvoirs publics moyennant le versement d'une indemnisation appropriée à leurs propriétaires, qui est appelée de différentes façons dans les systèmes juridiques nationaux, est qualifiée, dans le présent *Guide*, d'"expropriation". Dans les pays où la législation prévoit plusieurs modalités d'expropriation, il pourra être souhaitable d'autoriser les organismes publics compétents à procéder à toutes les expropriations nécessaires à un projet d'infrastructure à financement privé en recourant aux procédures les plus expéditives, par exemple la procédure spéciale de déclaration d'utilité publique appliquée par certains pays (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit" ____).

22. Le pouvoir 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 (tels que les sociétés nationales de chemin de fer, les compagnies d'électricité ou de téléphone, etc.) à prendre certaines mesures d'expropriation des biens privés nécessaires à la fourniture ou au développement des services dont ils sont responsables. Dans les pays, en particulier, où l'indemnisation des propriétaires expropriés est réglée par les tribunaux, il s'est révélé particulièrement utile de déléguer à la société concessionnaire le pouvoir d'entreprendre certaines démarches d'expropriation, l'État restant responsable de l'exécution des actes dont la loi fait une condition préalable à l'ouverture de la procédure d'expropriation. Lors de l'expropriation, le terrain 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 elles du coût de l'expropriation.

### 2. Propriété des actifs du projet

23. Comme nous l'avons vu plus haut, la participation du secteur privé à des projets d'infrastructure peut revêtir différentes formes allant d'infrastructures détenues et exploitées par l'État à des projets entièrement privatisés (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 47 à 53). Indépendamment de la politique générale ou sectorielle du pays hôte, il importe que le régime de propriété des diffé-

rents actifs en jeu soit clairement défini et s'appuie sur un cadre légal suffisant. Il n'est cependant pas indispensable de disposer de textes législatifs précis à ce sujet. Dans différents pays, il s'est en effet révélé suffisant de donner des orientations d'ordre législatif quant aux questions devant être abordées dans l'accord de projet.

24. Dans certains systèmes juridiques, l'infrastructure physique nécessaire à l'offre de services publics est généralement considérée comme un bien public, même lorsqu'elle a initialement été acquise ou créée au moyen de fonds privés. Elle comprend généralement, outre tout bien qui aura pu être mis à la disposition du concessionnaire par l'autorité contractante, tout bien spécialement acquis pour la construction de l'ouvrage. Pendant la durée du projet, cependant, le concessionnaire pourra apporter des améliorations ou des ajouts substantiels à l'ouvrage. Il ne sera pas toujours aisé d'établir, en vertu du droit applicable, si oui ou non ces améliorations ou ajouts deviennent partie intégrante des biens publics en possession du concessionnaire, ou si certains d'entre eux peuvent être séparés des biens publics détenus par le concessionnaire et deviennent la propriété privée de ce dernier. Il est donc souhaitable que l'accord de projet spécifie, s'il y a lieu, les actifs qui relèveront du domaine public et ceux qui deviendront la propriété privée du concessionnaire.

25. La nécessité de clarté concernant la propriété des actifs du projet ne se limite pas aux systèmes juridiques dans lesquels l'infrastructure physique nécessaire à l'offre de services publics est considérée comme un bien public. En règle générale, lorsque l'autorité contractante fournit le terrain ou l'ouvrage nécessaire à la réalisation du projet, il est souhaitable que l'accord de projet spécifie, s'il y a lieu, les actifs qui continueront de relever du domaine public et ceux qui deviendront la propriété privée du concessionnaire. Le concessionnaire pourra se voir céder soit le titre de propriété du terrain ou de l'ouvrage, soit uniquement un titre à bail ou le droit d'utiliser le terrain ou l'ouvrage et d'y construire, en particulier lorsque le terrain reste dans le domaine public. Dans l'un et l'autre cas, la nature des droits du concessionnaire devra être clairement établie, car elle aura une incidence directe sur l'aptitude du concessionnaire à constituer des sûretés sur les actifs du projet pour mobiliser des fonds (voir par. 54 et 55).

26. Outre la propriété des actifs pendant la durée de la période de concession, il importe de considérer le régime de propriété à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet. Dans certains pays, la législation 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 aux biens publics mis initialement à la disposition du concessionnaire ou à certains autres actifs jugés nécessaires pour garantir la prestation du service. Parfois, ces biens sont transférés directement du concessionnaire à un autre qui lui succède pour la prestation du service.

27. Des 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. 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 les redevances demandées pour le service soient moins élevées. 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 ses 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.

28. 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) *Actifs devant être transférés à l'autorité contractante.* Cette catégorie comprend en général les biens publics utilisés par le concessionnaire pour fournir le service considéré. Ces biens 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, biens et 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.

b) *Actifs 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 et 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.

c) *Actifs demeurant la propriété privée du concessionnaire.* Il s'agit d'actifs détenus par le concessionnaire qui n'entrent 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 retirer.

29. À la lumière de ce qui précède, il est utile que la législation exige que l'accord de projet spécifie, s'il y a lieu, les actifs qui relèveront du domaine public et ceux

qui seront la propriété privée du concessionnaire. L'accord de projet devra spécifier les actifs que le concessionnaire est tenu de transférer à l'autorité contractante, ou à un nouveau concessionnaire à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet, les actifs que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au concessionnaire, et ceux dont le concessionnaire peut librement disposer ou qu'il peut librement retirer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet. Ces dispositions devront s'accompagner de clauses contractuelles établissant, s'il y a lieu, l'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut prétendre au titre des actifs transférés à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire ou achetés par l'autorité contractante à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ____).

### 3. Servitudes

30. Des dispositions spéciales peuvent être requises lorsque le concessionnaire doit traverser la propriété de tiers pour accéder au site du projet ou pour réaliser des travaux ou des opérations de maintenance nécessaires à la fourniture du service, 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, ou poser des canalisations d'acheminement de carburant, de gaz ou d'eau, etc.

31. Ce droit d'utiliser les biens de tiers à des fins précises ou pour y procéder à des travaux est souvent qualifié, dans le présent *Guide*, de "servitudes". Une servitude exige en général le consentement du propriétaire du terrain qu'elle grève, à moins qu'elle ne soit prévue par la loi. Il n'est en général ni rapide ni économique de laisser le concessionnaire l'acquérir directement auprès des propriétaires. Le plus souvent, c'est l'autorité contractante qui procède à l'expropriation des servitudes en même temps que le site de projet.

32. On peut songer à une solution quelque peu différente: la loi elle-même autorise les prestataires de services publics à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y fixer des installations selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance d'infrastructures publiques. Cette solution, qui peut éviter d'avoir à acquérir des servitudes sur différents terrains, peut s'appliquer dans le cadre de législations sectorielles, lorsque l'on 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. Dans certains systèmes juridiques, cependant, les propriétaires peuvent prétendre à une indemnisation lorsque la portée des droits accordés au concessionnaire est telle qu'elle entraîne pour eux une perte appréciable de jouissance de leur bien.

## D. ARRANGEMENTS FINANCIERS

33. Les arrangements financiers 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, les méthodes de calcul et de révision des redevances perçues par le concessionnaire et les types de sûretés qui peuvent être constituées au profit des créanciers du concessionnaire. Il faut veiller à ce que la législation du pays hôte facilite, ou du moins n'entrave pas, la gestion financière du projet.

### 1. Obligations financières du concessionnaire

34. Dans le cas de projets d'infrastructure à financement privé, il incombe habituellement au concessionnaire de mobiliser les fonds nécessaires à la construction et à l'exploitation de l'infrastructure. Les obligations du concessionnaire à cet égard sont généralement énoncées en détail dans les dispositions de l'accord de projet. Le plus souvent, l'autorité contractante ou d'autres organismes publics 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.

35. 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 des institutions financières internationales 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", par. 54 à 67). Il importe donc de veiller à ce que la législation ne restreigne pas inutilement la capacité du concessionnaire à conclure les arrangements financiers qu'il juge appropriés pour financer l'ouvrage.

### 2. Fixation et réglementation des redevances

36. Les redevances ou droits d'utilisation perçus par le concessionnaire peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante (voir par. 47 à 51) ou des pouvoirs publics (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60), la principale — et parfois la seule — source de recettes permettant de recouvrer les investissements effectués pour le projet. Le concessionnaire cherchera donc à être autorisé à fixer et à maintenir ces redevances et ces droits 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 redevances et les droits 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 redevances et les droits pouvant être perçus pour la prestation de services publics. 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 redevances doivent être "raisonnables", "équitables" ou "justes".

### a) *Faculté du concessionnaire de percevoir des redevances*

37. 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 d'exiger un droit pour l'utilisation d'ouvrages publics. 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 une redevance en contrepartie du service fourni.

38. Lorsqu'il est jugé nécessaire d'inclure dans la législation générale des dispositions réglementant les redevances et les droits d'utilisation, celles-ci doivent 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 redevances et droits 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. 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 redevances des services publics risque d'aboutir à des redevances ou à des droits inférieurs à ce qu'ils devraient être pour que le projet puisse être exploité rentablement (voir par. 124).

### b) *Méthodes de réglementation des redevances*

39. Les redevances et les droits d'utilisation 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 redevances, ces principes étant ensuite appliqués par l'organisme de réglementation concerné et repris dans les conditions fixées dans les licences ou concessions. Cette solution est conseillée, car les formules sont sectorielles et peuvent devoir être adaptées pendant la durée d'un projet. Lorsque des mesures de contrôle sont appliquées, la loi exige habituellement que la formule d'établissement des redevances utilisée soit indiquée dans la sollicitation de propositions et incorporée dans l'accord de projet. Les mécanismes de réglementation s'appuient généralement sur des formules d'ajustement des redevances assorties de mesures de contrôle permettant de vérifier l'application desdites formules. Les méthodes de réglementation des redevances 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 aux deux méthodes. On notera que, pour être efficace, un mécanisme de réglementation des redevances doit s'accompagner d'une analyse commerciale et économique approfondie, et que la brève présentation ci-après ne fait qu'offrir un aperçu de certains problèmes et d'éventuelles solutions.

#### *i) Méthode du taux de rendement*

40. La méthode du taux de rendement est un mécanisme d'ajustement des redevances conçu de manière à autoriser le concessionnaire à tirer un rendement convenu de ses investissements. Les redevances pour une période donnée sont fixées 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 redevances sont revues 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. La méthode du taux de rendement est généralement utilisée en rapport avec la fourniture de services publics pour lesquels on peut prévoir une demande constante (approvisionnement en électricité, gaz ou eau). Dans le cas d'ouvrages ou de services exposés à une plus grande élasticité de la demande (routes à péage, par exemple), il n'est pas toujours possible de maintenir le taux de rendement du concessionnaire à un niveau constant par un ajustement régulier des redevances.

41. La méthode du taux de rendement s'avère très rassurante pour les exploitants d'infrastructures, puisque le concessionnaire est certain que les redevances pratiquées seront suffisantes pour couvrir ses dépenses d'exploitation et atteindre le taux de rendement convenu. Étant donné que les redevances sont ajustées 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 de 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 redevances. Toutefois, elle peut être quelque peu incitative si les redevances ne sont pas ajustées immédiatement ou si l'ajustement n'est pas rétroactif. On notera que 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).

*ii) Méthode du plafonnement des prix*

42. La méthode du plafonnement des prix consiste à fixer un barème de redevances 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'ouvrage. Les redevances 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.

43. 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 redevances 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*

44. De nombreux mécanismes d'ajustement des redevances actuellement utilisés combinent des éléments empruntés à la fois à la méthode du taux de rendement et à celle du plafonnement 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 redevances 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, pour faire équilibre aux méthodes du taux de rendement et du plafonnement des prix, 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 redevances, ou plus généralement pour surveiller le niveau des redevances, est leur fixation 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 de redevances demandés par le prestataire de services publics sont raisonnables ou non.

**c) *Considérations de politique générale en matière de réglementation des redevances***

45. Chacune des principales méthodes d'ajustement des redevances examinée ci-dessus présente ses avantages et ses inconvénients et a une incidence variable sur les décisions du secteur privé en matière d'investissement (voir par. 41 et 43), ce dont les organes législatifs doivent tenir compte pour déterminer les mécanismes de contrôle des redevances 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 du plafonnement des prix, soit celle du taux de rendement dans la procédure de sélection des concessionnaires selon l'importance et la nature des investissements et des services. Lors du choix d'une méthode de contrôle des redevances, il importera de tenir compte de l'incidence des différentes solutions politiques sur les décisions du secteur privé en matière d'investissement. Quel que soit le mécanisme choisi, il importe d'examiner attentivement si l'autorité contractante ou l'organisme de réglementation peut vérifier dûment que le concessionnaire s'acquitte de ses obligations et appliquer correctement la méthode d'ajustement (voir également chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53).

46. Il ne faut pas perdre de vue que les formules d'ajustement des redevances 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, pendant la période de concession. De surcroît, les formules d'ajustement des redevances sont généralement élaborées en supposant un certain niveau de production ou de demande et peuvent produire des résultats insatisfaisants si le niveau de la production ou de la demande change considérablement. C'est pourquoi de nombreux pays ont établi des mécanismes de révision des formules permettant une révision périodique (disons tous les quatre ou cinq ans) ou une révision au coup par coup s'il est avéré 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 redevances. C'est pourquoi ils demandent habituellement que la formule d'ajustement soit incorporée à l'accord de projet.

### 3. Obligations financières de l'autorité contractante

47. Lorsque le concessionnaire offre des services directement au grand public, l'autorité contractante ou l'organisme public 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.

#### a) *Versements directs*

48. 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, de financer et d'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", par. 18). 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. Cependant, lorsque ces arrangements font intervenir une certaine forme de subventionnement de la société de projet, il y a lieu d'examiner attentivement leur conformité avec certaines obligations du pays hôte découlant d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges.

49. 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, on a jugé utile de calculer le montant des versements sur la base de la circulation effective pendant toute la période de la concession. Ce système encourage le concessionnaire à faire en sorte que 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. 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.

#### b) *Engagements d'achat*

50. Dans le cas de centrales électriques indépendantes ou d'autres infrastructures générant des biens ou des services pouvant être fournis sur une base à long terme à un acheteur identifiable, l'autorité contractante ou un autre organisme public ont souvent l'obligation d'acheter, sur la base d'une redevance convenue, ces biens et services offerts par le concessionnaire. Les contrats de ce type sont habituellement appelés "contrats d'enlèvement". 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 production d'électricité, par exemple, le contrat d'achat pourra prévoir les droits suivants:

a) *Droits 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) *Droits 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 kilowatt-heure 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.

51. 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. 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", par. 46 et 47).

## E. SÛRETÉS

52. 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. Dans le contexte du financement sur recettes, les sûretés jouent généralement un rôle défensif ou préventif en veillant à ce que, 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 actifs soit affectée en priorité au remboursement de l'encours des prêts. Néanmoins, les prêteurs visent généralement à obtenir 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.

53. Les sûretés sont un élément essentiel du 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 à la fois une sûreté sur les biens corporels utilisés aux fins du projet et une sûreté sur les actifs 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. On notera cependant que, dans certains systèmes juridiques, toute sûreté accordée à des prêteurs leur permettant de reprendre le projet n'est autorisée que dans des circonstances exceptionnelles et à certaines conditions particulières, à savoir: l'autorité contractante doit donner son accord; la sûreté doit être accordée uniquement pour faciliter le financement ou l'exploitation du projet; et elle ne doit pas avoir d'effets sur les obligations contractées par le concessionnaire. Ces conditions découlent souvent de principes de droit généraux ou de dispositions légales et ne peuvent être levées par l'autorité contractante par le biais d'arrangements contractuels.

### 1. Sûreté sur des biens corporels

54. La négociation des dispositions à prendre en matière de garantie pour obtenir un financement pour le projet peut se heurter à des obstacles juridiques lorsque des actifs du projet relèvent du domaine public. 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 actifs ou n'aura qu'un droit limité de le faire. 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'actifs 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 actifs peut constituer une sûreté sur ce bail ou sur ce droit d'utilisation.

55. 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). Lorsqu'il est possible de créer une sûreté quelconque sur des actifs appartenant à l'autorité contractante ou devant lui être retournés ou sur des actifs sur lesquels l'autorité contractante a contractuellement une option d'achat (voir par. 28), la législation peut subordonner le droit pour le concessionnaire de créer de telles sûretés à l'approbation de l'autorité contractante.

### 2. Sûreté sur des actifs incorporels

56. Dans le cas d'un projet d'infrastructure, le principal actif 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 actifs corporels faisant partie du projet. Comme le titulaire de la concession a habituellement le droit de posséder et d'aliéner tous les actifs affectés au projet (à l'exception, le cas échéant, de ceux qui appartiennent à d'autres parties, comme des biens publics en possession du concessionnaire), la concession englobe habituellement des actifs 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 actifs d'une société ou qui ne reconnaissent généralement pas des sûretés non possessoires (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", ____). Ces avantages peuvent notamment être d'éviter la nécessité de créer une sûreté distincte pour chacun des actifs affectés au projet, de permettre au concessionnaire de continuer à utiliser ces actifs dans ses activités normales et de permettre le nantissement de certains actifs 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 par. 147 à 150).

57. Dans certains systèmes juridiques, toutefois, des 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 actifs 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. 62 et 63), 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 travaux publics" ou "nantissement de concession de travaux 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").

### 3. Sûreté sur des créances commerciales

58. Une autre forme de sûreté généralement accordée dans le cadre de la plupart des projets d'infrastructure à financement privé est la cession aux prêteurs de recettes provenant de contrats conclus avec des clients du concessionnaire. Ces recettes peuvent provenir d'un contrat unique (engagement d'achat d'électricité par une société de distribution) ou d'un grand nombre de transactions individuelles (règlement mensuel de factures de gaz ou d'eau). Elles comprennent généralement les droits perçus du public pour l'utilisation de l'ouvrage (péages sur une autoroute) ou le prix payé par les usagers des biens ou des services fournis par le concessionnaire (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, et les accords de prêt prévoient souvent que les revenus des projets d'infrastructure seront déposés sur un compte séquestre géré par un administrateur fiduciaire nommé par les prêteurs. Un tel mécanisme peut également faciliter considérablement l'émission d'obligations et d'effets négociables par le concessionnaire.

59. Les sûretés constituées sur des créances commerciales jouent un rôle essentiel dans les arrangements de financement comprenant l'émission d'obligations et d'autres effets négociables. 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 par le biais d'un mécanisme appelé "titrisation". La titrisation consiste à créer des sûretés garanties 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 actifs 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 la 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 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.

60. Dans la plupart des cas, il ne serait pas pratique pour le concessionnaire de spécifier individuellement les créances cédées aux créanciers. C'est pourquoi la cession de créances dans le cadre d'un financement sur recettes prend généralement la forme d'une cession globale de créances futures. Des dispositions reconnaissant la faculté du concessionnaire de nantir les recettes provenant de projets d'infrastructure ont récemment été incluses dans différentes législations internes. Il peut cependant exister une incertitude considérable dans différents systèmes juridiques quant à la validité de la cession globale de créances et de créances futures. Il importe donc de veiller à ce que la législation interne sur les sûretés ne porte pas atteinte à la faculté qu'ont les parties de céder effectivement des créances commerciales afin d'obtenir des fonds pour le projet (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", ____).

### 4. Nantissement des actions de la société de projet

61. Lorsque la concession ne peut être cédée ni dévolue à un tiers sans le consentement de l'autorité contractante (voir par. ___), la législation interdit parfois la constitution d'une sûreté sur les actions de la société de projet. Il convient cependant de noter que le nantissement des actions de la société de projet est une forme de sûreté que les prêteurs utilisent fréquemment pour le financement de projets et qu'une interdiction générale de ce procédé limite les capacités qu'a la société de projet 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. 64 à 68).

## F. CESSION DE LA CONCESSION

62. 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.

63. 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 avec l'accord de l'autorité contractante en vue d'éviter qu'il soit mis fin à la concession en raison d'une grave défaillance du concessionnaire (voir également par. 147 à 150).

## G. TRANSFERT D'UN INTÉRÊT MAJORITAIRE DANS LA SOCIÉTÉ DE PROJET

64. 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 la société de projet ne soit pas transféré à des entités inconnues d'elles. 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", par. 38 à 40). 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.

65. 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 fournie par les organisations dont relève 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. 12), 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 par. 147 à 150) ou la résiliation de la concession sans indemnisation en cas de services non satisfaisants (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ___).

66. 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. Comme indiqué ci-dessus (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 54 à 67), 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 les entreprises de travaux publics ou les 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 pourront ne pas souhaiter 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 conditions d'utilisation mieux assurées, l'opération pourra être refinancée à nouveau. Toutefois, si on limite la possibilité pour les investisseurs d'investir et de réinvestir dans des projets d'infrastructure en imposant des restrictions à la cessibilité des actions d'une societé de projet, 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. À long terme, le développement d'un marché de l'investissement dans les infrastructures publiques risque d'être freiné si on limite la faculté qu'ont les investisseurs de transférer leurs intérêts dans des projets d'infrastructure à financement privé.

67. Pour ces raisons, il sera souhaitable de limiter le transfert d'intérêts majoritaires dans la société de projet à une période donnée (par exemple, à un certain nombre d'années après l'entrée en vigueur de l'accord de projet) ou aux cas où de telles restrictions sont justifiées par des raisons liées à l'intérêt général. Un exemple peut être celui d'un concessionnaire en possession de biens publics ou d'un concessionnaire qui reçoit des prêts, des subventions, un apport de fonds ou d'autres formes de soutien direct 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 actifs 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. 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.

68. Dans ces cas exceptionnels, 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.

## H. PROJETS DE CONSTRUCTION

69. 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.

70. À l'inverse, dans de nombreux projets d'infrastructure à financement privé, l'autorité contractante peut préférer confier cette tâche au concessionnaire. Au lieu d'assurer directement la gestion des différents aspects du projet, elle préférera probablement confier cette mission à ce dernier 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 que l'employeur jouerait normalement dans le cadre d'un contrat de construction.

71. 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

72. Si l'on juge nécessaire de légiférer sur les travaux 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 stipuler 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.

### 2. Modification des modalités du projet

73. 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 présent *Guide*. Au sens du *Guide*, le mot "modifications" ne désigne pas les ajustements ou révisions de redevances résultant de la variation des coûts ou de la fluctuation des monnaies (voir par. 39 à 44). De même, la renégociation de l'accord de projet en cas d'importants changements de circonstances (voir par. 126 à 130) n'est pas considérée dans le *Guide* comme une modification.

74. 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 requises par l'autorité contractante et des spécifications fournies pendant la procédure de sélection (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 61 et 64 à 66) est un facteur essentiel si l'on veut éviter d'avoir à modifier ultérieurement le projet.

75. Il faudra que l'accord de projet indique les circonstances précises dans lesquelles l'autorité contractante peut ordonner une modification des spécifications de construction ainsi que l'indemnité devant, le cas échéant, être versée au concessionnaire pour couvrir les frais supplémentaires et les retards 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. Conformément à la pratique contractuelle de certains systèmes juridiques, le concessionnaire peut être dégagé de ses obligations si le montant des frais supplémentaires occasionnés par la modification dépasse un plafond donné.

76. 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. Ces mêmes solutions peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* aux modifications demandées par l'autorité contractante dans le cadre de l'accord de projet[1]. 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 redevances 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 redevances 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

77. Dans certains systèmes juridiques, les organismes publics achetant des travaux de construction se réservent habituellement le droit d'ordonner la suspension ou l'interruption des travaux pour des motifs d'intérêt général. Toutefois, afin de rassurer les investisseurs potentiels, il peut être utile de limiter la possibilité d'une telle intervention 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 une indemnisation appropriée du concessionnaire. 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", par. 48 à 50).

78. Dans certains systèmes juridiques, les ouvrages devant servir à l'offre de certains services publics passent dans le domaine public une fois leur construction terminée (voir par. 24). Dans ce cas, la législation exige souvent que l'ouvrage achevé soit officiellement approuvé par l'autorité contractante ou par un autre organisme public. Cette approbation officielle n'est généralement donnée qu'après inspection de l'ouvrage achevé et à l'issue d'essais démontrant que l'ouvrage est opérationnel et répond aux spécifications techniques et aux critères de sûreté. Même lorsqu'une approbation officielle de l'autorité contractante n'est pas exigée (par exemple, lorsque l'ouvrage reste la propriété du concessionnaire), des dispositions concernant l'inspection finale et l'approbation des travaux de construction par l'autorité contractante sont souvent requises pour assurer la conformité aux réglementations relatives à la santé, à la sûreté, à la construction ou au travail. 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. 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.

### 4. Période de garantie

79. Les contrats de construction négociés par le concessionnaire prévoient généralement une garantie de qualité en vertu de laquelle les entrepreneurs sont responsables des défauts constatés dans les travaux, et des inexactitudes ou insuffisances des documents techniques fournis parallèlement à ces derniers, à l'exception d'exclusions raisonnables (par exemple, usure normale, ou maintenance, ou exploitation défectueuse par le concessionnaire). D'autres responsabilités peuvent également découler de dispositions législatives ou de principes généraux du droit applicable, telle la période spéciale de responsabilité prolongée en cas de défauts structurels prévue dans certains systèmes juridiques. L'accord de projet devra stipuler que l'approbation finale de l'ouvrage par l'autorité contractante ne dégagera

[1]Pour une analyse des méthodes et solutions possibles utilisées dans les contrats de construction pour les travaux industriels 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".

pas les entrepreneurs de leur responsabilité en cas de défaut de l'ouvrage ou d'inexactitude ou insuffisance des documents techniques pouvant être fournis en vertu des contrats de construction et de la loi applicable.

## I. EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE

80. Les conditions d'exploitation et de maintenance de l'ouvrage ainsi que les normes de qualité et de sécurité sont souvent énumérées dans la loi et énoncées de manière détaillée dans l'accord de projet. 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 de réglementation 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.

81. 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 général. 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. 122 à 125), les organismes de réglementation n'en ont pas moins tout intérêt à éviter d'adopter trop de réglementations ou de modifier trop fréquemment les règles en vigueur.

### 1. Normes de résultat

82. 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; et de normes relatives à la santé, à la sécurité et à l'environnement. La législation peut toutefois énoncer les principes de base qui orienteront l'établissement de normes détaillées ou exiger l'application de normes internationales.

83. 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'ouvrage et se prémunir contre les conséquences d'une telle interruption. Il voudra être certain que l'exercice de pouvoirs de surveillance ou de réglementation par l'autorité contractante ne perturbera ni n'interrompra indûment le fonctionnement de l'ouvrage et ne lui occasionnera pas de frais supplémentaires excessifs.

### 2. Extension des services

84. 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 de réglementation, selon le cas.

85. Dans certains systèmes juridiques, cette obligation n'est ni absolue ni illimitée. Le devoir qu'a le concessionnaire de développer ses installations peut en effet dépendre 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 général 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 redevances 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, l'accord de projet devra définir 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.

### 3. Continuité du service

86. 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. 132 à 134). 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.

87. 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. 126 à 130). 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. Dans les systèmes juridiques qui admettent une telle solution, il est 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. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ___).

### 4. Égalité de traitement des clients ou usagers

88. Les entités fournissant certains services au grand public sont, dans certains systèmes juridiques, spécifiquement 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, d'une part, les particuliers et, d'autre part, les entreprises et les industries), 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 redevances 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.

89. 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 transport 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", par. 42 à 44).

### 5. Raccordement et accès aux réseaux d'infrastructure

90. 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 réformes structurelles engagées dans un secteur donné, 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 "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 21 à 46).

91. 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.

92. L'établissement des prix d'accès se fondant généralement sur les coûts d'utilisation, les organismes de régle-

mentation conservent souvent le droit de contrôler les redevances 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 s'avérer 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.

93. 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.

### 6. Obligation d'information

94. De nombreuses législations nationales obligent les prestataires de services publics à fournir aux organismes de réglementation 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.

95. Les prestataires de services publics ont généralement l'obligation de tenir à jour et de communiquer à l'organisme de réglementation 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 de réglementation.

### 7. Pouvoirs conférés au concessionnaire pour faire respecter les obligations

96. Dans les pays où l'octroi de concessions pour la fourniture de services publics est une tradition bien établie, le concessionnaire peut avoir le pouvoir d'établir des règles destinées à faciliter la fourniture du service (instructions destinées aux usagers, règles de sécurité), de prendre des mesures raisonnables pour veiller au respect de ces règles et de suspendre la fourniture du service en cas d'urgence ou pour des raisons de sécurité. Pour ce faire, la plupart des systèmes juridiques exigent une directive générale, voire une autorisation au cas par cas délivrée par l'organe législatif. Toutefois, 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. Il serait souhaitable de prévoir que les règles édictées par le concessionnaire doivent prendre effet sur approbation de l'organisme de réglementation 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 arbitraire et le concessionnaire devrait être habilité à faire appel d'une décision rejetant les règles ainsi proposées (voir également chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 49 et 50).

97. 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. 86 et 87), de nombreux systèmes juridiques reconnaissent aux entités fournissant des services publics le droit d'établir et de faire appliquer des règles prévoyant l'interruption du service si un consommateur ou un 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, "Autres domaines pertinents du droit", ___).

## J. ARRANGEMENTS CONTRACTUELS GÉNÉRAUX

98. La présente section examine les arrangements contractuels qui figurent généralement dans les accords de projet conclus dans différents secteurs et qui trouvent souvent leur expression dans les clauses contractuelles standard utilisées par les autorités contractantes nationales. Bien qu'essentiellement contractuels par nature les arrangements en question peuvent avoir d'importantes incidences sur la législation du pays hôte en fonction de son système juridique.

### 1. Sous-traitance

99. En raison de la complexité des projets d'infrastructure, le concessionnaire s'assure généralement les services d'une ou de plusieurs entreprises de construction qui exécutent en tout ou en partie les travaux dans le cadre de l'accord de projet. 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 s'avérer particulièrement utile dans les pays où la possibilité pour les entrepreneurs publics de conclure des contrats de sous-traitance est restreinte.

#### a) *Choix des sous-traitants*

100. 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 ont 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, 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.

101. 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 général (par exemple, dispositions prévoyant une 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.

#### b) *Droit applicable*

102. 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. Ainsi, s'agissant des 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.

103. Il est rare que le droit interne spécifique aux projets d'infrastructure à financement privé contienne des dispositions relatives au droit applicable aux contrats conclus par le concessionnaire. En fait, la plupart des pays n'ont pas jugé nécessaire de prendre des dispositions spécifiques relatives au droit applicable aux contrats conclus entre le concessionnaire et ses sous-contractants, cette question devant être réglée par une clause contractuelle ou par les règles applicables du droit international privé. On notera, cependant, que la liberté de choisir le droit applicable pour la conclusion de contrats et l'établissement d'autres relations juridiques est, dans certains systèmes juridiques, soumise à des conditions et à des restrictions en application de règles du droit international privé ou de certaines règles de droit public du pays hôte. Par exemple, les États parties à certains accords d'intégration économique régionale sont tenus d'adopter des dispositions harmonisées du droit international privé traitant, entre autres, des contrats conclus entre des prestataires de services publics et leurs entrepreneurs. Tandis que les règles du droit international privé accordent souvent une liberté considérable pour ce qui est de choisir la loi régissant les contrats commerciaux, cette liberté est, dans certains pays, limitée pour les contrats et relations juridiques qui ne sont pas qualifiés de commerciaux, comme certains contrats conclus par des organismes publics du pays hôte (par exemple, garanties et assurances données par les pouvoirs publics, engagements d'achat d'énergie ou d'approvisionnement en combustible pris par un organisme public) ou les contrats conclus avec des consommateurs.

104. 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.

### 2. Responsabilité à l'égard des usagers et des tiers

105. La construction ou l'exploitation défectueuse d'un ouvrage d'infrastructure peut entraîner le décès ou la blessure d'employés du concessionnaire, d'usagers de l'ouvrage ou de tiers, ou endommager leur bien. Les questions relatives aux dommages à verser aux tiers dans ces cas sont complexes et sont souvent régies non par les règles du droit applicable à l'accord de projet régissant la responsabilité contractuelle, mais plutôt par les règles légales applicables régissant la responsabilité extracontractuelle. Ces dernières sont souvent obligatoires. Par ailleurs, certains systèmes juridiques comprennent des règles obligatoires spéciales régissant la responsabilité extracontractuelle des organismes publics auxquelles l'autorité contractante peut être soumise. En outre, l'accord de projet ne peut pas limiter l'obligation qu'a le concessionnaire ou l'autorité contractante d'indemniser des tiers qui ne sont pas parties à l'accord de projet. Il est donc souhaitable que l'autorité contractante et le concessionnaire prévoient la répartition interne des risques entre eux s'agissant des dommages à verser à des tiers en cas de décès, de blessure ou d'endommagement de leur bien, dans la mesure où cette répartition n'est pas régie par des règles obligatoires. Il est également souhaitable que les parties prévoient une assurance contre ces risques (voir par. 119 et 120).

106. Si un tiers est victime d'une blessure ou de dommages causés à son bien du fait de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage et porte plainte contre l'autorité contractante, la loi peut stipuler que le concessionnaire seul endosse une responsabilité à cet égard et que l'autorité contractante n'endosse aucune responsabilité vis-à-vis de telles plaintes de tiers, sauf lorsque le dommage a été causé par la défaillance ou la négligence grave de cette dernière. Il pourra être utile de stipuler, en particulier, que la seule approbation par l'autorité contractante de la conception ou de la spécification de l'ouvrage ou des travaux de construction ou l'autorisation finale d'exploitation de l'ouvrage en vue de son utilisation par le public ne suppose pas la reconnaissance, par l'autorité contractante, d'une responsabilité en cas de dommages subis par les usagers de l'ouvrage ou par des tiers découlant de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage ou de l'inadéquation de la conception ou des spécifications approuvées. En outre, comme une disposition concernant la répartition de la responsabilité peut ne pas être opposable à des tiers en vertu du droit applicable, il peut être souhaitable que l'accord de projet stipule que l'autorité contractante sera protégée et indemnisée en cas d'action en dommages-intérêts intentée par des tiers victimes d'une blessure ou de dommages causés à leur bien résultant de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage d'infrastructure.

107. L'accord de projet devra également stipuler que les parties devront se tenir mutuellement informées de toute action ou procédure en cours ou prévue intentée contre eux et pour laquelle l'autorité contractante a le droit d'être indemnisée, et à s'accorder mutuellement une assistance raisonnable pour se défendre contre ladite action ou procédure dans la mesure autorisée par la loi du pays où cette procédure est engagée.

### 3. Garanties de bonne fin et assurance

108. 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 pourcentage donné de l'investissement de base.

#### a) *Types, fonctions et nature des garanties de bonne fin*

109. 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 le second type, 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 garanties 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.

110. S'agissant de leur nature, les garanties de bonne fin peuvent être généralement classées en garanties indépendantes et en 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 recouvre-

ment 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 autorisé 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 (lorsque la réclamation du bénéficiaire est manifestement frauduleuse, par exemple). 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.

### b) *Avantages et inconvénients des différents types de garanties de bonne fin*

111. 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.

112. 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.

113. 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.

114. 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 actifs 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.

115. 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. Dans la pratique, ce risque peut être réduit, par exemple, si la présentation de réclamations en vertu de la garantie est soumise à une procédure telle celle prévue à l'article 7 *j* i des Règles uniformes pour les "contract bonds" établies par la Chambre de commerce internationale[2]. L'article 7 *j* i des Règles uniformes prévoit que, 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 par l'émission d'un certificat de défaut par un tiers (lequel peut être, sans limitation, un architecte ou un 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. Lorsqu'une telle procédure est adoptée, l'autorité contractante est habilitée à obtenir le paiement en vertu de la garantie même si son droit à ce paiement est contesté par le concessionnaire.

116. À l'image du risque moindre supporté par le garant, 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

[2]Le texte des Règles uniformes pour les "contrats bonds" est reproduit dans le document A/AC.9/459/Add.1.

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.

117. 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.

118. 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 actifs et, lorsqu'il y a lieu, aux autres mesures nécessaires à une liquidation ordonnée du projet (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ___).

#### c) *Mécanismes d'assurance*

119. 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'assurances 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.

120. 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.

### 4. Changements de circonstances

121. 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. 39 à 46), 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 changement doivent faire l'objet d'une attention spéciale: les changements législatifs ou réglementaires et les changements imprévus de la conjoncture économique.

#### a) *Changements législatifs et réglementaires*

122. 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.

123. 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 de 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.

124. 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 redevances 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 redevances ou en réduisant leurs services). Lorsque l'accord de projet prévoit des mécanismes de contrôle des redevances, le concessionnaire cherchera à obtenir de l'autorité contractante et de l'organisme de réglementation, selon le cas, l'assurance qu'il sera autorisé à recouvrer les dépenses supplémentaires qu'entraîneront les changements de la législation en augmentant ses redevances. 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 redevances ne l'autorisent pas à compenser pleinement une augmentation des coûts résultant de changements législatifs généraux.

125. 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 la base desquelles 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 redevances au titre des dispositions pertinentes de l'accord de projet.

#### b) *Changements de la conjoncture économique*

126. 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.

127. 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 cir-

constances pendant la vie du projet. Dans une certaine mesure, des projections de paramètres économiques et financiers et parfois même une certaine marge de risque seront normalement incluses dans la formulation des propositions financières par les soumissionnaires (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire, par. 68). Cependant, il peut se produire certains événements que les parties n'auront pas pu raisonnablement anticiper lors de la négociation de l'accord de projet et qui, s'ils avaient été pris en considération, auraient entraîné une répartition différente des risques ou une contrepartie pour l'investissement du concessionnaire. Étant donné la durée des projets d'infrastructure, il importe de concevoir des mécanismes permettant de faire face à l'impact financier et économique de ces événements. 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.

128. 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 redevances 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 redevances 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.

129. 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 les 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 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.

130. 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'une forte augmentation des coûts résultant de profonds changements des circonstances. Il faut donc examiner avec soin à la fois l'opportunité d'introduire un plafond et le niveau auquel il est fixé.

### 5. Clauses exonératoires

131. 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 d'une défaillance de ce type.

#### a) *Définition des empêchements exonératoires*

132. 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.

133. 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 octroyée 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.

134. 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 stipuler 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 stipuler 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.

### b) *Conséquences pour les parties*

135. Pendant la phase de construction, la survenue d'empêchements 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'ouvrage 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 stipuler que, si l'événement en question est de nature permanente, les parties peuvent résilier l'accord de projet (voir également chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ___).

136. 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 d'empêchements 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, 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 empêchements 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 d'empêchements exonératoires. Il ne s'ensuit pas nécessairement, cependant, qu'un événement qualifié d'empêchement 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. 126 à 130).

137. 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 la sollicitation de propositions. 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.

138. 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, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ___).

139. Les dispositions statutaires et contractuelles relatives aux empêchements 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 tout leur possible pour continuer à fournir le service malgré la survenue de circonstances définies comme empêchements contractuels (voir par. 86 et 87). 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 les difficultés auxquels ce dernier doit faire face.

### 6. Défaillances et recours

140. 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. Les paragraphes suivants examinent des considérations générales sur les défaillances et sur les recours dont peuvent se prévaloir l'une et l'autre partie (voir par. 141 et 142). Ils examinent 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. 143 à 146) ou la substitution du concessionnaire (voir par. 147 à 150). Le recours ultime consistant à résilier l'accord de projet et les conséquences de cette résiliation sont examinés ailleurs dans le *Guide* (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ___).

#### a) *Considérations générales sur les défaillances et sur les recours*

141. 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[3]. 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 par des fonctionnaires de rang supérieur de l'autorité contractante. 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 et dont les résultats iraient au-delà des conditions convenues.

142. 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", par. 61 à 71).

#### b) *Droits d'intervention de l'autorité contractante*

143. Certaines législations nationales autorisent expressément l'autorité contractante à assumer temporairement l'exploitation de l'ouvrage, 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.

144. 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 actifs du projet. Il est donc conseillé de définir aussi clairement que possible les circonstances dans lesquelles ces droits d'intervention peuvent être exercés. Il importe de limiter 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. 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

[3]Pour une analyse des recours utilisés dans les contrats de construction pour les travaux industriels 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. XVII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution".

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.

145. 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.

146. 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 due à 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 elle-même au problème, 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. 131 à 139), 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.

### c) *Droits d'intervention des prêteurs et transfert obligatoire de la concession*

147. 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. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ___) 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.

148. 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 peut raisonnablement être considérée comme irrémédiable. 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.

149. 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'ouvrage ou résilier l'accord (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ___). 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. D'autre part, 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.

150. Il peut donc être utile, dans la législation, de reconnaître à l'autorité contractante le droit de conclure avec les prêteurs des accords prévoyant la désignation, avec l'assentiment de ladite autorité, d'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.9/471/Add.6

# Chapitre V. Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet

## TABLE DES MATIÈRES


| | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|
| RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION | | 165 |
| NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION | 1-62 | 166 |
| A. Observations générales | 1 | 166 |
| B. Durée de l'accord de projet | 2-5 | 166 |
| C. Prorogation de l'accord de projet | 6-8 | 167 |
| D. Résiliation | 9-35 | 167 |
| 1. Résiliation par l'autorité contractante | 14-27 | 168 |
| 2. Résiliation par le concessionnaire | 28-33 | 170 |
| 3. Résiliation par l'une ou l'autre partie | 34-35 | 171 |
| E. Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet | 36-62 | 171 |
| 1. Transfert d'actifs associés au projet | 37-42 | 171 |
| 2. Arrangements financiers au moment de la résiliation | 43-49 | 173 |
| 3. Mesures de liquidation et mesures d'accompagnement | 50-62 | 175 |


## RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

Il est recommandé aux pays hôtes souhaitant promouvoir des projets d'infrastructure à financement privé d'appliquer dans leur droit interne les principes ci-après:

*Durée et prorogation de l'accord de projet (voir par. 2 à 8)*

*Recommandation 60.* La durée de la concession devrait être précisée dans l'accord de projet.

*Recommandation 61.* La concession ne devrait pas être prorogée, sauf dans les cas prévus par la loi, tels que les suivants:

*a)* Retard d'achèvement ou interruption de l'exploitation dus à des événements échappant au contrôle raisonnable des parties;

*b)* Suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques;

*c)* Pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans l'accord de projet et que le concessionnaire ne serait pas en mesure d'amortir pendant la durée normale de l'accord de projet.

*Résiliation de l'accord de projet (voir par. 9 à 35)*

*Résiliation par l'autorité contractante*

*Recommandation 62.* L'autorité contractante devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet:

*a)* Lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre que le concessionnaire puisse ou veuille exécuter ses obligations, en raison de son insolvabilité, d'un manquement grave ou pour d'autres motifs;

*b)* Pour des raisons d'intérêt général, sous réserve de l'octroi de dommages-intérêts au concessionnaire.

*Résiliation par le concessionnaire*

*Recommandation 63.* Le concessionnaire devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet dans des cas exceptionnels spécifiés dans la loi, tels que les suivants:

*a)* Manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique dans l'exécution de ses obligations conformément à l'accord de projet;

*b)* Exécution des obligations du concessionnaire rendue sensiblement plus onéreuse en raison d'ordres de modifications ou d'autres actes de l'autorité contractante, de changements imprévus des conditions ou d'actes d'autres autorités publiques, et absence de convention entre les parties sur une révision appropriée de l'accord de projet.

*Résiliation par l'une ou l'autre partie*

*Recommandation 64.* L'une ou l'autre des parties devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties devraient également avoir le droit de résilier l'accord de projet par consentement mutuel.

*Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet (voir par. 36 à 62)*

*Transfert d'actifs à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire*

*Recommandation 65.* L'accord de projet devrait indiquer les critères permettant de fixer, selon qu'il convient, l'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit pour des actifs transférés à l'autorité contractante, ou à un nouveau concessionnaire, ou achetés par l'autorité contractante à l'expiration ou lors de la résiliation de l'accord de projet.

*Arrangements financiers lors de la résiliation*

*Recommandation 66.* L'accord de projet devrait spécifier les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation de l'accord de projet, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application de l'accord de projet et les dommages-intérêts pour préjudice subi, y compris pour manque à gagner.

*Liquidation et mesures d'accompagnement*

*Recommandation 67.* L'accord de projet devrait indiquer, selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

*a)* Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;

*b)* La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;

*c)* La prestation, par le concessionnaire, des services d'exploitation et de maintenance et la fourniture de pièces détachées, si besoin est, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire.

## 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. La section B aborde les éléments à prendre en compte lors de l'établissement de la période de concession. La section C traite de la question de savoir si, et dans quelles circonstances, l'accord de projet peut être prorogé. La section D passe en revue les circonstances qui peuvent autoriser la résiliation de l'accord de projet avant la date de son expiration. Enfin, la section E 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 la liquidation du projet.

### B. DURÉE DE L'ACCORD DE PROJET

2. 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.

3. 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 actifs 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. La notion d'"amortissement" économique, dans ce contexte, renvoie à l'imputation progressive des investissements réalisés sur les recettes du projet dans l'hypothèse où l'infrastructure n'aurait aucune valeur résiduelle à l'expiration du projet. 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.

4. 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 la nature et le montant de l'investissement que doit effectuer le concessionnaire ou la 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, de production ou d'utilisation.

5. 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 de permettre à l'autorité contractante, dans des cas exceptionnels, de 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.

## C. PROROGATION DE L'ACCORD DE PROJET

6. 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 du 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 de sélectionner 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 (pour une description des procédures de sélection, voir le chapitre III, "Sélection du concessionnaire").

7. 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 exiger un dédommagement 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 (voir par. 39 et 40).

8. Nonobstant ces considérations, il est souhaitable de ne pas exclure totalement la possibilité de négocier, dans certaines circonstances spécifiques, une prorogation de la période de concession. 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 empêchements ou à d'autres changements de circonstances inattendus 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 131 à 139); prorogation pour compenser une suspension du projet induite par l'autorité contractante ou par d'autres autorités publiques (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 140 et 141); ou prorogation pour permettre au concessionnaire de recouvrer le coût de travaux supplémentaires qui se sont révélés nécessaires dans l'ouvrage et que le concessionnaire ne pourrait pas recouvrer pendant la durée normale de l'accord de projet sans hausse de coût déraisonnable (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 73 à 76). 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.

## D. RÉSILIATION

9. 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.

10. 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.

11. Habituellement, le concessionnaire n'a pas le droit de résilier sans raison l'accord de projet et, dans certains systèmes juridiques, toute résiliation par le concessionnaire, même en cas de contravention de la part de l'autorité contractante, requiert un jugement définitif. Dans certains pays, cependant, en vertu des règles applicables aux contrats conclus avec des entités publiques, un tel droit peut

être exercé par des autorités publiques, sous réserve du versement de dédommagements au concessionnaire. Dans d'autres 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 autorités publiques. 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 80 à 97 et 108 à 120).

12. Ainsi, les dispositions régissant la résiliation devraient être mises en parallèle avec les recours en cas de contravention 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 143 à 146). 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 permettant aux prêteurs de proposer un autre concessionnaire lorsque la résiliation de l'accord de projet avec le concessionnaire initial paraît imminente (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 108 à 120).

13. 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 contravention, comme un droit d'intervention de l'autorité contractante et des prêteurs, soient prévus dans l'accord de projet. Dans les pays où une telle exigence ne serait pas conforme aux principes généraux du droit applicable aux contrats publics, il pourra être nécessaire de s'assurer, pour le moins, que le droit qu'a l'autorité contractante de résilier l'accord de projet ne porte pas préjudice au droit qu'a le concessionnaire de solliciter une révision judiciaire subséquente de la décision prise par l'autorité contractante de résilier l'accord de projet.

### 1. Résiliation par l'autorité contractante

14. Les droits de résiliation de l'autorité contractante renvoient en général à trois types de situations: manquement grave du concessionnaire; insolvabilité ou faillite du concessionnaire; et résiliation pour des raisons d'intérêt public.

#### a) *Manquement grave du concessionnaire*

15. L'autorité contractante a le devoir de faire en sorte que les services publics soient fournis conformément aux lois, règlements et dispositions contractuelles applicables. Ainsi, un certain nombre de législations nationales reconnaissent expressément à l'autorité contractante le droit de résilier l'accord de projet en cas de manquement 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 lorsque l'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 manquement 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 "manquements graves".

16. Le fait de circonscrire la possibilité d'une résiliation aux cas de manquement 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 manquement grave du concessionnaire, en laissant à l'accord de projet le soin de définir plus précisément la notion de manquement 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 des cas justifiant la résiliation.

17. En général, il est souhaitable que soit accordé au concessionnaire un délai supplémentaire pour s'acquitter de ses obligations et parer aux conséquences de son manquement 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 du manquement du concessionnaire, par exemple en engageant temporairement une tierce partie pour remédier aux conséquences du manquement du concessionnaire, conformément aux termes de garanties d'exécution fournies par l'autorité contractante ou aux termes d'un accord direct passé entre

les prêteurs et l'autorité contractante (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 108 à 120 et 147 à 150). L'accord de projet 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 dans un certain délai tout droit de substitution dont ils peuvent se prévaloir conformément à un accord direct conclu entre eux et l'autorité contractante. Toutefois, il convient de fixer des délais raisonnables, car on ne peut s'attendre que l'autorité contractante supporte indéfiniment le coût d'une violation de l'accord de projet 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 145 et 146).

*i) Manquement grave avant le début de la construction*

18. En général, le concessionnaire doit s'acquitter d'un ensemble de mesures avant d'entreprendre les travaux de construction. Certaines de ces obligations peuvent même être des conditions préalables 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.

19. 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 autorités publiques. 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) Manquement grave pendant la phase de construction*

20. 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.

21. La résiliation devrait être proportionnée à l'importance du manquement du concessionnaire et aux conséquences de ce manquement 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 manquement 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 peut-être 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 à bien sa tâche.

*iii) Manquement grave pendant la phase d'exploitation*

22. Des exemples particuliers de manquement justifiant en général 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, y compris méconnaissance des mesures de contrôle des prix;

*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, ou retard inexcusable dans l'exécution des travaux de maintenance conformément aux plans, programmes et calendriers convenus;

*d)* Non-exécution des sanctions infligées par l'autorité contractante ou l'organisme réglementaire, selon le cas, pour violation des obligations du concessionnaire.

23. 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, "Autres domaines pertinents du droit", par. 50 à 52). Ces dernières considérations soulignent qu'il importe de concevoir des mécanismes efficaces pour lutter contre la corruption active et passive et pour donner au concessionnaire la possibilité de porter plainte en cas de demandes de versements illégaux ou de contraintes illégales exercées par des fonctionnaires du pays hôte.

### b) *Insolvabilité du concessionnaire*

24. 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.

25. Dans les systèmes juridiques qui autorisent la constitution de sûretés réelles sur la concession proprement dite (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 57), 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 faire l'objet d'un appel à la concurrence.

### c) *Résiliation pour des raisons d'intérêt public*

26. Dans la pratique contractuelle de certains pays, les autorités publiques qui font exécuter des travaux de construction conservent habituellement le droit de résilier le contrat de travaux pour des raisons d'intérêt public (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 la *common law*, ce droit, parfois dénommé droit de "résiliation au gré de l'autorité contractante", 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 autorités publiques le pouvoir analogue de résilier un contrat pour des raisons d'intérêt 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. Le droit des pouvoirs publics de résilier un contrat 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 ayant une incidence sur le bien public.

27. Néanmoins, les conditions de l'exercice de ce droit et ses conséquences devraient être soigneusement examinées. Le pouvoir de déterminer ce qui constitue l'intérêt public peut relever de la discrétion des pouvoirs publics, de sorte que la décision de l'autorité contractante de résilier l'accord de projet ne pourrait être contestée que dans des circonstances particulières (comme pour des motifs illicites, "détournement de pouvoir"). Toutefois, si l'autorité contractante dispose du droit général et absolu de résilier l'accord de projet pour des raisons d'intérêt public, cela peut représenter un risque impondérable que ni le concessionnaire ni les prêteurs ne seraient prêts à accepter sans avoir la garantie suffisante qu'ils seront rapidement dédommagés pour les pertes subies. Si elle est envisagée, la possibilité de résilier un contrat pour des raisons d'intérêt public 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", par. 67). Les dédommagements exigibles en cas de résiliation pour des raisons d'intérêt public peuvent, dans la pratique, viser les éléments qui sont pris en compte dans le calcul des dédommagements dus pour résiliation en cas de manquement grave de l'autorité contractante (voir par. 42). En outre, il est en général souhaitable de limiter l'exercice du droit de résilier l'accord de projet à des situations où la résiliation est nécessaire pour des raisons impératives d'intérêt public, qui devraient être interprétées de façon restrictive (par exemple, lorsque des changements majeurs 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 pour des raisons d'intérêt public comme un moyen de substitution à d'autres recours contractuels lorsque les résultats obtenus par le concessionnaire ne donnent pas satisfaction (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 140 à 150).

## 2. Résiliation par le concessionnaire

28. 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 manquement 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. En outre, certains systèmes juridiques ne reconnaissent pas au concessionnaire le droit de résilier l'accord de projet unilatéralement, mais uniquement le droit de demander à un tiers, tel que le tribunal compétent, de déclarer la résiliation de l'accord de projet.

### a) *Manquement grave de l'autorité contractante*

29. En général, le droit du concessionnaire de résilier l'accord de projet est limité aux cas où l'on constate que l'autorité contractante manque à une partie importante de ses obligations (notamment l'incapacité d'effectuer les versements convenus au concessionnaire ou l'incapacité de délivrer les licences requises pour l'exploitation de l'ouvrage, pour des raisons indépendantes de la volonté du concessionnaire). Dans les systèmes juridiques où l'autorité contractante a le droit de demander que des modifications soient apportées au projet, le concessionnaire peut avoir 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 l'étendre sur le montant approprié des dédommagements (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 73 à 76).

30. Outre les cas de manquement 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 autorités publiques 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, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 35 à 60).

31. La résiliation du contrat par le concessionnaire ne nécessite peut-être pas toujours qu'un organe judiciaire de règlement des différends, ou autre, prononce une conclusion définitive, mais il peut y avoir des limites aux recours dont dispose le concessionnaire en cas de manquement de la part de l'autorité contractante. 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 d'une part importante de ses obligations. 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.

32. Les limites au droit du concessionnaire de refuser de s'acquitter de ses obligations visent en général à assurer la continuité des services publics (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 86 et 87). Il convient de noter, toutefois, que si l'autorité contractante peut atténuer les conséquences d'un manquement du concessionnaire en usant de son droit d'intervention, le concessionnaire ne dispose pas en général d'un recours comparable. En cas de manquement 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, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 45 à 50) et la nécessité de permettre aux parties de choisir des mécanismes de règlement des différends rapides et efficaces (voir chap. VI, "Règlement des différends", par. 3 à 42).

#### b) *Évolution des conditions*

33. Les législations nationales autorisent souvent 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 126 à 130).

### 3. Résiliation par l'une ou l'autre partie

#### a) *Empêchement d'exécution*

34. 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 132 à 139). À cet égard, il est souhaitable de prévoir dans l'accord de projet que, si l'empêchement exonératoire persiste pendant une certaine période ou si la durée cumulative de deux ou de plusieurs empêchements exonératoires dépasse une certaine période, l'accord peut être résilié par l'une ou l'autre partie. Si l'exécution du projet est rendue impossible pour des motifs juridiques, par exemple en raison d'une modification de la législation ou suite à une décision de justice touchant à la validité de l'accord de projet, le droit de résiliation peut ne pas être assorti d'un quelconque délai et peut être exercé dès que la législation a été modifiée ou que tout autre obstacle juridique prend effet.

#### b) *Consentement mutuel*

35. Certaines législations nationales autorisent les parties à résilier l'accord de projet par consentement mutuel, sous réserve habituellement de l'approbation d'une autorité supérieure. À cet effet, l'autorité contractante peut avoir besoin de l'autorisation des organes législatifs dans les systèmes juridiques où la résiliation par consentement mutuel risque d'entraîner une interruption du service public dont l'autorité contractante est responsable.

## E. CONSÉQUENCES DE L'EXPIRATION OU DE LA RÉSILIATION DE L'ACCORD DE PROJET

36. 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. À moins que l'infrastructure ne soit détenue en permanence par le concessionnaire, l'expiration ou la résiliation de l'accord de projet nécessite souvent le transfert d'actifs à l'autorité contractante ou à un autre concessionnaire qui entreprend d'exploiter l'ouvrage. 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. 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.

### 1. Transfert d'actifs associés au projet

37. Dans la plupart des cas, 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 au moment de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 23 à 29).

Dans un projet type "construction-exploitation-transfert", le concessionnaire serait également obligé de transférer à l'autorité contractante l'infrastructure matérielle et d'autres actifs associés au projet au moment de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet. Les actifs qui doivent être transférés à l'autorité contractante comprennent souvent les actifs incorporels, comme les créances en cours et d'autres droits existant au moment du transfert. En fonction du projet, les actifs à transférer peuvent comprendre une technologie ou un savoir-faire particuliers (voir par. 51 à 55). Il convient de noter que dans certains projets les actifs 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*

38. Différents arrangements peuvent être nécessaires selon le type d'actifs à transférer (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 28):

a) *Actifs devant être transférés 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 intégralement 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) *Actifs pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré.* 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 symbolique. Dans la pratique contractuelle de certains pays, il est courant que soient accordées à l'autorité contractante certaines sûretés réelles dans ces actifs à titre de garantie de transfert effectif.

c) *Actifs demeurant la propriété privée du concessionnaire.* En général, il s'agit d'actifs dont le concessionnaire peut librement disposer ou qu'il peut librement retrancher.

### b) *Transfert d'actifs à un nouveau concessionnaire*

39. 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 d'un 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.

40. Un élément important à prendre en considération à cet égard est la structure de la proposition financière formulée par le concessionnaire devant le processus de sélection (voir également chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 27). Dans les projets d'infrastructure publique, l'une des hypothèses de base de la proposition financière des soumissionnaires est que tous les actifs à construire ou à conquérir pour le projet seront entièrement amortis (c'est-à-dire que leur coût sera entièrement recouvré) pendant la vie du projet. Ainsi, les propositions financières ne prévoient normalement pas de valeur résiduelle des actifs à la fin de la période du projet. Dans ce cas, 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, lequel pourrait être tenu de mettre tous les actifs à la disposition de son successeur gratuitement ou moyennant une simple contrepartie symbolique. 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 second accord. Toutefois, si le niveau des redevances envisagé dans la proposition initiale du concessionnaire a été fixé sur la base d'une valeur résiduelle des actifs à la fin de la période du projet, ou si la proposition financière tablait sur d'importantes recettes provenant de tiers, le concessionnaire pourrait prétendre à une indemnisation pour les actifs cédés à un nouveau concessionnaire.

### c) *Situation des actifs au moment du transfert*

41. Lorsque les actifs sont cédés à l'autorité contractante ou directement transférés à un nouveau concessionnaire à l'expiration de la période de concession, le concessionnaire est en général tenu de les transférer, exempts d'hypothèques ou de charges et dans les conditions nécessaires au fonctionnement normal de l'infrastructure, compte tenu des besoins du service. 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'exige une maintenance prudente et d'offrir des garanties à cet effet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 118). 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. En outre, ces exigences ne sont peut-être pas applicables en cas de

résiliation de l'accord de projet, en particulier si la résiliation intervient avant que la phase de construction n'ait été menée à bien.

42. 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 118). 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

43. La résiliation 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 couvrirait 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) *Degré d'achèvement, valeur résiduelle et amortissement des actifs.* Les régimes de dédommagement contractuel 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), du coût de remplacement ou de la valeur "résiduelle" de l'ouvrage. La valeur résiduelle signifie la valeur de l'infrastructure au prix du marché au moment de la résiliation. La valeur du marché peut être difficile à déterminer, voire inexistante, pour certains types d'infrastructures matérielles (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.

#### a) *Résiliation due à un manquement du concessionnaire*

44. En général, le concessionnaire n'a pas droit à un dédommagement lorsque la résiliation est due à un manquement de sa part. Dans certains cas, il peut 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 les moyens financiers suffisants pour régler effectivement ces dommages-intérêts.

45. Il convient de noter que la résiliation pour manquement, 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 donne pas nécessairement 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. 38):

a) *Actifs 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 manquement 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) *Actifs pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré.* Un dédommagement financier peut être indiqué lorsque l'autorité contractante a le choix d'acquérir les actifs à la valeur du marché au moment de la résiliation de l'accord de projet, ou le droit de demander que cette possibilité soit donnée 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 (c'est-à-dire qu'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) *Actifs restant la propriété privée du concessionnaire.* Dans le cas d'actifs qui sont la propriété privée du concessionnaire et qui n'entrent pas dans les catégories *a* ou *b* ci-dessus, le concessionnaire peut généralement les retrancher et en disposer, de sorte qu'il est rarement nécessaire de prévoir des accords de dédommagement. Une situation différente peut toutefois se présenter dans le cas de projets entièrement privatisés, où tous les actifs, y compris ceux qui sont essentiels pour la fourniture des services, sont la propriété du concessionnaire. L'autorité contractante peut alors, pour assurer la continuité des services, juger nécessaire de reprendre les actifs, même si cela n'est pas prévu dans l'accord de projet. Dans de tels cas, il serait équitable de dédommager le concessionnaire sur la base de la valeur des actifs au prix du marché. L'accord de projet peut toutefois prévoir que les dédommagements seront réduits du montant des frais supportés par l'autorité contractante pour exploiter l'installation ou engager un autre opérateur.

### b) *Résiliation due à un manquement de l'autorité contractante*

46. 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 qui lui sont dus 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, lorsque la résiliation intervient pendant la phase d'exploitation, ou sur la base d'une projection des bénéfices escomptés pendant la durée prévue initialement. 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*

47. En prévoyant des accords de dédommagement en cas de résiliation due à des circonstances sans rapport avec un manquement de l'une ou l'autre partie, il peut être utile d'établir une distinction entre les empêchements exonératoires et la résiliation déclarée par l'autorité contractante pour des raisons d'intérêt général ou d'autres motifs analogues.

#### *i) Résiliation due à des empêchements exonératoires*

48. 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 dédommagement 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*

49. 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 manquement de l'autorité contractante (voir par. 46), 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 généralement droit à la part du montant du prix 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 prêts. 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.

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. Dans ce cas, une norme plus élevée de dédommagement peut 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 des travaux à ses frais, lorsque la résiliation intervient pendant la phase d'exploitation, l'autorité contractante pourrait avoir à sa disposition un ouvrage achevé, pouvant être exploité rentablement. Le dédommagement pour manque à gagner est souvent calculé sur la base des recettes dégagées par le concessionnaire pendant un certain nombre des exercices précédents, mais, dans certains cas, il peut être nécessaire de prendre en considération d'autres éléments tels que le bénéfice prévu sur la base des tarifs convenus. Il en est ainsi, car, dans certains projets d'infrastructure tels que des routes à péage et des projets similaires, qui sont caractérisés par des coûts financiers élevés et des recettes relativement faibles dans les premiers temps de l'exploitation, la résiliation peut intervenir avant que le projet ait des antécédents de rentabilité.

### 3. Mesures de liquidation et mesures d'accompagnement

50. 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 certains savoir-faire nécessaires à l'exploitation de l'infrastructure. Il peut aussi prévoir le maintien, pendant une période transitoire, de certaines obligations du concessionnaire touchant à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage. 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. Il convient toutefois de noter que le concessionnaire pourrait ne pas être à même de prendre lui-même certaines des mesures d'accompagnement dont il est question ci-dessous, car, dans la plupart des cas, il aurait été constitué à la seule fin d'exécuter le projet et n'aurait pas besoin de se procurer la technologie ou les pièces détachées nécessaires auprès de tiers.

#### a) *Transfert de technologie*

51. Dans quelques cas, l'ouvrage transféré à l'autorité contractante comporte divers procédés technologiques nécessaires à la production de certains biens (tels que l'électricité ou l'eau potable) ou à la fourniture des services pertinents (tels que le téléphone). Souvent, l'autorité contractante 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". Les obligations relatives au transfert de technologie ne peuvent être imposées unilatéralement au concessionnaire, et, dans la pratique, ces questions font l'objet de négociations détaillées entre les parties concernées. Bien que le pays hôte ait un intérêt légitime à accéder à la technologie nécessaire pour exploiter l'ouvrage, il faudrait tenir dûment compte des intérêts commerciaux et des stratégies commerciales des investisseurs privés.

52. 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 en 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.

53. 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.

54. 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, à faire des démonstrations des procédures décrites dans la documentation, si celles-ci ne peuvent être comprises sans démonstration.

55. 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 peuvent également souhaiter prévoir que le transfert de l'ouvrage ne sera considéré comme accompli que lorsque toute la documentation concernant son exploitation, et 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 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*

56. 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 dont dispose l'autorité contractante. Si elle manque de personnel suffisamment qualifié pour assurer le fonctionnement technique de l'ouvrage, elle voudra peut-être obtenir l'aide du concessionnaire à cette fin, 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, elle préférera qu'il fournisse uniquement les services d'experts techniques pour collaborer à titre consultatif avec son personnel afin d'assurer l'exécution de quelques opérations très spécialisées.

57. 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. Un tel programme 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 régulière de l'ouvrage; les opérations de graissage, nettoyage et réglage; 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 obligé par l'autorité contractante à 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.

58. 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 concession-

[1]La négociation et la réduction de contrats concernant l'octroi de licences de propriété intellectuelle 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".

naire pour assurer les opérations d'exploitation et de maintenance pendant un certain temps 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. 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*

59. 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 ces pièces de rechange ne soient pas disponibles localement 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.

60. 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.

61. 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'instruction, outils et matériels indispensables. Les manuels d'instruction 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 d'effectuer les opérations de maintenance et des 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*

62. 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. 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 *Guide 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.9/471/Add.7

# Chapitre VI. Règlement des différends

## TABLE DES MATIÈRES


| | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|
| RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION | | 178 |
| NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION | 1-46 | 178 |
| A. Généralités | 1-2 | 178 |
| B. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire | 3-42 | 179 |
| 1. Considérations générales sur les méthodes de prévention et de règlement des différends | 5-9 | 179 |
| 2. Méthodes couramment utilisées pour prévenir et régler les différends | 10-42 | 180 |
| C. Différends entre le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs | 43 | 186 |
| D. Différends entre le concessionnaire et ses clients | 44-46 | 186 |


## RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

*Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire (voir par. 3 à 42)*

*Recommandation 68.* L'autorité contractante devrait être libre de convenir de mécanismes de règlement des différends considérés par les parties comme adaptés aux besoins du projet, y compris l'arbitrage.

[*Recommandation 68* bis. La loi devrait indiquer si — et, dans l'affirmative, dans quelle mesure — l'autorité contractante peut opposer l'immunité de l'État souverain, 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.]

*Différends entre le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs (voir par. 43)*

*Recommandation 69.* Le concessionnaire et les promoteurs du projet devraient être libres de choisir les mécanismes appropriés pour régler les différends commerciaux entre les promoteurs du projet, ou entre le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs, fournisseurs et autres partenaires commerciaux.

*Différends entre le concessionnaire et ses clients (voir par. 44 à 46)*

*Recommandation 70.* Le concessionnaire peut être tenu de prévoir des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les plaintes reçues de ses clients ou des usagers de l'infrastructure.

## NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

### A. GÉNÉRALITÉS

1. Un facteur important pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé est le cadre juridique mis en place par le pays hôte pour le règlement des différends. Investisseurs, entrepreneurs et prêteurs seront incités à participer à des projets dans les pays où ils ont la certitude que tous différends pouvant surgir dans le cadre des contrats passés au titre d'un projet seront réglés de façon équitable et efficace. De la même manière, des procédures efficaces pour éviter les différends ou les régler rapidement faciliteront l'exercice des fonctions de contrôle de l'autorité contractante et réduiront ses dépenses générales d'administration. Pour créer un climat plus favorable à l'investissement, le pays hôte doit avoir un cadre juridique qui donne effet à certains principes fondamentaux, tels que la garantie pour les sociétés étrangères de pouvoir accéder à la justice dans les mêmes conditions, pour l'essentiel, que les sociétés du pays hôte; le droit pour les parties à des contrats privés de choisir une loi étrangère comme loi applicable à leurs contrats; la force exécutoire des jugements étrangers; l'absence de restrictions déraisonnables à l'accès à des modes extrajuridictionnels de règlement des différends ou d'obstacles juridiques à la mise en place et au fonctionnement de mécanismes de règlement amiable des différends en dehors du système juridictionnel.

2. Les projets d'infrastructure à financement privé exigent habituellement la formation d'un grand nombre de contrats liés entre eux et d'autres relations juridiques entre diverses parties. Les dispositions législatives relatives au

règlement des différends auxquels peuvent donner lieu ces projets doivent tenir compte de la diversité des relations, qui peuvent appeler différents modes de règlement en fonction du type de différend et des parties en litige. Les principaux différends peuvent être répartis en trois grandes catégories:

a) *Différends pouvant surgir dans le cadre d'accords entre le concessionnaire et l'autorité contractante ainsi que d'autres organismes publics.* Dans la plupart des pays de droit romain, l'accord de projet est régi par le droit administratif (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 24 à 27), alors que, dans d'autres pays, il est en principe régi par le droit des contrats complété par des dispositions spéciales élaborées pour les contrats passés par l'État 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. Des considérations analogues peuvent également s'appliquer à certains contrats passés entre le concessionnaire et des organismes publics ou des entreprises d'État fournissant des biens ou des services au projet ou achetant des biens ou des services générés par l'ouvrage.

b) *Différends pouvant surgir dans le cadre de contrats et d'accords passés entre les promoteurs du projet ou le concessionnaire et des parties associées pour l'exécution du projet.* Il s'agit généralement au moins des 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 projet, des parties telles que les banques commerciales, les organismes publics de prêt, les organismes internationaux de prêt et les organismes d'assurance-crédit à l'exportation; iii) contrats entre la société de projet et les entrepreneurs, qui peuvent eux-mêmes être des consortiums, les fournisseurs de matériel et les prestataires de services; iv) contrats entre la société de projet et les parties qui assurent l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage; et v) contrats entre le concessionnaire et des entreprises privées pour la fourniture des biens et des services nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage.

c) *Différends entre le concessionnaire et d'autres parties.* Ces autres parties sont les usagers ou les clients. Les usagers peuvent être, par exemple, une entreprise de services publics appartenant à l'État qui achète de l'électricité ou de l'eau à la société de projet pour la revendre aux utilisateurs finals; des entreprises commerciales, telles que des compagnies aériennes ou des compagnies maritimes passant contrat pour l'utilisation d'un aéroport ou d'un port maritime; ou des particuliers acquittant un droit de péage pour emprunter une route. Les parties à ces différends ne sont pas nécessairement liées par un rapport juridique antérieur de caractère contractuel ou analogue.

## B. DIFFÉRENDS ENTRE L'AUTORITÉ CONTRACTANTE ET LE CONCESSIONNAIRE

3. Les différends pouvant surgir dans le cadre de l'accord de projet sont souvent liés à des problèmes qui ne se posent pas fréquemment dans d'autres types de contrats. Cela tient à la complexité des projets d'infrastructure, à leur durée d'exécution et au fait que plusieurs entreprises participent aux phases de construction et d'exploitation. En outre, ces différends peuvent porter sur des questions très techniques liées aux méthodes de construction, à la technologie incorporée dans l'ouvrage et aux conditions d'exploitation. Par ailleurs, les projets d'infrastructure à financement privé font souvent intervenir des organismes publics et l'intérêt général y tient une place importante. D'où la nécessité d'avoir des mécanismes permettant d'éviter, dans toute la mesure possible, l'aggravation des désaccords entre les parties et de préserver leurs relations commerciales, d'empêcher toute perturbation des travaux de construction ou de la prestation des services, et adaptés aux particularités des différends pouvant surgir.

4. Dans cette section sont examinées certaines des principales questions relatives aux diverses phases de l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé. Les recours du concessionnaire contre des décisions des organismes de réglementation l'ont été dans la partie relative aux pouvoirs de réglementer les services d'infrastructure (voir chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 49 et 50), et le règlement des différends pouvant surgir pendant la sélection d'un concessionnaire (c'est-à-dire les différends précontractuels) a été traité dans un autre chapitre du *Guide* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 118 à 122).

### 1. Considérations générales sur les méthodes de prévention et de règlement des différends

5. Les questions qui donnent le plus souvent lieu à des différends pendant la durée de l'accord de projet sont celles qui sont liées aux manquements possibles à des obligations contractuelles pendant la construction de l'ouvrage, pendant son exploitation et à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet. Ces différends, qui peuvent être très complexes, portent souvent sur des questions hautement techniques qui doivent être réglées rapidement pour ne pas entraîner de perturbations dans la construction ou l'exploitation de l'ouvrage. C'est pourquoi il est souhaitable que les parties conçoivent des mécanismes qui leur permettent de choisir des experts compétents pour les aider à régler leurs différends. En outre, étant donné la durée sur laquelle portent les projets d'infrastructure à financement privé, il est important de mettre au point des mécanismes propres à prévenir, dans toute la mesure possible, l'apparition de ces différends et à préserver ainsi la relation commerciale entre les parties.

6. Pour atteindre les objectifs susmentionnés, les accords de projet prévoient souvent des clauses générales de règlement des différends destinées à en prévenir, dans la mesure du possible, l'apparition, à favoriser la recherche de solutions concertées et à mettre en place des modes de règlement efficaces lorsqu'un litige ne peut être évité. De telles clauses énoncent normalement une série de mesures successives commençant par une notification rapide à l'autre partie des problèmes pouvant se transformer en litige si rien n'est fait pour les régler. Lorsqu'un différend apparaît malgré tout, les parties doivent échanger des informations et se consulter afin de rechercher une solution.

Si elles n'y parviennent pas elles-mêmes, l'une ou l'autre peut demander l'intervention d'un tiers indépendant et impartial pour les aider à en trouver une qui soit acceptable. Dans la plupart des cas, les modes judicatoires de règlement des litiges ne sont utilisés que lorsque le différend ne peut être réglé par voie de conciliation.

7. Toutefois, il peut y avoir des limites à la liberté qu'ont les parties de convenir de certaines méthodes de prévention ou de règlement des différends, tenant, par exemple, à l'objet de ces derniers ou, dans certains systèmes juridiques, au fait que l'autorité contractante est un organisme public. Dans ces systèmes, en effet, la tradition veut que l'État et les organismes publics ne puissent convenir de certaines méthodes de règlement des différends, en particulier 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.

8. La liberté de convenir de méthodes de règlement des différends, dont l'arbitrage, peut aussi se trouver limitée par la nature juridique de l'accord de projet. Dans certains systèmes de droit romain, les accords de projet peuvent être considérés comme des contrats administratifs, d'où la nécessité de soumettre un différend découlant de ce type de contrat à un tribunal judiciaire ou administratif du pays hôte. Dans d'autres systèmes juridiques, des limites analogues peuvent être expressément énoncées dans la législation ou dans des précédents jurisprudentiels directement applicables aux accords de projet, ou peuvent résulter de pratiques contractuelles bien établies, généralement fondées sur des textes législatifs ou réglementaires.

9. Il est important que les pays souhaitant autoriser le recours à des méthodes extrajuridictionnelles, y compris l'arbitrage, pour régler les différends pouvant découler de projets d'infrastructure à financement privé, éliminent les obstacles juridiques possibles et autorisent clairement leurs autorités contractantes à convenir de telles méthodes. L'absence d'une autorisation législative peut susciter des doutes quant à la validité de la clause compromissoire et retarder le règlement des différends. Si, par exemple, un tribunal arbitral estime que la convention d'arbitrage a été valablement conclue, même si le défendeur allègue que l'autorité contractante n'était pas autorisée à la conclure, la question peut resurgir au stade de la reconnaissance et de l'exécution devant une juridiction étatique du pays hôte ou d'un pays tiers où la sentence doit être reconnue ou exécutée.

## 2. Méthodes couramment utilisées pour prévenir et régler les différends

10. Les paragraphes qui suivent présentent les caractéristiques essentielles de méthodes utilisées pour prévenir et régler les différends et examinent leur adéquation aux différentes phases des grands projets d'infrastructure (à savoir la construction, l'exploitation et la phase qui suit la fin de la concession). Bien que l'accord de projet prévoie généralement des mécanismes généraux de prévention et de règlement des différends, il faut s'attacher à éviter des procédures trop complexes ou à imposer un trop grand nombre de procédures différentes. La description succincte de certaines méthodes de prévention et de règlement des différends donnée ci-après vise à informer le législateur des caractéristiques et de l'utilité de ces diverses méthodes sans pour autant recommander l'utilisation d'une combinaison quelconque d'entre elles.

### a) *Alerte rapide*

11. Des dispositions imposant une alerte rapide peuvent être un important moyen d'éviter les litiges. Ainsi, si l'une des parties à un contrat estime que certains faits qui se sont produits ou certaines réclamations qu'elle entend présenter peuvent engendrer un litige, elle doit les porter à l'attention de l'autre partie dès que possible. En effet, un retard peut non seulement être source de conflit, en créant la surprise chez l'autre partie et en engendrant par conséquent animosité et hostilité, mais peut également rendre les réclamations plus difficiles à justifier. C'est pourquoi, lorsqu'un mécanisme d'alerte rapide est prévu, la partie requérante est généralement tenue de présenter des données chiffrées, ainsi que les preuves nécessaires, dans un délai déterminé. Pour que le mécanisme soit efficace, on prévoit fréquemment une sanction en cas de non-respect des dispositions, telle que la perte du droit de poursuivre l'action ou un alourdissement de la charge de la preuve. Dans les projets d'infrastructure, l'alerte rapide porte souvent sur des faits qui peuvent nuire à la qualité des travaux ou des services publics, accroître leur coût, engendrer des retards ou menacer la continuité du service. Elle est par conséquent utile pendant toute la durée du projet.

### b) *Partnering*

12. Le partnering est un autre moyen d'éviter les différends. Il a pour objet de créer, dès le début du projet, grâce à des stratégies formelles mises au point conjointement, un climat de confiance, de concertation et de coopération entre les principales parties. Il a été jugé utile pour éviter les litiges et pour inciter les parties à s'attacher à atteindre les objectifs du projet. Les relations, dans le cadre du partnering, sont définies dans des réunions, généralement organisées par l'autorité contractante, auxquelles prennent part les principales parties au projet. Lors de la première, les parties s'accordent sur l'interprétation du concept de partnering, définissent les objectifs pour chacune d'entre elles et mettent au point une procédure permettant de régler rapidement les questions clefs. Cette réunion s'achève par la rédaction d'une charte de partenariat signée par les participants qui y déclarent leur volonté de travailler ensemble au succès du projet. Cette charte comprend généralement une "procédure de règlement des questions" destinée à déterminer les points litigieux et résoudre d'autres problèmes au plus vite en partant du niveau de direction le plus bas possible. Si une solution n'est pas trouvée dans un délai déterminé, la question est examinée au niveau de direction supérieur. Il n'est fait appel à des personnes extérieures que lorsque les responsables du projet ne sont pas parvenus à un accord.

### c) *Négociation facilitée*

13. Cette procédure a pour objet d'aider les parties à négocier. Ces dernières nomment au début du projet un facilitateur qui a pour fonction de les aider à régler un litige sans donner d'opinions subjectives sur les questions mais en les incitant plutôt à bien analyser leurs demandes quant au fond. Cette procédure est particulièrement utile lorsque les parties, étant nombreuses, auraient des difficultés à négocier et à coordonner toutes les opinions divergentes sans l'intervention d'un facilitateur.

### d) *Médiation et conciliation*

14. Le terme "conciliation" est employé dans le *Guide* pour désigner, de manière large, une procédure dans laquelle une personne ou un groupe de personnes aide les parties, de façon indépendante et impartiale, à régler leur différend à l'amiable. La conciliation diffère de la négociation (que les parties entament généralement après l'apparition du différend) dans la mesure où elle fait intervenir un tiers indépendant et impartial pour aider à résoudre le litige alors qu'aucun tiers n'apporte son aide dans la négociation. La différence entre la conciliation et l'arbitrage réside dans le fait que la conciliation aboutit à un règlement du différend par l'accord des parties ou n'aboutit pas, alors que, dans l'arbitrage, le tribunal impose une décision aux parties, à moins que ces dernières aient réglé leur différend avant le prononcé de la sentence. Dans la pratique, cette procédure de conciliation est désignée par divers termes, dont "médiation". Toutefois, dans la tradition juridique de certains pays, on établit une distinction entre la "conciliation" et la "médiation" pour insister sur le fait que, dans la conciliation, un tiers tente de rapprocher les parties en litige pour les aider à éliminer leurs points de désaccord, alors que la médiation va plus loin, puisque le médiateur est autorisé à proposer des solutions. Cependant, les termes "conciliation" et "médiation" sont le plus souvent synonymes.

15. La conciliation est de plus en plus utilisée dans diverses parties du monde, y compris dans les régions où elle était autrefois peu courante. Cette tendance se reflète notamment dans la création d'un certain nombre d'organismes privés et publics qui offrent des services de conciliation aux parties intéressées. La procédure de conciliation est généralement privée, confidentielle, informelle et facile à mettre en œuvre. Elle peut aussi être rapide et peu coûteuse. Le conciliateur, qui peut assumer de multiples fonctions, joue en général un rôle plus actif que le facilitateur. Il peut fréquemment attaquer la position des parties pour en faire ressortir les faiblesses, ce qui facilite généralement un accord et peut proposer, s'il y est autorisé, des solutions. La procédure est habituellement facultative, et le conciliateur a pour tâche de faciliter un règlement en attirant l'attention des parties sur les problèmes et sur les solutions possibles et non de statuer sur l'affaire. Elle est particulièrement utile lorsque les parties sont nombreuses et qu'il serait donc difficile de parvenir à un accord par des négociations directes.

16. Si les parties prévoient la conciliation dans l'accord de projet, elles devront régler un certain nombre de questions procédurales afin d'accroître les chances de succès. Elles y parviendront d'autant plus facilement qu'elles incorporeront par référence, dans le contrat, des règles de conciliation telles que le Règlement de conciliation de la CNUDCI[1], ou d'autres, établies par divers organismes internationaux et nationaux.

### e) *Évaluation à caractère non contraignant effectuée par un expert*

17. Il s'agit d'une procédure dans laquelle un tiers neutre est chargé d'analyser le différend quant au fond et d'en montrer l'issue possible. Les parties en litige voient ainsi quelle pourrait être l'issue des procédures à caractère contraignant, plus coûteuses et généralement plus lentes, que sont, par exemple, l'arbitrage ou une action devant une juridiction étatique. Le procédé est utile lorsque les parties ont des difficultés à communiquer, parce qu'elles ont durci leur position ou lorsqu'elles ne voient pas clairement les faiblesses de leur propre position ou la force de celle de l'adversaire. Une telle évaluation, qui n'est pas contraignante pour les parties, est généralement suivie de négociations, directes ou facilitées par un tiers.

### f) *Procès simulé* (Mini-trial)

18. Dans un procès simulé, le personnel de chacune des parties travaillant sur le terrain soumet des mémoires à un "tribunal" composé d'un cadre supérieur de chacune des parties et d'une tierce personne neutre. Une fois les mémoires soumis, dans un délai généralement prédéterminé, les cadres entament une procédure de négociation facilitée par une personne neutre, afin de rechercher un accord en tirant parti des questions qui ont été élucidées pendant le procès simulé. Les conseils des parties sont fréquemment présents et utiles pour recenser les questions pertinentes. L'objet de cette procédure est d'informer les cadres supérieurs des questions litigieuses et de montrer quelle pourrait être l'issue d'un véritable procès.

### g) *Évaluation effectuée par un cadre supérieur*

19. Ce procédé est analogue au procès simulé mais a un caractère moins "judicatoire" que ce dernier et relève d'une approche davantage axée sur le consensus. Les par-

[1]Pour le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session, voir les *Documents 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, 1re partie, chap. II, sect. 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 est accompagné d'une clause de conciliation type rédigée 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 par la conciliation, celle-ci se fera conformément au Règlement de conciliation de la CNUDCI actuellement en vigueur." L'Assemblée générale a recommandé l'utilisation du Règlement de conciliation de la CNUDCI dans sa résolution 35/52 du 4 décembre 1980.

ties présentent tout d'abord de courts exposés expliquant leur position puis donnent de brèves réponses. Lors d'une "conférence d'évaluation" dirigée par un facilitateur, un cadre supérieur de chacune des parties fait un bref exposé oral élucidant les points présentés dans les exposés écrits ou d'autres points soulevés par les parties ou par le facilitateur. Cette conférence est suivie d'une réunion de négociation, présidée par le facilitateur, visant à trouver un accord. Le procès simulé comme l'évaluation par un cadre supérieur confrontent moins les parties aux réalités qu'une évaluation non contraignante effectuée par un expert et sont donc moins susceptibles de les motiver à prendre des décisions difficiles en l'absence de pression commerciale.

### h) *Examen des différends techniques par des experts indépendants*

20. Pendant la phase de construction de l'ouvrage, les parties peuvent souhaiter prévoir que certains types de différends seront soumis à un expert indépendant nommé par elles. Cette méthode peut être particulièrement utile en cas de désaccords portant sur des aspects techniques de la construction de l'ouvrage (par exemple, lorsqu'il s'agit de savoir si les travaux sont effectués conformément aux spécifications contractuelles ou aux normes techniques).

21. Les parties peuvent, par exemple, nommer un inspecteur des plans qui examinera les désaccords relatifs à l'inspection et à l'approbation des plans de l'ouvrage ou un ingénieur-superviseur qui suivra l'avancement des travaux de construction (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 69 à 79). Ces experts indépendants devraient être spécialisés dans la conception et la construction de projets analogues. L'accord de projet devrait spécifier les pouvoirs de l'expert indépendant (en indiquant, par exemple, s'il doit formuler des recommandations ou prendre des décisions obligatoires), ainsi que les cas dans lesquels les parties peuvent lui demander un avis ou une décision. Dans certains grands projets d'infrastructure, par exemple, le concessionnaire peut demander un tel avis chaque fois qu'il est en désaccord avec l'autorité contractante concernant la conformité de certains aspects des plans ou des travaux de construction avec les spécifications ou les obligations contractuelles applicables. Recourir à un inspecteur des plans ou à un ingénieur-superviseur, selon le cas, peut être particulièrement utile lorsque l'accord de projet requiert le consentement préalable de l'autorité contractante pour certaines actions du concessionnaire, telles qu'une autorisation finale pour l'exploitation de l'ouvrage (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 78).

22. Il a souvent été fait appel à des experts indépendants pour régler des différends techniques découlant de contrats de construction, et il est possible d'appliquer les divers mécanismes et procédures utilisés dans l'industrie du bâtiment, *mutatis mutandis,* aux projets d'infrastructure à financement privé. Toutefois, il convient de noter que les différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire ne portent pas nécessairement sur les mêmes points que les différends découlant habituellement d'un contrat de construction. En effet, les positions respectives de l'autorité contractante et du concessionnaire, dans un accord de projet, ne sont pas pleinement comparables à celles du propriétaire et de l'entrepreneur dans un contrat de construction. Ainsi, les litiges portant sur les sommes à payer à l'entrepreneur pour les travaux effectivement réalisés, qui sont fréquents dans les contrats de construction, ne sont pas typiques des relations entre l'autorité contractante et le concessionnaire, puisque ce dernier ne reçoit normalement pas de paiement de l'autorité contractante pour les travaux de construction effectués.

### i) *Conseils d'examen des différends*

23. Dans les grands projets d'infrastructure, l'accord de projet prévoit souvent un conseil permanent composé d'experts nommés par les deux parties, éventuellement avec l'aide d'une autorité de nomination, afin de faciliter le règlement des différends pouvant survenir pendant la construction ou l'exploitation (appelé, dans le *Guide*, "conseil d'examen des différends"). L'instance peut être à la fois informelle, rapide et adaptée aux particularités du différend dont le conseil est saisi. En nommant un tel conseil, les parties peuvent éviter que des malentendus ou des divergences se transforment en véritables litiges ne pouvant être réglés que par l'arbitrage ou le recours aux tribunaux. C'est en fait son efficacité comme moyen d'éviter les différends qui constitue l'un des points forts du conseil, encore qu'il puisse aussi servir à les régler, en particulier lorsqu'il est habilité à rendre des décisions qui s'imposent aux parties.

24. Pour constituer un conseil d'examen des différends, les parties choisissent généralement, dès le début du projet, trois experts renommés pour leur connaissance du secteur concerné. Ces experts peuvent être remplacés si le projet comporte différentes phases pouvant exiger des connaissances spécialisées différentes (par exemple, les connaissances requises ne sont pas les mêmes pour la construction de l'ouvrage et la gestion ultérieure du service public), et dans certains grands projets d'infrastructure plusieurs conseils ont été ainsi établis. Ainsi, un conseil d'examen des différends traitera uniquement les différends relatifs à des questions techniques (par exemple, la conception de l'ouvrage, l'adéquation d'une certaine technologie, le respect des normes environnementales), alors qu'un autre se chargera des différends de nature contractuelle ou financière (par exemple, le montant de l'indemnisation due pour retard dans l'octroi de licences ou les désaccords concernant l'application des formules de révision des prix). Chacun des membres du conseil devrait avoir une expérience du type de projet concerné, y compris de l'interprétation et de l'application des accords de projet, et devrait s'engager à demeurer impartial et indépendant par rapport aux parties. Ils peuvent être saisis de rapports périodiques sur l'avancement des travaux de construction ou sur l'exploitation de l'ouvrage, selon le cas, et être informés immédiatement des divergences pouvant surgir entre les parties. Ils peuvent rencontrer ces dernières, soit à intervalles réguliers, soit selon les besoins, pour examiner les divergences survenues et proposer des solutions possibles.

25. Étant donné leur rôle, les membres du conseil peuvent se rendre périodiquement sur le terrain, rencontrer les parties et être tenus informés de l'avancement des travaux. Ces rencontres aident à déceler rapidement tout conflit potentiel avant qu'il ne s'aggrave et ne se transforme en véritable différend. Lorsque des points litigieux sont décelés, le conseil propose des solutions qui, étant donné l'expertise et le prestige de ses membres, ont de grandes chances d'être acceptées par les parties. Lorsqu'il est saisi d'un litige, il l'analyse de manière informelle, généralement en discutant avec les parties à l'occasion d'une visite sur le terrain. Il dirige la discussion, mais chacune des parties a tout loisir d'exposer ses vues, et il est libre quant à lui de poser des questions et de demander des documents ou d'autres éléments de preuve. La tenue de réunions sur le terrain, peu après les événements à l'origine du conflit et avant que chacun n'ait durci sa position, offre des avantages évidents. Le conseil se réunit ensuite en privé pour essayer de formuler une recommandation ou une décision. Si les parties n'acceptent pas ces propositions et si un différend ne peut être évité, le conseil est dans une position privilégiée, s'il a l'autorisation des parties, pour le résoudre rapidement en raison de sa connaissance des problèmes et des documents contractuels.

26. Étant donné la durée généralement longue des projets d'infrastructure à financement privé, de nombreuses circonstances afférentes à leur exécution peuvent changer avant la fin de la concession. Les conséquences de certains de ces changements peuvent être automatiquement prises en compte dans l'accord de projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 126 à 130), mais d'autres modifications se prêtent plus difficilement à insertion dans un mécanisme d'ajustement automatique, ou bien les parties peuvent préférer les en exclure. Il importe donc que les parties mettent en place des mécanismes pour traiter les différends pouvant découler des changements de circonstances. Cela est particulièrement important au stade de l'exploitation du projet. Lorsque les parties sont convenues de règles permettant de réviser les clauses de l'accord de projet à la suite de certaines circonstances, peut se poser la question de savoir si ces circonstances se sont véritablement produites et, dans l'affirmative, comment il faut modifier ou compléter les clauses contractuelles. Pour faciliter le règlement d'éventuels différends et éviter tout blocage lorsque les parties ne parviennent pas à s'accorder sur une révision du contrat, il est souhaitable qu'elles précisent si certaines clauses contractuelles peuvent être modifiées ou complétées par le conseil d'examen des différends, et dans quelle mesure. On notera, à cet égard, que les parties n'auront pas toujours la possibilité de recourir à un tribunal arbitral ou à une juridiction étatique du pays à cette fin. En effet, dans certains systèmes juridiques, les tribunaux et les arbitres n'ont pas compétence pour modifier ou compléter des clauses contractuelles. Dans d'autres, ils ne peuvent le faire que s'ils y sont expressément autorisés par les parties. Dans d'autres encore, les arbitres peuvent le faire mais non les tribunaux.

27. La législation qui régit les procédures arbitrales ou judiciaires peut déterminer dans quelle mesure les parties peuvent autoriser des arbitres ou une juridiction étatique à réexaminer une décision du conseil d'examen des différends. Si un tel réexamen est exclu, la décision du conseil a l'avantage d'être immédiatement définitive et obligatoire. Toutefois, s'il est autorisé, les parties auront davantage l'assurance que la décision est correcte. Au début, les clauses relatives aux conseils d'examen des différends ne prévoyaient pas que les recommandations de ces derniers deviendraient définitives si elles n'étaient pas contestées dans une procédure arbitrale ou devant une juridiction étatique. Dans la pratique, toutefois, la force persuasive de recommandations adoptées à l'unanimité par des experts indépendants nommés conjointement par les parties a conduit les autorités contractantes comme les sociétés de projet à accepter volontairement ces recommandations plutôt que de s'en remettre aux tribunaux. Aujourd'hui, les mêmes clauses stipulent généralement qu'une décision du conseil, si elle ne s'impose pas immédiatement aux parties, devient obligatoire, sauf si l'une d'entre elles ou les deux soumettent le différend à l'arbitrage ou à une juridiction étatique dans un délai déterminé. Les parties tiennent souvent compte, non seulement de la possibilité d'éviter une procédure qui risque d'être très longue, mais également de la difficulté que pourra avoir la juridiction étatique ou le tribunal arbitral à remettre en cause une recommandation dont la force est d'autant plus grande qu'elle a été formulée par des experts indépendants connaissant bien le projet depuis le départ et fondée sur une observation dudit projet avant la naissance du différend et au moment de ce dernier.

28. Les parties peuvent convenir, quoiqu'elles le fassent très rarement, que la décision du conseil sera définitive et obligatoire. On notera, toutefois, que même si les parties conviennent d'être ainsi liées, dans de nombreux systèmes juridiques cette décision, bien qu'obligatoire en tant que contrat, peut ne pas être exécutoire dans une procédure en référé telle qu'une procédure d'exécution d'une sentence arbitrale, puisqu'elle n'a pas valeur de sentence arbitrale. Si les parties envisagent de recourir à un conseil d'examen des différends, il leur faudra régler diverses questions de procédure dans l'accord de projet. Il serait souhaitable que cet accord délimite aussi précisément que possible les pouvoirs conférés au conseil. S'agissant de la nature de ses fonctions, l'accord de projet pourrait autoriser le conseil à présenter des conclusions sur les faits et à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Les fonctions peuvent être précisées ainsi que le type de questions pouvant être traitées. Si les parties sont autorisées à engager une procédure arbitrale ou judiciaire dans un certain délai après le prononcé de la décision, elles pourraient préciser que les conclusions sur les faits présentées par le conseil ne peuvent être réfutées dans une procédure arbitrale ou judiciaire. L'accord de projet pourrait également faire obligation aux parties d'exécuter une décision prise par le conseil concernant des mesures provisoires ou conservatoires 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. S'agissant de la durée des fonctions du conseil, l'accord de projet peut prévoir qu'il continuera de fonctionner pendant un certain temps après l'expiration ou la résiliation de cet accord, afin d'examiner les différends pouvant apparaître à ce stade (par exemple, les différends sur l'état des actifs remis à l'autorité contractante et l'indemnisation due pour ces actifs).

### j) *Arbitrage non contraignant*

29. Cette procédure est parfois utilisée lorsque des procédés à caractère moins judicatoire tels que la négociation facilitée, la conciliation ou le conseil d'examen des différends n'ont pas donné de résultats. Ce type d'arbitrage est mené de la même manière qu'un arbitrage contraignant et les règles peuvent être les mêmes à ceci près que la procédure aboutit à une recommandation. Si cette procédure échoue, il est prévu que les parties soumettent directement leur différend à la justice. Ceux qui choisissent l'arbitrage non contraignant le font: *a)* s'ils ont des réserves quant à la nature contraignante de l'arbitrage; ou *b)* comme incitation pour éviter à la fois l'arbitrage et une action en justice: l'arbitrage parce qu'il semblerait superflu d'engager deux fois la même procédure et l'action en justice en raison de sa durée et de son coût.

### k) *Arbitrage*

30. L'arbitrage est de plus en plus utilisé depuis quelques années pour régler les différends pouvant surgir dans des projets d'infrastructure à financement privé. On y a généralement recours à la fois pour le règlement des différends qui apparaissent pendant la construction ou l'exploitation de l'ouvrage et pour ceux auxquels donne lieu l'expiration ou la résiliation de l'accord de projet. Les investisseurs privés et les prêteurs, en particulier étrangers, préfèrent cette procédure dans la mesure où elle peut être structurée par les parties de manière à être moins formelle qu'une procédure judiciaire et mieux adaptée à leurs besoins et aux particularités des différends susceptibles de naître dans le cadre de l'accord de projet. Les parties peuvent choisir comme arbitres des personnes ayant une connaissance approfondie du type de projet visé. Ils peuvent aussi choisir le lieu où se tiendra la procédure arbitrale, ainsi que la langue ou les langues qui y seront utilisées. Une procédure arbitrale perturbera peut être moins les relations commerciales entre les parties qu'une action en justice. La procédure et la sentence arbitrales peuvent demeurer confidentielles, ce qui n'est généralement pas possible pour la procédure et les décisions judiciaires. Par ailleurs, l'exécution d'une sentence arbitrale dans des pays autres que celui où elle a été rendue se trouve facilitée par la large acceptation de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958[2].

31. Pour ce qui est en particulier des projets d'infrastructure auxquels participent des investisseurs étrangers, on notera que la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États[3] peut constituer un cadre pour le règlement des différends entre l'autorité contractante et les sociétés étrangères membres d'un consortium. Cette convention, à laquelle ont adhéré à ce jour 131 États, a porté création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Le CIRDI est une organisation internationale autonome ayant des liens étroits avec la Banque mondiale. Il 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 ses services de conciliation et d'arbitrage est volontaire. Cependant, une fois que les parties à un contrat ou à un différend ont consenti à soumettre ce dernier au Centre dans le cadre de la Convention, aucune ne peut retirer unilatéralement ce consentement. Tous les membres du CIRDI, qu'ils soient ou non parties à un différend, sont tenus par la Convention de reconnaître et d'exécuter ses sentences arbitrales. Le consentement des parties à l'arbitrage du Centre peut être donné pour un litige existant ou pour une catégorie déterminée de litiges futurs. Les parties ne sont cependant pas tenues de donner leur consentement pour un projet particulier; un pays hôte pourrait, dans sa législation sur la promotion des investissements, offrir de soumettre au Centre les différends nés de certaines catégories d'investissements, et l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant cette offre par écrit.

32. Les accords bilatéraux d'investissement peuvent également prévoir un cadre pour le règlement des différends entre l'autorité contractante et les sociétés étrangères. Dans ces accords, l'État hôte offre généralement aux investisseurs qui sont ressortissants de l'autre État signataire un certain nombre de garanties (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 4 à 6) et manifeste son consentement à l'arbitrage, par exemple par référence au CIRDI ou à un tribunal arbitral appliquant le règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

#### *i) Immunité de l'État souverain*

33. Lorsque l'arbitrage est autorisé et lorsque les parties à l'accord de projet le choisissent pour régler leurs différends, l'application de la convention d'arbitrage peut être rendue difficile ou entravée si l'autorité contractante a la possibilité d'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 législatifs sur cette question ne soient pas clairs. Les parties intéressées (par exemple, le concessionnaire, les promoteurs du projet ou les prêteurs) peuvent alors craindre que la convention d'arbitrage ne soit inopérante. Afin d'apaiser de telles craintes, il est souhaitable de réexaminer la législation sur la question et d'indiquer dans quelle mesure l'autorité contractante peut invoquer l'immunité de l'État souverain.

34. En outre, lorsqu'une sentence est défavorable à une autorité contractante, cette dernière 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 législations nationales, elle 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 encore 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.

[2]Voir Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 330, nº 4739, p. 38, texte reproduit dans le *Registre des textes des conventions et autres instruments relatifs au droit commercial international*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.73.V.3).

[3]Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. ..., nº 8359, p. 160.

35. 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 pourrait figurer dans l'accord de projet ou dans un accord international; il pourrait s'agir uniquement de reconnaître que certains biens sont utilisés ou destinés à être utilisés à des fins commerciales. De telles clauses écrites peuvent être nécessaires 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.

36. Le législateur peut souhaiter réexaminer 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) Valeur pratique de la convention d'arbitrage et force exécutoire de la sentence*

37. La valeur pratique d'une convention d'arbitrage dépend du régime législatif du lieu où se tient l'arbitrage. Si une partie juge que le régime du pays hôte en matière d'arbitrage n'est pas satisfaisant, par exemple parce qu'elle estime qu'il soumet l'autonomie des parties à des restrictions déraisonnables, elle peut souhaiter convenir d'un lieu d'arbitrage situé en dehors de ce pays. Il est donc important que ce dernier garantisse que la législation interne en matière d'arbitrage règle les principales questions de procédure de manière appropriée pour les arbitrages internationaux. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[4] contient un tel régime.

38. Si l'arbitrage a lieu en dehors du pays hôte, ou si une sentence rendue dans le pays hôte devra être exécutée à l'étranger, la valeur pratique de la convention d'arbitrage dépendra également de la législation qui régit la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (voir par. 30) traite, entre autres, de la reconnaissance d'une convention d'arbitrage et des motifs que peut invoquer le tribunal pour refuser de reconnaître et d'exécuter une sentence. On estime généralement que cette convention offre un régime acceptable et équilibré pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Le fait que le pays hôte y soit partie a toutes les chances d'être considéré comme un élément crucial lorsqu'il s'agit de déterminer la sécurité juridique des engagements contraignants qui ont été pris et la fiabilité de l'arbitrage comme méthode de règlement des différends avec les parties du pays. L'exécution à l'étranger d'une sentence arbitrale rendue dans le pays hôte s'en trouverait aussi facilitée.

[4]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session, *Documents 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.

### l) *Procédure judiciaire*

39. Comme il a été indiqué plus haut, dans certains systèmes juridiques, en vertu des règles impératives du droit public, le règlement des différends pouvant naître d'accords de projet au titre desquels le concessionnaire doit fournir des services publics relève exclusivement de la compétence des tribunaux judiciaires ou administratifs nationaux. Dans plusieurs pays, les organismes publics ne sont pas autorisés à compromettre, sauf dans certains cas précis (voir par. 7 à 9), alors que dans d'autres les parties ont toute liberté de choisir entre une procédure judiciaire et une procédure arbitrale.

40. Lorsque les parties ont la possibilité de choisir entre une procédure judiciaire et une procédure arbitrale, l'autorité contractante peut avoir des raisons de demander que tout différend soit réglé par les tribunaux du pays hôte, car ceux-ci connaissent bien la législation interne, qui comprend souvent des lois directement applicables à l'accord de projet. Cette préférence de l'autorité contractante et d'autres organismes publics du pays hôte peut être due également au fait qu'ils connaissent bien la procédure appliquée par les tribunaux locaux et la langue utilisée dans la procédure. Une autre considération peut être que, dans la mesure où des questions d'ordre public et de protection de l'intérêt général interviennent dans les accords de projet, les juridictions étatiques sont mieux à même de donner effet à ces accords.

41. Toutefois, les investisseurs potentiels, les bailleurs de fonds et d'autres parties du secteur privé peuvent ne pas partager les vues de l'autorité contractante sur ce point. Ils peuvent considérer que l'arbitrage est préférable à une procédure judiciaire dans la mesure où il est plus susceptible, étant davantage soumis à l'accord des parties qu'une procédure judiciaire, de régler efficacement un différend. Les investisseurs privés, en particulier étrangers, peuvent en outre être réticents à porter un différend devant un tribunal du pays hôte appliquant des règles qu'ils connaissent mal. Certains pays ont constaté qu'en autorisant les parties à choisir elles-mêmes un mécanisme de règlement des différends ils pouvaient mieux attirer les investissements étrangers pour développer leur infrastructure.

42. Les facteurs que les parties prennent généralement en considération pour déterminer si un différend doit être résolu par voie judiciaire ou s'il est préférable de prévoir une convention d'arbitrage, à condition que le droit applicable autorise un tel choix, sont par exemple la confiance dans l'impartialité des tribunaux compétents et que le règlement du différend surviendra dans des délais raisonnables. D'autres facteurs dont il est tenu compte sont l'efficacité du système judiciaire national et l'existence de voies de recours judiciaire adaptées aux différends auxquels peut donner lieu l'accord de projet. En outre, étant donné que les projets d'infrastructure comportent généralement des questions très techniques et complexes, les parties examineront également les conséquences du recours à des arbitres choisis pour leur connaissance et leur expérience du domaine visé par rapport aux tribunaux du pays hôte qui peuvent ne pas avoir la connaissance ou l'habitude des questions techniques liées au domaine dans lequel 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 flexibilité éventuellement plus grande 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.

## C. DIFFÉRENDS ENTRE LE CONCESSIONNAIRE ET SES PRÊTEURS, ENTREPRENEURS ET FOURNISSEURS

43. Il est généralement admis dans les législations nationales que les parties à des transactions commerciales, en particulier 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. En ce qui concerne les contrats entre le concessionnaire et les prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs, qui font inévitablement partie des projets d'infrastructure à financement privé, les parties sont libres, dans de nombreux pays, de soumettre leurs différends à l'arbitrage, de choisir le lieu de l'arbitrage et de déterminer si un arbitrage doit être ou non organisé par un organisme d'arbitrage. Ces contrats 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 pays hôtes qui souhaitent créer un climat juridique favorable aux projets d'infrastructure à financement privé seraient avisés de réexaminer 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.

## D. DIFFÉRENDS ENTRE LE CONCESSIONNAIRE ET SES CLIENTS

44. 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 emprunter une route. Les considérations et les politiques concernant les contrats passés avec les acheteurs finals des biens ou des services fournis par la société de projet peuvent varier en fonction des parties à ces contrats, des conditions dans lesquelles les services sont fournis et du régime de réglementation applicable.

45. Dans certains pays, les prestataires de services publics sont tenus par une réglementation spéciale de mettre en place des mécanismes spéciaux simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations de leurs clients. Cette réglementation est habituellement limitée à certains secteurs industriels et s'applique aux achats de biens ou de services par des clients. Elle peut s'appliquer de manière générale aux réclamations déposées par tous les clients du concessionnaire ou être limitée aux particuliers n'agissant pas en tant que commerçants. L'obligation du concessionnaire peut être limitée à la mise en place d'un mécanisme de réception et de traitement des réclamations de particuliers, tel qu'une facilité ou un service spécialement chargé au sein de la société de projet de recevoir et de traiter rapidement les réclamations avec, par exemple, mise à la disposition des clients de formulaires types ou de numéros de téléphone gratuits. Si la question n'est pas résolue de manière satisfaisante, le client peut avoir le droit de porter plainte devant un organisme de réglementation, s'il en existe, qui, dans certains pays, peut être habilité à rendre une décision obligatoire. De tels mécanismes sont souvent facultatifs pour le consommateur et ne l'empêchent pas d'entamer une action en justice.

46. Si les clients sont des entreprises de services publics (par exemple, une société de distribution d'électricité) ou des entreprises commerciales (par exemple, une grosse usine achetant de l'électricité directement à un producteur indépendant) qui choisissent librement les services fournis par le concessionnaire et négocient les clauses de leurs contrats, les parties régleront généralement tout différend par les méthodes usuelles dans les contrats commerciaux, y compris l'arbitrage. Il peut donc ne pas être nécessaire de traiter la question du règlement de ces différends dans la législation relative aux projets d'infrastructure à financement privé. Toutefois, lorsque les clients du concessionnaire sont des entités publiques, leur liberté peut être limitée par les règles du droit administratif régissant le règlement des différends auxquels sont parties des entités publiques. Pour les pays qui souhaitent autoriser le recours à des méthodes extrajuridictionnelles, y compris l'arbitrage, pour le règlement des différends entre le concessionnaire et ceux de ses clients qui sont des entités publiques, il est important d'éliminer les obstacles juridiques éventuels et d'autoriser clairement ces entités à convenir de modes de règlement de leurs différends (voir par. 7 à 9).

A/CN.9/471/Add.8

# Chapitre VII. Autres domaines pertinents du droit

## TABLE DES MATIÈRES


| | | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|---|
| A. | Remarques générales | 1-2 | 187 |
| B. | Autres domaines pertinents du droit | 3-52 | 187 |
| | 1. Promotion et protection des investissements | 4-6 | 188 |
| | 2. Droit de la propriété | 7-9 | 188 |
| | 3. Sûretés | 10-16 | 188 |
| | 4. Droit de la propriété intellectuelle | 17-21 | 189 |
| | 5. Règles et procédures d'expropriation | 22-23 | 190 |
| | 6. Règles applicables aux marchés publics et droit administratif | 24-27 | 191 |
| | 7. Droit des contrats privés | 28-29 | 191 |
| | 8. Droit des sociétés | 30-33 | 192 |
| | 9. Droit fiscal | 34-39 | 192 |
| | 10. Règles et pratiques comptables | 40-41 | 193 |
| | 11. Protection de l'environnement | 42-44 | 194 |
| | 12. Droit relatif à la protection des consommateurs | 45-46 | 194 |
| | 13. Droit de l'insolvabilité | 47-49 | 195 |
| | 14. Mesures anticorruption | 50-52 | 195 |
| C. | Accords internationaux | 53-57 | 195 |
| | 1. Appartenance aux institutions financières multilatérales | 54 | 195 |
| | 2. Accords généraux sur la facilitation et la promotion des échanges | 55 | 196 |
| | 3. Accords internationaux sur des secteurs particuliers | 56-57 | 196 |


## A. REMARQUES 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 de 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", par. 30 à 60).

2. La section B 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. 3 à 52). La section C, 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. 53 à 57).

## B. AUTRES DOMAINES PERTINENTS DU DROIT

3. En plus des questions relatives à la législation touchant directement aux 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

4. Un point qui intéresse particulièrement les consortiums de projet et les prêteurs est le degré de protection accordé aux investissements dans le pays hôte. Les investisseurs étrangers dans le pays hôte auront besoin d'avoir l'assurance qu'ils seront protégés contre une nationalisation ou une expropriation sans recours judiciaire et sans indemnisation appropriée conformément aux règles en vigueur dans le pays hôte et au droit international. Les promoteurs des projets 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 peuvent fournir les pouvoirs publics (voir chap. II, "Risques de projet et soutien des pouvoirs publics", par. 45 à 50), l'adoption de mesures législatives touchant à la promotion et à 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.

5. 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 ou 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. Les traités multilatéraux peuvent également être une source de dispositions relatives à la protection des investisseurs.

6. En outre, dans un certain nombre de pays, des règles visant à faciliter et à protéger le flux d'investissement (et portant aussi sur des domaines tels que la législation sur l'immigration, le contrôle des importations et le contrôle des changes) sont contenues dans des lois qui n'ont pas nécessairement pour base un traité bilatéral ou multilatéral.

### 2. Droit de la propriété

7. Il est souhaitable que le droit de la propriété du pays hôte corresponde à des normes internationales 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. On a constaté que la garantie des droits de propriété par des dispositions constitutionnelles contribuait de façon importante à encourager les investissements privés dans de nombreux pays.

8. Lorsque le concessionnaire est propriétaire des terrains sur lesquels est réalisé l'ouvrage, il importe que la propriété de ces 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 qu'elle 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.

9. 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 en question (par exemple, implantation de pylônes sur des terrains privés pour la distribution d'électricité) (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 30 à 35).

### 3. Sûretés

10. Comme cela a été indiqué précédemment (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 52 à 61), les dispositions relatives aux garanties peuvent être complexes et prévoir diverses formes de sûreté, telle 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 détermine le type d'action en garantie pouvant être engagée contre des avoirs situés dans le pays et les recours disponibles.

11. 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. 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.

12. 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, elles ne peuvent l'être que sur une catégorie limitée d'avoirs, comme des biens immobiliers. Dans d'autres

aussi, 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 dans le cas de réalisation de la sûreté, par exemple celle de prendre des dispositions assurant que le bien sera vendu à sa juste valeur marchande.

13. 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.

14. 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 permettent 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.

15. 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.

16. 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 auraient peut-être cependant intérêt à suivre les efforts entrepris dans ce domaine par différentes organisations. 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.

*[Note à l'intention de la Commission: il sera inséré une référence appropriée au projet de convention sur le financement par cessions de créances mis au point par 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.]*

### 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, ce qui peut nécessiter l'adoption de dispositions de droit pénal pour combattre ces dernières.

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. Dans certains pays, les normes internationales sont complétées par des lois visant à assurer une protection juridique aux nouveautés technologiques, par exemple des lois protégeant les droits de propriété intellectuelle sur la conception de logiciels et de matériel informatique.

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 international 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.

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. L'accord multilatéral le plus complet sur la propriété intellectuelle, à ce jour, est l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) qui a été négocié sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce et est entré en vigueur le 1er janvier 1995. Les domaines de la propriété intellectuelle sur lesquels il porte sont les suivants: le droit d'auteur et les droits connexes (c'est-à-dire les droits des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion); les marques, y compris les marques de services; les indications géographiques, y compris les appellations d'origine; les dessins et modèles industriels; les brevets, y compris la protection des obtentions végétales; les schémas de configuration de circuits intégrés; et les renseignements non divulgués, y compris les secrets de fabrication et les résultats des essais. Pour chacun des principaux domaines de la propriété intellectuelle qu'il couvre, l'Accord sur les ADPIC énonce les normes minimales de protection que doit assurer chaque partie contractante en demandant d'abord que soient respectées les obligations de fond, entre autres, de la Convention de Paris dans sa version la plus récente. Les principales dispositions de fond de cette convention sont incorporées par référence et deviennent donc des obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. Ce dernier ajoute en outre un nombre important d'autres obligations concernant des questions où les conventions préexistantes sur la propriété intellectuelle sont muettes ou bien considérées insuffisantes. Il expose aussi certains principes généraux applicables à toutes les procédures visant à faire valoir les droits de propriété intellectuelle. Il contient enfin des dispositions sur les procédures et recours civils et administratifs, les mesures provisoires, les exigences spéciales concernant les mesures à la frontière et les procédures pénales, qui précisent, de manière assez détaillée, les procédures et recours qui doivent être en place pour que les titulaires de droits de propriété intellectuelle puissent les faire respecter efficacement.

### 5. Règles et procédures d'expropriation

22. Lorsque les autorités 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, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 20 à 22). 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.

23. L'expropriation peut s'effectuer selon une procédure administrative ou judiciaire ou bien en vertu d'un acte législatif spécial. Dans la plupart des cas, la procédure comporte des étapes administratives et judiciaires qui peuvent être longues et complexes. L'État 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

[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]Tel que révisé 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.

[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.

projets d'infrastructure et si elles permettent des procédures rapides et d'un bon rapport coût-efficacité, tout en assurant une protection adéquate des droits des propriétaires. Dans la mesure autorisée par la loi, il est important de donner à l'État la possibilité de prendre possession du bien sans délai inutile, afin d'éviter une hausse des coûts du projet.

### 6. Règles applicables aux marchés publics et droit administratif

24. 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.

25. 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 modifier la portée et les dispositions des contrats administratifs, voire de les résilier pour des motifs d'intérêt général, sous réserve, habituellement, de réparation du préjudice subi par le contractant privé (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ___). 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 126 à 130). Dans certains systèmes juridiques, les différends découlant de contrats conclus avec l'État relèvent de la compétence exclusive de tribunaux spéciaux qui connaissent exclusivement des questions administratives, tribunaux qui, dans certains pays, ne font pas partie du système judiciaire (voir chap. VI, "Règlement des différends", ___).

26. 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 une autorité publique 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. 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.

27. Ces systèmes juridiques justifient les prérogatives spéciales dont sont investis les organismes publics par des motifs d'intérêt général. Toutefois, il est généralement admis que ces prérogatives, et en particulier le pouvoir de modifier par décision unilatérale les clauses d'un contrat, risquent, si elles sont abusivement invoquées, de porter atteinte aux droits acquis des entreprises travaillant avec l'État. 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 des organismes publics contre tout acte arbitraire ou irrégulier de la part des autorités publiques, tels que l'accès à des organes impartiaux de règlement des différends et des plans d'indemnisation intégrale en cas d'abus de pouvoir. En l'absence d'une telle protection, les investisseurs potentiels peuvent considérer que les règles de droit conférant aux autorités publiques des prérogatives spéciales constituent un risque impondérable qui peut les décourager. Aussi certains pays ont-ils revu leur législation sur les marchés publics de façon à garantir la protection nécessaire pour encourager l'investissement privé et à supprimer les dispositions qui avaient fait naître des doutes quant à la stabilité contractuelle à long terme indispensable à la réalisation de projets d'infrastructure.

### 7. Droit des contrats privés

28. Le droit régissant les contrats privés en vigueur a une incidence importante sur les contrats conclus par le concessionnaire avec ses sous-traitants, ses fournisseurs et d'autres tiers du secteur privé. Le droit interne relatif aux contrats privés doit apporter des solutions adéquates aux besoins des parties contractantes, 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, certains éléments internationaux.

29. 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.

### 8. Droit des sociétés

30. Pour la plupart des projets comportant la mise en place d'une nouvelle infrastructure, les promoteurs créeront la société de projet sous forme de personne morale distincte dans le pays hôte (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 12 à 18). Il est reconnu que la société de projet peut prendre des formes diverses dans différents pays, mais qu'elle peut ne pas être constituée en société. Cependant, comme c'est le plus souvent la forme d'une société qui est choisie, 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 entités distinctes pour mobiliser et décaisser des fonds peut faciliter le bouclage du montage financier du projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 59).

31. Bien que diverses formes de personne morale soient possibles, 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.

32. 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 particulièrement 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 100 et 101).

33. 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.

### 9. Droit fiscal

34. 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 appui des pouvoirs publics", par. 51 à 54), 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.

35. Les projets d'infrastructure à financement privé ont généralement un ratio d'endettement élevé et exigent des liquidités prévisibles. C'est pourquoi il est fondamental que toutes les incidences fiscales potentielles puissent être évaluées aisément pendant toute la durée du projet. Toute modification imprévue des impôts ayant pour effet de ré-

[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.

duire ces liquidités peut avoir des conséquences sérieuses pour le projet. Dans certains pays, l'État est habilité à conclure avec les investisseurs des accords afin de garantir que les liquidités du projet ne subiront pas le contrecoup de hausses inattendues des impôts. Ces accords sont parfois appelés "accords de stabilisation des impôts". Il se peut toutefois 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. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 122 à 125).

36. La plupart des régimes fiscaux nationaux ressortissent à l'une de 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.

37. 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 la société de projet n'ait pas, dans le pays hôte, le même statut que dans son pays d'origine. Dans le cas où les avoirs affectés au projet deviennent propriété publique, le concessionnaire risque d'être empêché de déduire leur amortissement aux fins de l'impôt dans son pays d'origine.

38. Un problème particulier, dans le cas des 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.

39. En définitive, c'est l'effet cumulé 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: impôt sur les ventes, parfois appelé impôt 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 également.

### 10. Règles et pratiques comptables

40. Dans plusieurs pays, la loi fait obligation aux sociétés de suivre des pratiques comptables normalisées internationalement acceptables et de recourir aux services de comptables professionnels ou de vérificateurs des comptes, l'un des objectifs recherchés étant notamment de pouvoir appliquer des méthodes d'évaluation uniformes des entreprises. Des pratiques comptables normalisées peuvent aussi, pour la sélection du concessionnaire, faciliter l'évaluation de la solvabilité des soumissionnaires afin de déterminer s'ils répondent aux critères de présélection fixés par l'autorité contractante (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 38 à 40). 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 le suivi de la performance du concessionnaire par l'organisme réglementaire (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 39 à 46).

41. 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, notamment 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.

### 11. Protection de l'environnement

42. 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. 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 au charbon, transport d'électricité, routes et chemins de fer).

43. Il est donc souhaitable d'inclure dans la législation des mesures qui rendent transparentes les obligations découlant des lois sur la protection de l'environnement. Il est important 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 nécessaires pour obtenir les autorisations requises sont réunies. Dans certains pays, des autorités publiques spéciales 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.

44. L'adhésion aux traités relatifs à la protection de l'environnement peut contribuer à renforcer le régime international en la matière. Un grand nombre d'instruments internationaux ont été élaborés ces dernières décennies pour mettre en place des normes internationales communes. On peut citer notamment le programme Action 21[6] et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[7], 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, annexe), 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.

### 12. Droit relatif à la protection des consommateurs

45. 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 (voir aussi chap. VI, "Règlement des différends", ___) ou d'autres mesures de protection.

46. 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 contreviennent à des clauses essentielles de leur contrat ou à des conditions essentielles de la fourniture des services.

---

[6]Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.E.93.I.8 et rectificatifs), vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence*, résolution 1, annexe II.

[7]Ibid., annexe I.

### 13. Droit de l'insolvabilité

47. 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 à l'autorité contractante de prendre les mesures nécessaires pour assurer la continuité du projet (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ___). 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 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", par. 58). 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.

48. La législation devra régler un certain nombre de questions, dont les suivantes: l'ordre de priorité des créanciers; la relation 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.

49. Dans les grands projets d'infrastructure, l'insolvabilité de la société de projet affectera souvent 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.

### 14. Mesures anticorruption

50. 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. Il est particulièrement important pour le pays hôte d'adopter des mesures efficaces et concrètes pour combattre la corruption active et les pratiques illicites connexes, et notamment de veiller à faire respecter les dispositions législatives et réglementaires existantes interdisant la corruption.

51. 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 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.

52. Il est important en outre que les règles relatives au fonctionnement des autorités contractantes et à la surveillance des marchés publics garantissent le degré requis de transparence et d'intégrité. Lorsque de telles règles n'existent pas, des textes législatifs et réglementaires appropriés devraient être élaborés et adoptés. 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.

## C. ACCORDS INTERNATIONAUX

53. En plus de 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, outre ceux qui sont mentionnés dans l'ensemble du *Guide*, sont brièvement examinés ci-dessous.

### 1. Appartenance aux institutions financières multilatérales

54. 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 (telles la clause de non-nantissement d'avoirs du

domaine public et la 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

55. 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

56. 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'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.

57. 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.9/471/Add.9

# ENSEMBLE DES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

## TABLE DES MATIÈRES


| | | *Recommandations* | *Pages* |
|---|---|---|---|
| I. | CADRE LÉGISLATIF ET INSTITUTIONNEL GÉNÉRAL | 1-11 | 198 |
| | Cadre constitutionnel et législatif | 1 | 198 |
| | Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions | 2-5 | 198 |
| | Coordination administrative | 6 | 198 |
| | Fonction de réglementation des services d'infrastructure | 7-11 | 198 |
| II. | RISQUES DE PROJET ET APPUI DES POUVOIRS PUBLICS | 12-13 | 199 |
| | Risques de projet et répartition des risques | 12 | 199 |
| | Appui des pouvoirs publics | 13 | 199 |
| III. | SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE | 14-38 | 199 |
| | Considérations générales | 14 | 199 |
| | Présélection des soumissionnaires | 15-17 | 199 |
| | Procédure de sollicitation de propositions | 18-27 | 199 |
| | Négociations directes | 28-29 | 200 |
| | Propositions spontanées | 30-35 | 201 |
| | Procédure de recours | 36 | 201 |
| | Avis d'attribution du projet | 37 | 202 |
| | Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution | 38 | 202 |
| IV. | CONSTRUCTION ET EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE | 39-59 | 202 |
| | Dispositions générales de l'accord de projet | 39-40 | 202 |
| | Organisation du concessionnaire | 41-42 | 202 |
| | Site du projet et servitudes | 43-44 | 202 |
| | Arrangements financiers | 45-47 | 202 |
| | Sûretés | 48 | 202 |
| | Cession de la concession | 49 | 202 |
| | Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet | 50 | 203 |
| | Travaux de construction | 51 | 203 |
| | Exploitation de l'infrastructure | 52-54 | 203 |
| | Arrangements contractuels généraux | 55-59 | 203 |
| V. | DURÉE, PROROGATION ET RÉSILIATION DE L'ACCORD DE PROJET | 60-67 | 204 |
| | Durée et prorogation de l'accord de projet | 60-61 | 204 |
| | Résiliation de l'accord de projet | 62-64 | 204 |
| | Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet | 65-67 | 204 |
| VI. | RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS | 68-70 | 205 |
| | Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire | 68-68 *bis* | 205 |
| | Différends entre le concessionnaire et ses prêteurs, sous-traitants et fournisseurs | 69 | 205 |
| | Différends entre le concessionnaire et ses clients | 70 | 205 |

## AVANT-PROPOS

Chacun des chapitres du *Guide* contient un ensemble de principes recommandés intitulés "Recommandations concernant la législation". Ces recommandations ont pour objet d'aider à la mise en place d'un cadre législatif favorable aux projets d'infrastructure à financement privé. Elles sont suivies de notes qui offrent une introduction analytique comportant des références aux questions financières, réglementaires et juridiques ainsi qu'aux questions de politique et autres questions liées au sujet examiné. Le texte intégral de toutes les Recommandations concernant la législation qui figurent dans le *Guide* est reproduit ci-après à toutes fins utiles. Il est conseillé de lire ces recommandations en même temps que les notes, qui donnent des informations générales permettant de mieux les comprendre.

Les Recommandations concernant la législation portent sur des questions qu'il est important de traiter dans les textes législatifs ayant spécifiquement trait aux projets d'infrastructure à financement privé. Elles n'abordent pas d'autres domaines du droit qui, comme il est indiqué dans les notes, ont également un impact sur ce type de projets. Par ailleurs, pour que des projets d'infrastructure à financement privé puissent être menés à bien, il faut généralement plus que la mise en place d'un cadre législatif approprié, notamment des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, des ressources humaines et financières appropriées ainsi qu'une économie stable.

*Il est recommandé aux pays hôtes souhaitant promouvoir des projets d'infrastructure à financement privé d'appliquer dans leur droit interne les principes ci-après:*

## I. CADRE LÉGISLATIF ET INSTITUTIONNEL GÉNÉRAL

### Cadre constitutionnel et législatif (voir chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 2 à 14)

*Recommandation 1.* Le cadre législatif et institutionnel nécessaire à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé devrait avoir pour objectif d'assurer la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets. Toutes restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures devraient être éliminées.

### Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions (voir chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 15 à 22)

*Recommandation 2.* La loi devrait spécifier les autorités publiques du pays hôte (à savoir, selon qu'il convient, les autorités nationales, provinciales et locales) habilitées à conclure des accords pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé.

*Recommandation 3.* Les projets d'infrastructure à financement privé peuvent comprendre des concessions pour la construction et l'exploitation de nouveaux ouvrages et de nouveaux systèmes ou pour la maintenance, la modernisation, l'expansion et l'exploitation d'ouvrages et de systèmes existants.

*Recommandation 4.* La loi devrait spécifier les secteurs ou les types d'infrastructures pour lesquels des concessions peuvent être attribuées.

*Recommandation 5.* La loi devrait spécifier dans quelle mesure une concession peut s'étendre à l'ensemble de la région relevant de la compétence de l'autorité contractante ou seulement à une subdivision géographique de cette région ou encore à un projet particulier, et si elle peut être attribuée avec ou sans droit d'exclusivité, selon les cas, conformément aux règles et principes de droit, aux dispositions législatives, à la réglementation et aux politiques s'appliquant au secteur visé. Les autorités contractantes pourraient être habilitées à s'unir pour attribuer des concessions lorsque la compétence de chacune d'entre elles est en jeu.

### Coordination administrative (voir chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 23 à 29)

*Recommandation 6.* Des mécanismes institutionnels devraient être établis afin de coordonner les activités des autorités publiques chargées de délivrer les approbations, licences, permis ou autorisations requis pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l'exploitation des ouvrages du type proposé.

### Fonction de réglementation des services d'infrastructure (voir chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général, par. 30 à 53)

*Recommandation 7.* La fonction de réglementation des services d'infrastructure ne devrait pas être confiée à des entités qui fournissent directement ou indirectement des services d'infrastructure.

*Recommandation 8.* La fonction de réglementation devrait être confiée à des organismes fonctionnellement indépendants et ayant une autonomie suffisante, de manière à ce que les décisions soient prises sans ingérence politique ou pressions inopportunes des exploitants d'infrastructures et des prestataires de services publics.

*Recommandation 9.* Les règles régissant les procédures de réglementation devraient être publiées. Les décisions touchant à la réglementation devraient être motivées et accessibles aux parties intéressées par voie de publication ou par d'autres moyens.

*Recommandation 10.* La loi devrait établir des procédures transparentes en vertu desquelles le concessionnaire pourrait demander une révision des décisions touchant à la réglementation par un organisme indépendant et impartial et énoncer les motifs pouvant fonder une demande de révision ainsi que les possibilités de recours judiciaire.

*Recommandation 11.* Des procédures spéciales devraient être établies, s'il y a lieu, pour régler les différends entre les prestataires de services publics concernant les infractions présumées aux lois et réglementations régissant le secteur visé.

## II. RISQUES DE PROJET ET APPUI DES POUVOIRS PUBLICS

### Risques de projet et répartition des risques (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29)

*Recommandation 12.* Aucune limitation légale ou réglementaire inutile ne devrait limiter la faculté de l'autorité contractante de convenir d'une répartition des risques adaptée aux besoins du projet.

### Appui des pouvoirs publics (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics'', par. 30 à 60)

*Recommandation 13.* La loi devrait clairement indiquer les autorités publiques du pays hôte qui sont autorisées à fournir un appui financier ou économique pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé et quelles formes cet appui peut revêtir.

## III. SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE

### Considérations générales (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 1 à 33)

*Recommandation 14.* La loi devrait prévoir la sélection du concessionnaire au moyen d'une procédure ouverte, transparente, efficace et adaptée aux exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé.

### Présélection des soumissionnaires (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 34 à 50)

*Recommandation 15.* Les soumissionnaires devraient faire la preuve qu'ils satisfont aux critères de présélection ci-après, que l'autorité contractante juge appropriés pour le projet visé:

*a)* Posséder les qualifications professionnelles et techniques, les ressources humaines, les équipements et autres moyens matériels nécessaires pour mener à bien toutes les phases du projet, à savoir la conception, la construction, l'exploitation et la maintenance;

*b)* Être en mesure de gérer les aspects financiers du projet et de faire face sur le long terme aux besoins de financement pour la conception, la construction et l'exploitation;

*c)* Posséder des capacités de gestion et d'organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'infrastructures publiques.

*Recommandation 16.* Les soumissionnaires devraient être autorisés à constituer des consortiums pour soumettre leurs propositions, à condition que chacun des membres d'un consortium présélectionné ne puisse participer, directement ou par l'intermédiaire de filiales, qu'à un seul consortium soumissionnaire.

*Recommandation 17.* L'autorité contractante devrait établir une liste restreinte des soumissionnaires présélectionnés qui seront ultérieurement invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée.

### Procédure de sollicitation de propositions (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 51 à 84)

*Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes*

*Recommandation 18.* Une fois la procédure de présélection terminée, l'autorité contractante devrait inviter les soumissionnaires présélectionnés à soumettre des propositions définitives.

*Recommandation 19.* Nonobstant ce qui précède, l'autorité contractante peut recourir à une procédure en deux étapes pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés, lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir un cahier des charges ou des indicateurs de résultats et des clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après s'appliquent:

*a)* L'autorité contractante devrait tout d'abord inviter les soumissionnaires présélectionnés à soumettre des propositions sur la base des spécifications concernant le produit demandé et d'autres caractéristiques du projet ainsi que des clauses contractuelles proposées;

*b)* L'autorité contractante peut réunir les soumissionnaires afin de clarifier certains points de la sollicitation initiale de propositions;

*c)* Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser le cahier des charges et les clauses contractuelles initiaux avant de publier une sollicitation définitive de propositions.

*Teneur de la sollicitation définitive de propositions*

*Recommandation 20.* La sollicitation définitive de propositions devrait inclure au minimum les renseignements suivants:

*a)* Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions;

*b)* Cahier des charges et indicateurs de résultats, selon qu'il convient, y compris les exigences de l'autorité contractante concernant les normes de sûreté et de sécurité ainsi que le respect de l'environnement;

*c)* Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante;

*d)* Critères d'évaluation des propositions, importance relative à accorder à chacun de ces critères et manière de les appliquer dans l'évaluation des propositions.

*Éclaircissements et modifications*

*Recommandation 21.* L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, modifier la sollicitation définitive de propositions en publiant des additifs dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions.

*Critères d'évaluation*

*Recommandation 22.* Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques devraient permettre de déterminer la mesure dans laquelle la proposition présentée par le soumissionnaire peut satisfaire les besoins de l'autorité contractante, et porter notamment sur les éléments suivants:

*a)* Rationalité technique;

*b)* Faisabilité opérationnelle;

*c)* Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité;

*d)* Potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

*Recommandation 23.* Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales peuvent inclure, selon qu'il convient:

*a)* La valeur courante des péages, redevances et autres charges proposés pendant la période de la concession;

*b)* La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante devra effectuer, le cas échéant;

*c)* Le coût des activités de conception et de construction, les frais annuels d'exploitation et de maintenance, la valeur courante des dépenses d'investissement et des frais d'exploitation et de maintenance;

*d)* L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, des pouvoirs publics;

*e)* La rationalité des arrangements financiers proposés;

*f)* La conformité des propositions aux clauses contractuelles proposées.

*Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions*

*Recommandation 24.* L'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques et commerciaux qui doivent être pris en considération dans les propositions, conformément aux critères énoncés dans la sollicitation de propositions. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils devraient être considérées comme non conformes.

*Recommandation 25.* Qu'elle ait ou non recouru à une procédure de présélection, l'autorité contractante peut conserver le droit d'exiger des soumissionnaires qu'ils confirment leurs qualifications conformément aux critères et procédures énoncés dans la sollicitation de propositions ou dans le dossier de présélection, selon qu'il convient. En cas de procédure de présélection, les critères seront les mêmes que ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.

*Négociations finales*

*Recommandation 26.* L'autorité contractante devrait classer toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et inviter à une négociation finale le soumissionnaire qui a présenté la proposition ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne peuvent pas porter sur les clauses contractuelles déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.

*Recommandation 27.* Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un accord de projet, elle devrait informer ce dernier qu'elle y met fin et inviter ensuite les autres soumissionnaires à des négociations en fonction de leur note jusqu'à ce qu'elle parvienne à un accord de projet ou rejette toutes les propositions restantes.

### Négociations directes (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 85 à 96)

*Recommandation 28.* La loi devrait énoncer les cas exceptionnels dans lesquels l'autorité contractante peut être autorisée par une autorité supérieure à sélectionner le concessionnaire par voie de négociations directes, tels que les cas suivants:

*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;

*b)* Lorsque les projets sont de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas un faible montant spécifié;

*c)* Pour des raisons de défense ou de sécurité nationales;

*d)* Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé (par exemple, en raison de la nécessité d'utiliser une technologie brevetée ou un savoir-faire unique);

*e)* Lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou une sollicitation de propositions a été publiée sans résultat, ou lorsque aucune proposition n'a satisfait aux critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions, et lorsque, de l'avis de l'autorité contractante, la publication d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet;

*f)* Autres cas où l'autorité supérieure du pays hôte autorise une telle exception pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

*Recommandation 29.* La loi peut imposer la procédure ci-après pour les négociations directes:

*a)* L'autorité contractante devra publier un avis d'ouverture de la procédure de négociation et mener des négociations avec un nombre aussi grand que possible de sociétés jugées capables d'exécuter le projet en fonction des circonstances;

*b)* L'autorité contractante devra fixer les critères de qualification et d'évaluation des propositions, les faire connaître aux soumissionnaires et déterminer l'importance relative à accorder à chacun d'entre eux ainsi que la manière dont ils devront être appliqués dans l'évaluation des propositions;

*c)* L'autorité contractante devra traiter les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents;

*d)* Toutes négociations de ce type entre l'autorité contractante et les soumissionnaires devront être confidentielles, et une partie aux négociations ne devra révéler à aucune autre personne des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie;

*e)* À l'issue des négociations, l'autorité contractante devra prier tous les soumissionnaires qui restent en compétition de soumettre, avant une date donnée, leur meilleure offre définitive pour tous les éléments de leur proposition;

*f)* Les propositions devront être évaluées et notées conformément aux critères d'évaluation fixés par l'autorité contractante.

### Propositions spontanées (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 97 à 117)

*Recommandation 30.* À titre d'exception aux procédures de sélection décrites dans les recommandations 12 à 25, l'autorité contractante peut être autorisée à examiner des propositions spontanées conformément à une procédure spécifique prévue par la loi à cette fin, à condition que ces propositions 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*

*Recommandation 31.* Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante devrait faire savoir à son auteur, dans un délai raisonnablement court, si le projet présente ou non un intérêt général potentiel. Dans l'affirmative, elle devrait l'inviter à soumettre une proposition officielle suffisamment détaillée pour qu'il soit possible d'évaluer de façon satisfaisante le concept ou la technologie et déterminer si la proposition répond aux conditions imposées par la loi et est susceptible d'être appliquée avec succès à l'échelle prévue dans le projet proposé.

*Recommandation 32.* L'auteur de la proposition devrait conserver la propriété de tous les documents soumis pendant toute la procédure et ces documents devraient lui être restitués si la proposition est rejetée.

*Procédure d'examen des propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés*

*Recommandation 33.* L'autorité contractante devrait entamer une procédure de sélection ouverte au titre des recommandations 12 à 25 ci-dessus s'il s'avère que l'exécution du projet est possible sans recours à un procédé, des plans, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition spontanée possède des droits exclusifs, ou si le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent. L'auteur de la proposition spontanée devrait être invité à participer à cette procédure et pourrait bénéficier d'un avantage du fait de cette soumission.

*Procédure de traitement des propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés*

*Recommandation 34.* S'il apparaît qu'il ne serait pas possible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des plans, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition spontanée possède des droits exclusifs, l'autorité contractante devrait rechercher des éléments de comparaison. À cette fin, elle devrait publier une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions différentes ou comparables dans un délai donné raisonnable.

*Recommandation 35.* L'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition spontanée si aucune autre proposition n'a été reçue, sous réserve de l'approbation d'une autorité supérieure. Si d'autres propositions sont soumises, l'autorité contractante devrait inviter tous leurs auteurs à participer à des négociations conformément aux dispositions *b* à *f* de la recommandation 28.

### Procédure de recours (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 118 à 122)

*Recommandation 36.* Les soumissionnaires qui déclarent avoir subi, ou qui peuvent subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée

à l'autorité contractante par la loi peuvent introduire un recours contre les actes de l'autorité contractante conformément aux lois du pays hôte.

### Avis d'attribution du projet (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 123)

*Recommandation 37.* L'autorité contractante devrait faire publier un avis d'attribution du projet. Cet avis devrait donner la désignation du concessionnaire et un résumé des principales clauses de l'accord de projet.

### Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 124 à 130)

*Recommandation 38.* L'autorité contractante devrait dûment conserver les actes et principales informations liés aux procédures de sélection et d'attribution.

## IV. CONSTRUCTION ET EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE

### Dispositions générales de l'accord de projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 1 à 11)

*Recommandation 39.* La loi pourrait indiquer les principales clauses devant figurer dans l'accord de projet, qui pourraient comprendre les clauses mentionnées dans les recommandations 39 à 65 ci-après.

*Recommandation 40.* Sauf disposition contraire, l'accord de projet est régi par la loi du pays hôte.

### Organisation du concessionnaire (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 12 à 18)

*Recommandation 41.* L'autorité contractante devrait avoir la possibilité d'exiger des soumissionnaires sélectionnés qu'ils constituent une entité juridique indépendante ayant son siège dans le pays.

*Recommandation 42.* L'accord de projet devrait préciser le capital minimal de la société de projet ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante des statuts de cette société et des modifications essentielles de ces statuts.

### Site du projet et servitudes (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 19 à 32)

*Recommandation 43.* L'accord de projet devrait préciser, lorsqu'il y a lieu, les actifs qui seront la propriété de l'État et ceux qui seront la propriété privée du concessionnaire. L'accord de projet devrait indiquer les actifs que le concessionnaire est tenu de transférer à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet; les actifs que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, racheter au concessionnaire et les actifs que le concessionnaire peut librement retirer ou dont il peut librement disposer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet.

*Recommandation 44.* L'autorité contractante devrait aider le concessionnaire à acquérir les servitudes nécessaires à l'exploitation, à la construction et à la maintenance de l'ouvrage. La loi pourrait autoriser le concessionnaire à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y fixer des installations selon les besoins de l'exploitation, de la construction et de la maintenance de l'ouvrage.

### Arrangements financiers (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 33 à 51)

*Recommandation 45.* La législation devrait permettre au concessionnaire de percevoir des redevances ou droits d'utilisation pour l'utilisation de l'installation ou des services qu'elle fournit. L'accord de projet devrait prévoir des méthodes et formules d'ajustement de ces redevances ou droits.

*Recommandation 46.* Lorsque les redevances ou droits demandés par le concessionnaire sont soumis au contrôle externe d'un organisme de réglementation, la loi devrait énoncer les mécanismes de révision périodique et extraordinaire des formules d'ajustement.

*Recommandation 47.* L'autorité contractante devrait être habilitée, s'il y a lieu, à convenir d'effectuer des versements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des redevances que doivent acquitter les utilisateurs ou à s'engager à acheter des quantités déterminées de biens ou de services.

### Sûretés (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 52 à 61)

*Recommandation 48.* Le concessionnaire devrait avoir la charge de mobiliser les fonds nécessaires pour construire et exploiter l'ouvrage et, à cette fin, il devrait avoir le droit d'obtenir tout financement requis pour le projet en constituant une sûreté sur l'un quelconque de ses biens, en nantissant les actions de la société de projet, en nantissant le produit et les créances provenant de la concession ou en constituant toute autre sûreté appropriée sans préjudice de toute règle de droit pouvant interdire la constitution de sûretés sur un bien public détenu par le concessionnaire.

### Cession de la concession (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 62 et 63)

*Recommandation 49.* L'accord de projet devrait énoncer les conditions auxquelles l'autorité contractante peut

donner son consentement à la cession de la concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de l'accord de projet et la production par ce dernier de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service. La concession ne devrait pas être cédée à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante.

### Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 64 à 68)

*Recommandation 50.* Le transfert d'un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire peut être soumis à l'assentiment de l'autorité contractante.

### Travaux de construction (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 69 à 79)

*Recommandation 51.* L'accord de projet devrait énoncer les procédures d'examen et d'approbation des plans et spécifications de l'ouvrage, le droit de l'autorité contractante de surveiller la construction dudit ouvrage ou les améliorations apportées à celui-ci, les conditions auxquelles elle peut ordonner des modifications des spécifications et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage, de ses équipements et de ses dépendances.

### Exploitation de l'infrastructure (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 80 à 97)

*Recommandation 52.* L'accord de projet devrait énoncer, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

*a)* L'adaptation du service afin de répondre à la demande effective de ce service;

*b)* La continuité du service;

*c)* La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques à tous les usagers;

*d)* L'accès non discriminatoire, selon qu'il convient, d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques exploité par le concessionnaire.

*Recommandation 53.* L'accord de projet devrait indiquer:

*a)* La mesure dans laquelle le concessionnaire est tenu de fournir à l'autorité contractante ou à un organisme de réglementation, selon le cas, des rapports et d'autres informations sur ses activités;

*b)* Les procédures permettant de suivre les résultats du concessionnaire et de prendre les mesures raisonnables que l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peut juger appropriées pour veiller à ce que l'ouvrage soit correctement exploité et que les services soient fournis conformément aux dispositions légales et contractuelles applicables.

*Recommandation 54.* Le concessionnaire devrait avoir le droit de publier et de faire appliquer les règles relatives à l'utilisation de l'ouvrage, sous réserve de l'approbation de l'autorité contractante ou d'un organisme de réglementation.

### Arrangements contractuels généraux (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 98 à 150)

*Recommandation 55.* L'autorité contractante peut se réserver le droit d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou des personnes ayant un lien avec lui. En principe, l'autorité contractante ne devrait pas refuser de donner son approbation, sauf si les contrats contiennent des dispositions incompatibles avec l'accord de projet ou manifestement contraires à l'intérêt général ou aux règles impératives relevant du droit public.

*Recommandation 56.* Le concessionnaire et ses prêteurs, assureurs et autres cocontractants devraient être libres de choisir la loi qui régira leurs relations contractuelles, sauf lorsqu'un tel choix irait à l'encontre de l'ordre public du pays hôte.

*Recommandation 57.* L'accord de projet devrait énoncer:

*a)* Les formes, la durée et les montants des garanties de résultat que le concessionnaire peut être tenu de fournir pour la construction et l'exploitation de l'ouvrage;

*b)* Les polices d'assurance que le concessionnaire peut être tenu de souscrire;

*c)* L'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit à la suite de modifications de la législation ou d'autres changements de la situation économique ou financière rendant l'exécution de l'obligation sensiblement plus onéreuse que ce qui était initialement prévu. L'accord de projet devrait prévoir par ailleurs des mécanismes de révision, en cas de tels changements, des clauses qui y figurent;

*d)* La mesure dans laquelle chacune des parties peut être exonérée de sa responsabilité en cas de défaut d'exécution ou de retard dans l'exécution de toute obligation prévue dans l'accord de projet en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable;

*e)* Les voies de recours ouvertes à l'autorité contractante et au concessionnaire en cas de défaillance de l'autre partie.

*Recommandation 58.* L'accord de projet devrait énoncer les cas dans lesquels l'autorité contractante peut temporairement assurer l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions, en cas de manquement grave du concessionnaire à ses obligations.

*Recommandation 59.* L'autorité contractante devrait être autorisée à conclure avec les prêteurs des accords prévoyant la désignation, avec l'assentiment de ladite autorité, d'un nouveau concessionnaire dans le cadre de l'accord de projet en vigueur, si le concessionnaire original manque gravement à l'obligation de fournir le service requis ou si surviennent d'autres événements donnés pouvant justifier la résiliation de l'accord de projet.

## V. DURÉE, PROROGATION ET RÉSILIATION DE L'ACCORD DE PROJET

### Durée et prorogation de l'accord de projet (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet, par. ___)

*Recommandation 60.* La durée de la concession devrait être précisée dans l'accord de projet.

*Recommandation 61.* La concession ne devrait pas être prorogée, sauf dans les cas prévus par la loi, tels que les suivants:

*a)* Retard d'achèvement ou interruption de l'exploitation dus à des événements échappant au contrôle raisonnable des parties;

*b)* Suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques;

*c)* Pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans l'accord de projet et que le concessionnaire ne serait pas en mesure d'amortir pendant la durée normale de l'accord de projet.

### Résiliation de l'accord de projet (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. ____)

*Résiliation par l'autorité contractante*

*Recommandation 62.* L'autorité contractante devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet:

*a)* Lorsqu'on ne peut plus raisonnablement s'attendre que le concessionnaire puisse ou veuille exécuter ses obligations, en raison de son insolvabilité, d'une défaillance grave ou pour d'autres motifs;

*b)* Pour des raisons d'intérêt général, sous réserve de l'octroi de dommages-intérêts au concessionnaire.

*Résiliation par le concessionnaire*

*Recommandation 63.* Le concessionnaire devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet dans des cas exceptionnels spécifiés dans la loi, tels que les suivants:

*a)* Défaillance grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique dans l'exécution de ses obligations conformément à l'accord de projet;

*b)* Exécution des obligations du concessionnaire rendue sensiblement plus onéreuse en raison d'ordres de modifications ou d'autres actes de l'autorité contractante, de changements imprévus des conditions ou d'actes d'autres autorités publiques, et absence de convention entre les parties sur une révision appropriée de l'accord de projet.

*Résiliation par l'une ou l'autre partie*

*Recommandation 64.* L'une ou l'autre des parties devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties devraient en outre avoir le droit de résilier l'accord de projet par consentement mutuel.

### Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. ____)

*Transfert d'actifs à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire*

*Recommandation 65.* L'accord de projet devrait indiquer les critères permettant de fixer, selon qu'il convient, l'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit pour des actifs transférés à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire ou achetés par l'autorité contractante à l'expiration ou lors de la résiliation de l'accord de projet.

*Arrangements financiers lors de la résiliation*

*Recommandation 66.* L'accord de projet devrait spécifier les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation de l'accord de projet, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application de l'accord de projet et les dommages-intérêts pour préjudice subi, y compris pour manque à gagner.

*Liquidation et mesures transitoires*

*Recommandation 67.* L'accord de projet devrait indiquer, selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

*a)* Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;

*b)* La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;

*c)* La prestation, par le concessionnaire, des services d'exploitation et de maintenance et la fourniture de pièces détachées, si besoin est, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire.

## VI. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

### Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire (voir chap. VI, "Règlement des différends", par. ___)

*Recommandation 68.* L'autorité contractante devrait être libre de convenir de mécanismes de règlement des différends considérés par les parties comme adaptés aux besoins du projet, y compris l'arbitrage.

[*Recommandation 68* bis. La loi devrait indiquer si — et, dans l'affirmative, dans quelle mesure — l'autorité contractante peut opposer l'immunité souveraine, à la fois pour empêcher l'ouverture d'une procédure arbitrale ou judiciaire et comme moyen de défense contre l'application de la sentence ou du jugement.]

### Différends entre le concessionnaire et ses prêteurs, sous-traitants et fournisseurs (voir chap. VI, "Règlement des différends", par. ___)

*Recommandation 69.* Le concessionnaire devrait être libre de choisir les mécanismes appropriés pour régler les différents commerciaux entre les promoteurs du projet ou entre le concessionnaire et ses prêteurs, sous-traitants, fournisseurs et autres partenaires commerciaux.

### Différends entre le concessionnaire et ses clients (voir chap. VI, "Règlement des différends", par. ___)

*Recommandation 70.* Le concessionnaire peut être tenu de prévoir des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les plaintes déposées par ses clients ou les usagers de l'infrastructure.

# II. 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 trente et unième session (Vienne, 11-22 octobre 1999)

**(A/CN.9/466) [Original: anglais]**

### TABLE DES MATIÈRES


| | | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|---|
| I. | INTRODUCTION | 1-17 | 208 |
| II. | DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS | 18-19 | 210 |
| III. | PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES [À DES FINS DE FINANCEMENT] [DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL]* | 20-164 | 210 |
| | Article 24. Droits concurrents de plusieurs cessionnaires | 20-24 | 210 |
| | "Localisation" des parties | 25-30 | 211 |
| | Article 25. Droits concurrents du cessionnaire et des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité | 32-41 | 212 |
| | Article 26. Droits concurrents sur le produit de la cession | 42-53 | 213 |
| | Article 4. Exclusions | 54-86 | 215 |
| | Article 2. Cession de créances | 87-91 | 221 |
| | Article 3. Internationalité | 92-93 | 221 |
| | Article 5. Définitions et principes d'interprétation | 94-95 | 221 |
| | "Localisation" des parties *(suite)* | 96-100 | 222 |
| | Forme de la cession | 101-103 | 223 |
| | Article 10. Limitations contractuelles à la cession | 104-106 | 223 |
| | Article 12. Limitations concernant les gouvernements et autres entités publiques | 107-115 | 224 |
| | Article 15. Droit de notifier la cession au débiteur | 116-117 | 225 |
| | Article 16. Droit du cessionnaire à recevoir paiement | 118-123 | 225 |
| | Article 19. Paiement libératoire du débiteur | 124-132 | 226 |
| | Article 20. Exceptions et droit à compensation du débiteur | 133-136 | 227 |
| | Article 21. Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droit à compensation | 137-140 | 227 |
| | Article 22. Modification du contrat initial | 141-142 | 228 |
| | Article 23. Restitution des paiements | 143-144 | 228 |
| | Champ d'application et objet du chapitre V | 145-149 | 228 |
| | Article 27. Loi applicable au contrat de cession | 150-153 | 229 |
| | Article 28. Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur | 154-158 | 230 |
| | Article 29. Loi applicable aux conflits de priorité | 159-160 | 230 |
| | Article 30. Règles impératives | 161-162 | 230 |
| | Article 31. Ordre public | 163-164 | 231 |


*Ne figurent dans le présent rapport que les articles et les questions examinés à la session. À l'exception de la proposition concernant la localisation des parties, les questions sont présentées dans l'ordre où elles ont été examinées. L'annexe du présent rapport contient l'ensemble du texte de projet de Convention ainsi que son annexe, tels qu'adoptés par le Groupe de travail.

| | | Paragraphes | Pages |
|---|---|---|---|
| IV. | ANNEXE DU PROJET DE CONVENTION | 165-191 | 231 |
| | A. Remarques générales | 165-166 | 231 |
| | B. Examen des projets d'articles de l'annexe | 167-187 | 231 |
| | Section I. Règles de priorité fondées sur l'enregistrement | 167-170 | 231 |
| | Article 1. Priorité entre plusieurs cessionnaires | 167-168 | 231 |
| | Article 2. Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant | 169-170 | 232 |
| | Section II. Enregistrement | 171-180 | 232 |
| | Article 3. Création d'un système d'enregistrement | 171-172 | 232 |
| | Article 4. Enregistrement | 173-178 | 232 |
| | Article 5. Recherches dans le registre | 179-180 | 233 |
| | Section III. Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession | 181-187 | 233 |
| | Article 6. Priorité entre plusieurs cessionnaires | 181-185 | 233 |
| | Article 7. Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant | 186-187 | 234 |
| | C. Proposition concernant l'application de l'annexe | 188-191 | 234 |
| V. | CLAUSES FINALES DU PROJET DE CONVENTION | 192-208 | 235 |
| | Article 33. Conflits avec des accords internationaux | 192-195 | 235 |
| | Article 34. Application du chapitre V | 196-197 | 236 |
| | Article 35. Autres exclusions | 198-201 | 236 |
| | Article 36. Application de l'annexe | 202-203 | 236 |
| | Article 37. Règles ou procédures d'insolvabilité sur lesquelles la Convention n'a pas d'incidence | 204-205 | 236 |
| | Dispositions relatives à l'application transitoire du projet de Convention | 206 | 236 |
| | Révision et amendements | 207-208 | 236 |
| VI. | RAPPORT DU GROUPE DE RÉDACTION | 209-214 | 237 |
| VII. | TRAVAUX FUTURS | 215 | 238 |

*Annexes*

| | | |
|---|---|---|
| I. | Texte complet du projet de Convention | 238 |
| II. | Renumérotation des articles du projet de Convention | 246 |


## I. 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 était la huitième 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 XXI[e] 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.

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

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

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[2].

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[3].

6. À ses vingt-cinquième et vingt-sixième sessions (New York, 8-19 juillet 1996, et Vienne, 11-22 novembre 1996), le Groupe 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 respectivement). 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 aux conflits de lois (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[4]. 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[5].

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-septième session, il a 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, il a adopté, quant au fond, les projets d'articles 14 à 16, concernant la relation entre le cédant et le cessionnaire, et les projets d'articles 18 à 22, portant sur la relation entre le cessionnaire et le débiteur (A/CN.9/447, par. 161 à 164).

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 félicitée des travaux effectués et a prié le Groupe de travail de poursuivre sa tâche sans délai en vue de l'achever en 1999 et de lui soumettre le projet de Convention pour adoption à sa trente-troisième session (2000)[6].

10. À ses vingt-neuvième et trentième sessions (Vienne, 5-16 octobre 1998, et New York, 1er-12 mars 1999), le Groupe de travail a examiné trois notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.96, A/CN.9/WG.II/WP.98 et A/CN.9/WG.II/WP.102), ainsi qu'une note renfermant le rapport d'un groupe d'experts établi par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (A/CN.9/WG.II/WP.99). À ces sessions, le Groupe de travail a adopté, quant au fond, le préambule et les paragraphes 1 et 2 du projet d'article premier, les alinéas *g* à *j* du projet d'article 5, le paragraphe 5 *bis* du projet d'article 18 et les projets d'articles 23 à 33 et 41 à 50 (A/CN.9/455, par. 17) de même que l'intitulé, le préambule et les projets d'articles 1er à 24 (A/CN.9/456, par. 18).

11. À sa trente-deuxième session (1999), 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). Elle s'est félicitée de l'œuvre accomplie 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[7].

12. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu la présente session à Vienne du 11 au 22 octobre 1999. Ont assisté à la session les représentants des États membres suivants: Algérie, Allemagne, Australie, Autriche, Bulgarie, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis

[2] *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.

[3] Ibid., *cinquante et unième session*, *Supplément n° 17* (A/51/17), par. 234.

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

[5] Ibid., par. 256.

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

[7] Ibid., *cinquante-quatrième session*, *Supplément n° 17* (A/54/17), par. 330.

d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Honduras, Hongrie, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Lituanie, Mexique, Nigéria, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Thaïlande et Uruguay.

13. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Arabie saoudite, Bénin, Bolivie, Cambodge, Canada, Congo, Gabon, Géorgie, Grèce, Guatemala, Indonésie, Irak, Irlande, Jamahiriya arabe libyenne, Liban, Namibie, Pays-Bas, Pologne, République de Corée, République tchèque, Slovaquie, Suède, Suisse, Tunisie et Turquie.

14. Étaient également représentées par des observateurs les organisations internationales suivantes: Association du barreau de la ville de New York (ACBNY), Commercial Finance Association (CFA), Factors Chain International (FCI), Federación latinoamericana de bancos (FELABAN), Fédération bancaire de l'Union européenne, Fédération européenne des associations de sociétés d'affacturage (EUROPAFACTORING) et Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit).

15. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

*Président:* M. David Morán Bovio (Espagne)

*Rapporteur:* M^me^ Victoria Gavrilescu (Roumanie)

16. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.103), une note du secrétariat intitulée "Projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement: texte accompagné de remarques et de suggestions" (A/CN.9/WG.II/WP.104), et deux autres notes du secrétariat intitulées "Commentaire relatif au projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement" (A/CN.9/WG.II/WP.105 et 106).

17. 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.

## II. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

18. Le Groupe de travail a examiné les questions en suspens définies dans le texte du projet de Convention par les termes entre crochets ou dans les remarques du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.104). Notant que les dispositions du projet de Convention portant sur les conflits de priorité n'avaient pas été examinées suffisamment à fond à la session précédente, le Groupe de travail a décidé de consacrer ses premières délibérations aux projets d'articles 23 à 26 et d'examiner à ce sujet la question de "l'emplacement". Notant aussi l'importance du champ d'application et des exclusions, il a été décidé de traiter des exclusions prévues dans le projet d'article 4 avant de poursuivre l'examen des projets dans l'ordre numérique.

19. Les délibérations et conclusions du Groupe de travail, y compris l'examen des différents projets d'articles, font l'objet des chapitres III à VII. Le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 1-3, 2 à 5, 8, 10 à 12, 16, 19 à 29 et 33 à 42 du projet de Convention ainsi que les projets d'articles 1 à 7 de l'annexe. À l'exception du libellé entre crochets, qui a été renvoyé à la Commission, le Groupe de travail a adopté le projet de Convention et son annexe dans leur intégralité. Ayant achevé ses travaux, il a décidé de soumettre le projet de Convention à la Commission pour adoption à sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000).

## III. PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES [À DES FINS DE FINANCEMENT] [DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL]

### Article 24. *Droits concurrents de plusieurs cessionnaires*

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

"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."

21. Afin d'éviter de laisser à la loi de l'emplacement du cédant des questions qui devaient être traitées par le projet de Convention (par exemple, la question de savoir si un cessionnaire peut donner une notification concernant des créances futures afin d'obtenir la priorité en vertu de la loi de l'emplacement du cédant), le Groupe de travail a décidé d'ajouter au début du paragraphe 1 un libellé similaire aux premiers mots du projet d'article 27-1: "À l'exception des questions qui sont réglées par la présente Convention".

22. Confirmant son interprétation selon laquelle le paragraphe 1 s'applique à un conflit de priorité entre un cessionnaire étranger et un cessionnaire national des mêmes créances nationales provenant du même cédant (A/CN.9/445, par. 22), le Groupe de travail a décidé d'ajouter à la fin du paragraphe 1 le libellé suivant: "Cette règle s'applique même si l'un des cessionnaires est le cessionnaire de créances nationales dans une cession nationale."

23. Il a été demandé si un conflit avec un tiers accordant un financement sur stocks ou un fournisseur de marchandises avec réserve de propriété, qui avait un droit sur le produit de la vente du stock ou des marchandises, serait régi par le projet d'article 24. Il a été répondu que la référence, dans le projet d'article 25-1, aux "créanciers du cédant" était suffisante pour englober des conflits avec des tiers accordant un financement sur stocks et des fournisseurs de marchandises à crédit. Quoi qu'il en soit, il a été déclaré que, si le droit de ces personnes sur le produit était contractuel, elles devraient être considérées comme des cessionnaires.

24. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 24 tel que modifié et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

*"Localisation" des parties*

25. Dans le cadre de l'examen du projet d'article 24, le Groupe de travail a examiné le sens du terme "situé" (défini aux paragraphes *j* et *k* du projet d'article 5). Il s'est fondé pour cela sur un projet établi par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 4 relative au projet d'article 5) qui était libellé comme suit:

"i) une partie est située dans l'État dans lequel elle a son établissement;

ii) si le cédant ou le cessionnaire ont plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat de cession. Si le débiteur a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu;

iii) aux fins des articles 24 à 26, le lieu où s'exerce de facto l'administration centrale d'une entité est réputé être l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat de cession[;

iv) les cédants ou cessionnaires multiples sont situés là où est situé leur agent ou leur mandataire]."

26. Il a été noté que ce texte tentait de se fonder sur les points d'accord qui étaient apparus lors des débats de la session précédente du Groupe de travail. Ces points étaient les suivants: la nécessité de la certitude était beaucoup plus forte dans les dispositions relatives à la priorité que dans les dispositions relatives au champ d'application; le champ d'application du projet de Convention devrait être aussi large que possible; afin de protéger suffisamment le débiteur, du moins pour ce qui est de son emplacement, il faudrait faire référence à l'établissement pertinent; et, à propos des dispositions relatives à la priorité, une solution pourrait être élaborée sur la base de la notion d'administration centrale/siège social d'une entité (A/CN.9/456, par. 35 à 37).

27. Le texte susmentionné a reçu un certain appui. Toutefois, on a craint que l'application de deux règles différentes de localisation n'ait des résultats qui ne seraient pas compatibles. On a également craint que l'adoption du critère de l'administration centrale n'ait pour conséquence des conflits de priorité dans lesquels des succursales seraient, de manière inappropriée, soumises à la loi de la localisation du siège, même si cette dernière juridiction n'avait rien à voir avec les opérations ayant donné lieu à ces conflits. Afin de répondre à ces préoccupations, plusieurs suggestions ont été faites. Selon l'une d'entre elles, il faudrait énoncer une règle plus souple, similaire au projet d'article 5-*k* iv, permettant aux parties de prouver que le lieu de l'administration centrale n'était pas le lieu le plus étroitement lié à l'opération pertinente. On a objecté à cette proposition qu'une telle règle introduirait des incertitudes inacceptables.

28. Selon une autre suggestion, il faudrait énoncer une règle similaire au texte susmentionné, comportant une exception pour les succursales de banques. À l'appui de cette suggestion, il a été noté que, bien que les succursales n'aient pas de personnalité juridique distincte par rapport au siège, elles étaient soumises à la réglementation sur les services financiers du pays dans lequel elles étaient situées pour ce qui était de leurs activités dans ce pays. Il a également été déclaré que l'exception ne ferait référence qu'aux succursales de banques, car il était courant dans la pratique que les banques fonctionnent par l'intermédiaire de succursales, alors que les autres branches d'activité faisaient davantage appel à des filiales, qui étaient des personnes juridiques distinctes, même si elles suivaient les instructions de la société mère. Cette suggestion a suscité un certain intérêt, mais on a estimé qu'il n'y avait pas de raison de limiter cette exception aux succursales de banques. Il a également été déclaré qu'il serait très difficile d'énoncer une exception aussi limitée, car il n'y avait pas de définition universellement acceptée du terme "banque". Il a donc été proposé que l'exception s'applique aux succursales en général. On a objecté que cette suggestion nuirait à la certitude qu'offrait une règle fondée sur l'administration centrale, car les tiers devraient effectuer des recherches pour déterminer à quelle succursale une opération était le plus étroitement liée. Il a été déclaré qu'une double cession des mêmes créances par le siège d'une entreprise et par une succursale pourrait créer des difficultés. On a noté aussi qu'une solution telle que celle qui était proposée dans le texte susmentionné, offrant deux règles différentes de localisation, serait préférable à une seule règle comportant une exception pour les succursales en général.

29. Durant le débat, il a été convenu que l'alinéa iv du texte susmentionné devrait être supprimé. Il a été noté que les cessions par des cédants multiples étaient rares dans la pratique et que, quoi qu'il en soit, le fait que le projet de Convention s'applique à la cession d'un droit sur des créances, qui entrait dans le champ d'application du projet de Convention en vertu du chapitre premier, était une solution appropriée. Pour ce qui est des cessions à des cessionnaires multiples, il a été déclaré que de telles cessions entraient dans le cadre de pratiques bien établies, dans lesquelles les parties réglaient normalement par convention la question de la localisation. Il a été également convenu que la référence à une administration centrale "de facto", à l'alinéa iii, était superflue et devait être supprimée, étant entendu que l'on visait le lieu effectif de l'administration centrale. En effet, l'utilisation des mots "de facto" risquerait de soulever des questions d'interprétation sur le point de savoir s'il y avait aussi une administration centrale *"de jure"* (c'est-à-dire un lieu artificiellement désigné dans les statuts ou autres documents d'une personne morale). Il a également été déclaré que le terme "s'exerce", qui était factuel, suffisait pour préciser que l'on visait le lieu effectif de l'administration centrale.

30. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que, pour la poursuite du débat, deux variantes devraient être incluses dans le texte du projet d'article 5 concernant la

définition du terme "situé", une variante similaire au texte mentionné au paragraphe 25 et une autre qui pourrait être libellée comme suit:

"Une personne est située dans l'État dans lequel elle a son établissement. Si un cédant ou un cessionnaire a plus d'un établissement, il est situé dans l'État où il a son administration centrale. Si un débiteur a plus d'un établissement, il est situé dans l'État où il a l'établissement ayant la relation la plus étroite avec le contrat initial. [Une succursale d'une personne [dont l'activité consiste à accepter des dépôts ou à fournir d'autres services bancaires] est réputée être une personne distincte.] Si une personne n'a pas d'établissement, elle est située dans l'État de sa résidence habituelle."

Le Groupe de travail a renvoyé ces deux variantes au groupe de rédaction pour qu'il en détermine le libellé (pour la suite du débat sur la question de la "localisation", voir les paragraphes 96 à 100).

*Renvoi*

31. Afin d'éviter le risque de renvoi (c'est-à-dire, l'application de la loi désignée par les règles de droit international privé — règles de conflit de lois — d'un État autre que l'État du for), le Groupe de travail a décidé d'inclure dans le projet d'article 5 un nouvel alinéa qui pourrait être libellé comme suit: "le terme "loi" désigne la loi en vigueur dans un État à l'exclusion des règles de droit international privé".

### Article 25. *Droits concurrents du cessionnaire et des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité*

32. Le texte du projet d'article 25 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. 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."

33. Pour ce qui est des paragraphes 1 et 2, le Groupe de travail a confirmé que, selon son interprétation, ils devaient s'appliquer quel que soit le lieu où la procédure était ouverte.

34. Rappelant sa décision d'ajouter au début du projet d'article 24 les mots "À l'exception des questions qui sont réglées par la présente Convention" (voir par. 21), le Groupe de travail a décidé d'ajouter, dans le projet d'article 25, le même libellé, qui serait applicable aux paragraphes 1 et 2.

35. Le Groupe de travail a noté qu'au paragraphe 2 le terme "créanciers du cédant" avait remplacé le terme "administrateur de l'insolvabilité", car, dans certains systèmes juridiques, l'administrateur de l'insolvabilité ne devenait pas détenteur des droits des créanciers; et, dans certaines procédures de redressement, il pouvait ne pas y avoir d'administrateur de l'insolvabilité. Toutefois, étant donné que dans d'autres systèmes juridiques l'administrateur de l'insolvabilité devenait effectivement le détenteur des droits des créanciers, le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait insérer au paragraphe 2 une référence à l'administrateur de l'insolvabilité.

36. Pour ce qui est du principe sous-tendant le paragraphe 3, il a été noté que son objet était de trouver un équilibre entre la nécessité d'assurer la certitude et celle de préserver les principes fondamentaux de la loi de l'État du for. De ce fait, le droit qu'avait l'État du for d'écarter une disposition de la loi applicable était reconnu et, dans le même temps, ce droit était limité aux cas où cette disposition était manifestement contraire à l'ordre public dudit État. Il a été noté que, par définition, le paragraphe 3 faisait référence à l'ordre public international, qui pouvait avoir pour conséquence l'annulation d'une règle de priorité de la loi applicable, mais non l'application positive d'une règle de priorité reflétant l'ordre public de l'État du for. Le Groupe de travail a noté que la question était suffisamment expliquée dans le commentaire (voir A/CN.9/WG.II/WP.106, par. 89 et 90).

37. Pour ce qui est du champ d'application du paragraphe 3, diverses suggestions ont été faites. Selon une suggestion, le paragraphe 3 devrait être révisé afin qu'il ne soit applicable qu'en cas de conflit de priorité dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. À l'appui de cette suggestion, on a déclaré qu'une exception d'ordre public plus large serait source d'incertitude et aurait donc un effet néfaste sur l'offre et le coût du crédit. Il a également été noté qu'une telle approche serait conforme au paragraphe 5, qui avait pour objet de préserver les "superprivilèges" par l'effet de la loi dans une procédure d'insolvabilité seulement. On a objecté que le droit d'un tribunal ou d'une autre autorité d'appliquer son propre ordre public ne saurait être limité. Une telle limitation risquerait de

rendre le projet de Convention moins acceptable. Il a également été avancé que, quoi qu'il en soit, il serait douteux qu'une telle limitation, même si elle était incluse au paragraphe 3, soit appliquée par les tribunaux. Selon un autre avis, le paragraphe 3 devrait être révisé de manière à n'être applicable que dans les cas où une procédure était ouverte dans un État autre que l'État où était situé le cédant. S'il a été convenu qu'il ne pourrait se produire un conflit entre la loi applicable et l'ordre public de l'État du for que si deux juridictions étaient en jeu, il a été dans l'ensemble jugé qu'aucune modification n'était nécessaire. On a estimé en général que les paragraphes 1 et 2 reflétaient suffisamment l'interprétation selon laquelle, si la loi applicable à la priorité et la loi régissant une procédure d'insolvabilité ou une autre procédure étaient les lois d'une même juridiction, les règles internes de cette juridiction permettraient de résoudre un éventuel conflit. Selon une autre suggestion, les mots "nonobstant les paragraphes 1 et 2" étaient superflus et devraient être supprimés. Étant entendu que, même sans ces mots, le paragraphe 3 indiquait suffisamment clairement qu'il était applicable dans le cadre ou hors du cadre d'une procédure d'insolvabilité, le Groupe de travail a approuvé cette suggestion.

38. Pour ce qui est du paragraphe 4, le Groupe de travail a noté qu'il avait pour objet de préserver les droits de l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant dans une procédure ouverte dans un État autre que l'État dans lequel était situé le cédant (procédure d'insolvabilité secondaire). De tels droits, sans entrer dans le cadre de l'ordre public de l'État du for, se fondaient sur des règles de droit impératives (par exemple, le droit de contester la validité d'une cession au motif qu'il s'agit d'un transfert préférentiel ou frauduleux). Il a été noté que, comme les paragraphes 1 et 2 traitaient des questions de priorité sans porter atteinte au droits spéciaux fondés sur le droit de l'insolvabilité, le paragraphe 4 était superflu et pourrait être supprimé. Il a également été indiqué que les mots "sauf disposition contraire du présent article" permettaient de douter que les droits que l'on voulait préserver étaient en fait protégés. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 4.

39. Pour ce qui est du paragraphe 5, il a été noté qu'il avait pour objet de préserver les "superprivilèges" (par exemple, en faveur de l'État pour ce qui est des créances fiscales, ou des employés pour ce qui est des salaires) dans le cas d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que l'État où était situé le cédant. Diverses suggestions ont été faites quant aux termes à utiliser pour désigner ces "superprivilèges". Selon une suggestion, ils devraient être qualifiés de droits non contractuels. On a objecté que ce terme pourrait ne pas couvrir suffisamment les droits préférentiels découlant de relations consensuelles. Selon une autre suggestion, il faudrait utiliser le terme "préférentiel". On a objecté que cela risquerait d'avoir pour résultat d'élargir le champ de l'exception à la règle énoncée au paragraphe 2 et de donner la priorité au créancier du cédant qui avait un droit réel sur des créances reconnu par décision judiciaire. Selon une autre suggestion, il n'était pas nécessaire de qualifier les droits reconnus par la loi de l'État du for. On a objecté à cette suggestion que cela aurait pour effet de retourner la règle énoncée au paragraphe 2 et de soumettre la priorité à la loi de l'État du for. Selon un autre avis encore, les droits prioritaires visés au paragraphe 5 pouvaient être décrits comme des droits préférentiels par l'effet de la loi de l'État du for, qui étaient donc prioritaires dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans cet État. Cette suggestion a reçu un appui suffisant.

40. Pour ce qui est du paragraphe 6, le Groupe de travail a noté qu'il avait initialement pour objet de faire en sorte qu'un cessionnaire faisant valoir une priorité en vertu des dispositions de droit matériel du projet de Convention n'aurait pas moins de droits que s'il la faisait valoir en vertu d'une règle de droit matériel extérieure au projet de Convention (A/CN.9/455, par. 40, et A/CN.9/445, par. 44). Il a également été noté que, puisque le Groupe de travail avait décidé de transformer les règles de priorité du projet de Convention en règles de droit international privé (A/CN.9/445, par. 22), le paragraphe 6 ne semblait pas approprié. Il a été avancé que ce paragraphe semblait suggérer que, même si un conflit de profit de priorité était régi par le projet de Convention, une loi autre que la loi du lieu où était situé le cédant pourrait être applicable. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 6.

41. Le Groupe de travail a adopté le projet d'article 25 tel que modifié et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

### Article 26. *Droits concurrents sur le produit de la cession*

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

"[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 d'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.]"

43. Le Groupe de travail a noté que les paragraphes 1 et 2 avaient pour objet de donner au cessionnaire un droit réel sur le produit, sans modifier l'ordre de priorité établi aux paragraphes 3 et 4. Il a également noté qu'afin de mieux donner effet à cet objectif le secrétariat avait séparé la question de la priorité sur le produit de celle des moyens de recours dont disposait un cessionnaire ayant la priorité sur ces produits et avait traité de ces deux questions dans deux dispositions distinctes qui étaient libellées comme suit:

"Article 26. *Priorité sur le produit*

1. La priorité entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances d'un même cédant et entre le cessionnaire et les créanciers du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité à l'égard de tout ce qui a été reçu en paiement [, ou sous une autre forme de libération,] de la créance cédée 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.

2. Les paragraphes 3 à 5 de l'article 25 s'appliquent à tout conflit de priorité entre un cessionnaire et les créanciers du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité à l'égard de tout ce qui a été reçu en paiement [, ou sous une autre forme de libération,] de la créance cédée.

Article 26 *bis*. *Droits réels sur le produit*

1. À l'exception des cas prévus aux paragraphes 2 à 4 du présent article, le fait qu'un cessionnaire [ait un droit réel ou personnel sur] [soit fondé à demander et conserver] tout ce qui a été reçu en paiement [, ou sous une autre forme de libération,] de la créance cédée est soumis à la loi régissant la priorité en vertu de l'article 26 de la présente Convention.

2. Si le paiement [, ou une autre forme de libération,] concernant la créance cédée est effectué en faveur du cessionnaire, le cessionnaire ayant la priorité sur les créanciers du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité en vertu de l'article 26 de la présente Convention a [un droit réel sur] [le droit de conserver] tout ce qu'il a reçu à concurrence de la valeur de son droit sur la créance [, y compris les intérêts].

3. Si le paiement [, ou une autre forme de libération,] concernant la créance cédée est effectué en faveur du cédant, le cessionnaire ayant la priorité sur les créanciers du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité en vertu de l'article 26 de la présente Convention a [un droit réel sur] [le droit de conserver] tout ce qu'il a reçu à concurrence de la valeur de son droit sur la créance [, y compris les intérêts,] si:

*a)* le cédant a reçu un paiement [, ou une autre forme de libération,] et détient pour le compte du cessionnaire, sur instructions de ce dernier, tout ce qu'il a reçu; et

*b)* tout ce que le cédant a reçu est détenu par ce dernier, pour le compte du cessionnaire, sans confusion et de façon suffisamment identifiable eu égard aux actifs du cédant, par exemple dans un compte de dépôt distinct exclusivement réservé au produit en espèce des créances cédées au cessionnaire."

44. Le Groupe de travail a décidé de se fonder sur ces projets d'articles pour poursuivre ses débats.

*Priorité sur le produit*

45. Il a été convenu, dans l'ensemble, que la priorité sur un produit qui était une créance, y compris une créance sous la forme d'un effet de commerce ou du solde d'un compte de dépôt ou d'un compte titres, devrait être régie par la loi de l'État où était situé le cédant.

46. Pour ce qui est de la priorité sur d'autres types de produits, par exemple des marchandises, diverses suggestions ont été faites. Selon un avis, il faudrait conserver l'alinéa 1-*b* du projet d'article 26 proposé par le secrétariat tel quel, ou avec l'ajout de mots qui permettraient de veiller à ce que les droits de tiers sur les marchandises ne soient pas touchés. Cet avis n'a pas reçu un appui suffisant. Selon un autre avis, la priorité sur le produit prenant la forme de marchandises devrait être régie par la loi de l'État où était situé le cédant. À l'appui de cet avis, on a noté que l'application de la loi d'une juridiction unique et facile à déterminer permettrait de renforcer la certitude. Il a également été déclaré que cette approche serait conforme à celle qui avait été retenue pour ce qui est de la priorité sur les créances, qui s'écartait de l'approche traditionnelle de la loi de l'"emplacement" d'une créance (c'est-à-dire l'endroit où elle était payable). On a objecté qu'une telle approche risquerait de faire échec aux attentes de tiers dans le pays où les marchandises étaient situées et de réduire l'acceptabilité du projet de Convention. Selon une autre suggestion encore, il faudrait établir une distinction entre les marchandises reçues en paiement total ou partiel de la créance et les marchandises restituées (par exemple, parce qu'elles étaient défectueuses et que le contrat de vente avait été annulé, ou parce que le contrat de vente autorisait l'acheteur à restituer ces marchandises après une période d'essai). Il a été déclaré que le premier type de marchandises représentait une autre forme de la même créance et que la priorité sur ces marchandises devrait être soumise à la même règle que la priorité sur les créances, alors que, le second type de marchandises n'ayant aucun lien avec la créance, la priorité sur ces marchandises devrait être soumise à la loi de leur emplacement. Cette suggestion a reçu un appui suffisant. Le Groupe de travail a demandé que le commentaire explique la notion de "marchandises restituées".

47. Durant le débat, le Groupe de travail a noté que la question du produit se posait également dans le contexte de l'article 16, à propos de la relation entre le cédant et le cessionnaire. Il a été demandé si le droit du cessionnaire sur le produit à l'encontre du cédant devrait être étendu aux marchandises fournies en paiement total ou partiel de la créance cédée. Le Groupe de travail a décidé de reprendre l'examen de cette question après avoir achevé l'examen du projet d'article 16 (voir par. 120).

48. Il a été convenu qu'il faudrait définir le mot "produit", indépendamment de la question de savoir si les "marchandises restituées" seraient visées au projet d'article 16 (voir par. 120). On a dans l'ensemble considéré qu'un libellé similaire à celui qui avait été retenu dans le projet d'article 16-1 *a* serait acceptable ("tout ce qu'il reçoit au titre de cette créance"), avec l'ajout des notions de paiement et d'exécution, totale ou partielle. Quant à l'utilisation du mot "libération", on a émis des objections au motif que ce terme supposait un paiement intégral.

49. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 26 tel que modifié et l'a renvoyé au groupe de rédaction pour qu'il en détermine le libellé et élabore une définition du mot "produit".

*Droits réels sur le produit*

50. Le projet d'article 26 *bis* a suscité diverses préoccupations. Selon un avis, ce projet d'article était complexe et traitait de manière inappropriée de questions de droit matériel au paragraphe 1 et de questions de droit international privé aux paragraphes 2 et 3. Selon un autre avis, en créant des droits réels sur le produit, le projet d'article 26 *bis* n'était pas compatible avec des notions fondamentales du droit de nombreux pays qui, sans reconnaître de tels droits, offraient néanmoins une protection suffisante au cessionnaire. Selon un autre avis encore, ce projet d'article était superflu, car les parties pouvaient structurer leurs transactions compte tenu de leurs besoins propres.

51. Il a été répondu qu'un droit réel, dans les cas limités décrits aux paragraphes 2 et 3 du projet d'article 26 *bis*, pourrait sensiblement faciliter les opérations d'affacturage sans notification, les opérations de titrisation et les opérations fondées sur des créances souveraines, dans lesquelles le cédant recevait paiement pour le compte du cessionnaire et détenait normalement ce paiement sur un compte distinct, car, avec un tel droit, le cessionnaire serait protégé en cas d'insolvabilité du cédant. Si, afin d'être protégé, le cessionnaire avait besoin d'aviser le débiteur et de structurer ses opérations de manière à recevoir lui-même le paiement, la non-notification et les autres pratiques mentionnées ci-dessus se verraient entravées et le coût de ces opérations augmenterait. Il a également été noté que les actifs du cédant ayant été enrichis par le crédit fourni par le cessionnaire au cédant en échange des créances, le fait d'autoriser l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant d'obtenir paiement au titre des créances devrait être considéré comme une forme d'enrichissement sans cause. En outre, il a été déclaré que, si de tels droits réels sur le produit des créances étaient inconnus dans de nombreuses juridictions, les arrangements fiduciaires, sur la base desquels les cédants recevaient paiement pour le compte des cessionnaires et avaient certaines obligations envers eux, n'y étaient pas inconnus, sinon dans la loi, du moins dans la jurisprudence. Il a donc été avancé que, si un cessionnaire avait la priorité sur la créance cédée, si le cessionnaire ou le cédant recevait paiement, si le paiement était reçu par le cédant pour le compte du cessionnaire et si le produit du paiement était détenu séparément par le cédant, ce cessionnaire devrait avoir la priorité sur le produit. Cette suggestion a reçu un appui suffisant.

52. Durant le débat, il a été proposé que des règles soient élaborées en ce qui concerne l'étendue des droits du cessionnaire sur la créance cédée, l'existence et l'étendue des droits du cessionnaire sur le produit, ainsi que l'existence et l'étendue des droits d'un créancier ayant des droits sur d'autres biens du cédant, droits qui, par l'effet de la loi, étaient étendus à la créance cédée. Cette suggestion a elle aussi reçu un appui suffisant.

53. Après un débat, le Groupe de travail a prié le groupe de rédaction d'élaborer une règle particulière relative à la priorité sur le produit, sur la base des paragraphes 51 et 52 ci-dessus, règle qui ne traiterait pas la question de la nature juridique des droits sur le produit. Le Groupe de travail a renvoyé au groupe de rédaction la question du fusionnement en une ou plusieurs règles des règles de priorité énoncées à la section III du chapitre IV du projet de Convention.

### Article 4. *Exclusions*

54. Le texte du projet d'article 4 examiné par le Groupe de travail 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 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 du projet d'article 35 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.]"

*Remarques générales*

55. Quelques doutes ont été exprimés quant à la nécessité du projet d'article 4. Le Groupe de travail a rappelé sa décision de ne pas limiter le champ d'application du projet de Convention par référence aux fins commerciales ou de financement d'une opération. Il a également rappelé sa décision selon laquelle les cessions effectuées à des fins de consommation et certaines pratiques qui n'avaient pas besoin d'être réglementées devraient être exclues. Il a donc confirmé sa décision de conserver le projet d'article 4 et il

a décidé qu'il convenait de supprimer les crochets du paragraphe 2, étant entendu que le projet d'article 35 serait réexaminé ultérieurement (s'agissant des crochets entourant le paragraphe 2 de l'article 4, voir par. 86, 199 à 201 et 211).

56. Le Groupe de travail a ensuite examiné les exclusions relatives aux cessions effectuées à des fins de consommation, aux cessions de créances nées d'instruments financiers, d'ordres de transfert de fonds, de systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et de créances nées de comptes de dépôt, ainsi que les cessions de créances nées de la vente et de la location d'aéronefs et d'autres types de matériels d'équipement mobiles.

*Cessions effectuées à des fins de consommation*

57. Il a été noté que l'alinéa *a* avait pour objet de limiter le champ d'application du projet de Convention aux opérations commerciales, qu'elles se rapportent à des créances commerciales ou sur consommateurs. Il a été également noté, toutefois, que, dans sa formulation actuelle, l'alinéa *a* pourrait avoir pour résultat d'exclure à tort certaines opérations commerciales comme les cessions de polices d'assurance de consommateurs à des institutions financières et les cessions de consommateurs à des institutions financières en contrepartie de prêts employés à des fins de consommation. Pour régler ce problème, plusieurs propositions ont été faites. Selon l'une d'elles, il fallait faire en sorte que seules les cessions effectuées "exclusivement" à des fins de consommation soient exclues. Une autre proposition visait à exclure les opérations "effectuées d'un particulier à un autre particulier à des fins personnelles, familiales ou domestiques". Aucune des deux propositions n'a été jugée suffisante pour traduire l'idée générale du Groupe de travail selon laquelle seules les cessions d'un consommateur à un autre consommateur devraient être exclues. Selon une autre proposition, il fallait mentionner expressément le mot "consommateur". Il a été fait objection à cette proposition au motif que le mot "consommateur" n'était pas universellement compris de la même manière.

58. Une autre proposition encore tendait à remplacer l'alinéa *a* par une disposition générale libellée de manière à ce que le projet de Convention ne porte pas atteinte aux droits des consommateurs. On a déclaré que cette disposition pourrait être limitée à la législation sur la protection des consommateurs. Il a été objecté qu'elle serait inutile, étant donné que le projet de Convention n'avait pas pour objet de déroger à la législation sur la protection des consommateurs, et qu'elle aboutirait involontairement à exclure des pratiques importantes mettant en jeu des cessions de créances sur consommateurs. Le Groupe de travail a confirmé sa décision selon laquelle, à la différence de la Convention sur l'affacturage international d'Unidroit (Ottawa, 1988, ci-après dénommée "la Convention d'Ottawa"), dont l'application était limitée aux créances commerciales, le projet de Convention devrait couvrir les pratiques commerciales impliquant des cessions de créances sur consommateurs.

59. Au terme du débat, le Groupe de travail a décidé que seules les cessions effectuées d'une entité commerciale ou d'un consommateur à un consommateur, et seulement si elles étaient effectuées à des fins de consommation, devraient être exclues; il a adopté l'alinéa *a* sous cette condition et a chargé le groupe de rédaction de sa formulation exacte.

*Cessions de créances nées d'instruments financiers, d'ordres de transfert de fonds, de systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, et de comptes de dépôt.*

60. Il a été indiqué que des instruments financiers comme les instruments du marché monétaire et les valeurs mobilières, les swaps et autres produits dérivés étaient généralement régis par des conventions-cadres, et notamment par la Convention-cadre de l'International Swaps and Derivatives Association (ISDA) et celle de l'International Securities Market Association (ISMA), ainsi que par d'autres conventions-cadres nationales. Il a été également observé que ces conventions-cadres comportent généralement une clause prévoyant que l'une des parties ne peut pas céder à un tiers sa créance sur l'autre partie sans l'accord de cette dernière. Il a été dit qu'en cas de violation d'une telle clause une partie a le droit de résilier non seulement l'opération en cause, mais aussi l'ensemble des opérations régies par une convention-cadre. Il a été ajouté que de nombreuses conventions-cadres contiennent une clause dite de *"cross-default"*, qui permet, en cas de violation d'une telle clause, la résiliation de toutes les transactions régies par l'ensemble de ces conventions-cadres. Il a été en outre observé que, dans le cadre d'arrangements normalisés en vigueur quant à l'exécution d'ordres de transfert de fonds et de paiement de titres entre participants à des systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres, la cession de créances nées d'ordres de transfert était normalement interdite. De plus, il a été dit qu'il était courant pour les institutions financières d'interdire à leurs clients, dans le cadre de leurs conditions bancaires générales, de céder des créances nées de comptes de dépôt. De telles créances, a-t-on expliqué, servent régulièrement de garanties pour les facilités de crédit offertes par des institutions financières à leurs clients.

61. On a noté que, contrairement à de telles pratiques, le projet d'article 10-1 considère comme valables des cessions effectuées en violation d'une clause de non-cession, sans toutefois interdire au débiteur de résilier les opérations en cause ou l'ensemble des opérations régies par une convention-cadre ou plusieurs conventions-cadres en cas de clause de *"cross-default"*. Il a aussi été indiqué que cela serait de nature à fragiliser les marchés financiers internationaux. Il a été en outre observé que si l'on considérait comme valable la cession de créances nées de comptes de dépôt en violation de clauses de non-cession, cela pourrait compromettre les relations entre les institutions financières et leurs clients, poser des problèmes quant à l'emploi de ces comptes de dépôt en tant que garanties pour les facilités de crédit offertes par de telles institutions et accroître le risque de blanchiment de capitaux. De plus, le projet d'article 20-3, en vertu duquel le débiteur ne peut invoquer contre le cessionnaire aucun droit qu'il pourrait invoquer contre le cédant pour violation d'une clause de non-cession, créerait de sérieuses difficultés pour les marchés de swaps et de produits dérivés. Il a été expliqué qu'une telle disposition rendrait inutiles les arrangements

de compensation qui constituent une composante essentielle de ce type d'opérations financières et, en outre, qu'une telle disposition irait à l'encontre des pratiques normales en vigueur en vertu de conventions-cadres de rachat et de conventions-cadres de compensation.

62. Il a été généralement convenu au sein du Groupe de travail qu'il fallait tenir compte de ces préoccupations, mais les avis ont été partagés quant au choix du moyen le plus approprié. Selon un point de vue, pour éviter de fragiliser des pratiques bien rodées, il convenait d'exclure du champ d'application du projet de Convention les opérations sur les instruments du marché monétaire ou valeurs mobilières, les swaps et autres produits dérivés et les créances nées d'ordres de transfert ou de règlement dans les systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres, au moyen d'une clause d'exclusion générale dans le projet d'article 4. À l'appui de cette proposition, il a été observé qu'une exclusion dans le cadre du projet d'article 4 était préférable pour des raisons de simplicité et de prévisibilité. À défaut, si le Groupe de travail ne pouvait parvenir à un consensus sur une telle clause d'exclusion générale, ces opérations pourraient être couvertes par le projet de Convention à condition qu'une cession effectuée sans le consentement du débiteur soit réputée nulle et de nul effet. Il a été également proposé que cette dernière approche soit suivie en tout état de cause, s'agissant des créances nées de comptes de dépôt.

63. Pour mettre en œuvre la première proposition précitée, il a été indiqué qu'il conviendrait d'ajouter un nouvel alinéa au préambule pour marquer la spécificité des créances nées de comptes de dépôt ainsi que des créances nées d'opérations sur de tels instruments financiers.

64. En ce qui concerne les créances nées de comptes de dépôt, le libellé ci-après a été proposé:

"Article premier. *Champ d'application*

1. La présente Convention s'applique:

...

*d)* aux créances nées de comptes de dépôt sous réserve des conditions énoncées à l'article 8-3.

## Chapitre III. Validité et effets de la cession

Article 8. *Validité et efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures, de fractions de créances et de créances nées de comptes de dépôt*

...

3. une cession de créance(s) née(s) de comptes de dépôt est valide et effective sous réserve du consentement explicite du débiteur. Toute cession effectuée en violation de la présente disposition sera considérée comme nulle et non avenue en vertu de la présente Convention."

65. S'agissant des créances nées d'opérations sur instruments financiers, le libellé ci-après a été proposé:

"Article 4. *Exclusions*

[3.] La présente Convention n'est pas applicable aux créances nées:

*a)* d'opérations sur instruments financiers tels que les instruments du marché monétaire ou les valeurs mobilières, les swaps et autres produits dérivés,

*b)* d'opérations de cession temporaire de titres contre espèces;

*c)* d'ordres de transfert et de règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres."

66. En cas d'absence de consensus sur les amendements mentionnés au paragraphe 65, il a été proposé d'adopter le libellé suivant:

"Article premier. *Champ d'application*

1. La présente Convention s'applique:

...

*e)* aux créances nées:

i) d'opérations sur instruments financiers tels que les instruments du marché monétaire et les valeurs mobilières, les swaps et autres produits dérivés, ainsi que celles relatives à des opérations de cession temporaire de titres contre espèces et, dans les deux cas, les garanties qui s'y rapportent sous la réserve expresse de l'article 10-2 i;

ii) d'ordres de transfert ou de règlement dans les systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres, sous la réserve expresse de l'article 10-2 ii.

Article 10. *Limitations contractuelles à la cession*

2. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux créances nées:

i) d'opérations sur instruments financiers tels que les instruments du marché monétaire ou les valeurs mobilières, les swaps et autres produits dérivés, ni aux créances relatives à des opérations de cession temporaire de titres contre espèces, sauf si le débiteur a expressément consenti à la cession, nonobstant une éventuelle clause contractuelle limitant de quelque manière que ce soit le droit du cédant de céder ses créances;

ii) d'ordres de transfert ou de règlement dans les systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres, sauf si les règles de ces systèmes autorisent expressément une telle cession."

67. Que le Groupe de travail exprime une préférence pour le libellé proposé au paragraphe 65 ou pour celui du paragraphe 66 ci-dessus, il a été suggéré d'ajouter au projet d'article 5 les définitions ci-après:

"...) Le terme "produits dérivés" désigne les opérations à terme liées à la Bourse ou aux prix du marché des [...] valeurs mobilières, des instruments du marché

monétaire, des devises, des unités de compte, des matières premières, des métaux précieux ou des taux d'intérêt ou d'autres produits, ou à la capacité d'endettement du débiteur, en ce compris les opérations au comptant et les opérations étrangères d'échange à terme ainsi que les options sur les opérations définies ci-dessus ou toute combinaison de ces opérations ainsi que toutes opérations similaires.

...) Le terme "système de paiement ou de règlement des opérations sur titres" désigne les conventions conclues entre trois participants ou davantage stipulant des règles communes pour le règlement d'ordres de transfert entre les participants ainsi que les garanties qui y sont liées, et appuyées par une contrepartie centrale, un agent de règlement ou un organisme de compensation.

...) Le terme "cession temporaire de titres contre espèces" désigne les opérations de rachat et de *repo*, ainsi que les opérations d'emprunt et de prêt sur instruments financiers, tels que les valeurs mobilières ou les instruments du marché monétaire ainsi que toutes opérations similaires."

68. Les propositions mentionnées ci-dessus ont suscité un grand intérêt, mais il a été déclaré qu'une exclusion pure et simple ou une invalidation des cessions non seulement à l'encontre du débiteur mais également de toutes les parties irait bien au-delà de ce qui était nécessaire pour tenir compte des préoccupations susmentionnées concernant les débiteurs. Une telle approche irait même jusqu'à priver inutilement les cessionnaires du droit au produit après paiement par le débiteur d'une créance financière. En outre, une exclusion générale pourrait, a-t-on fait observer, entraîner une exclusion des opérations composites comprenant à la fois la cession de créances commerciales et de créances financières. Il a donc été estimé préférable d'inclure ces opérations dans le champ d'application du projet de Convention, tout en procédant aux ajustements nécessaires pour prendre en considération les préoccupations relatives au débiteur.

69. Pour ce qui était du type de modifications nécessaires, on a déclaré que les règles portant sur le paiement à un nouveau créancier (projets d'articles 17 à 19), les droits à compensation du débiteur (projet d'article 20-2 et 3) et le droit du débiteur de modifier le contrat initial (projet d'article 22) devraient s'appliquer uniquement aux créances commerciales (c'est-à-dire aux créances nées de la vente de marchandises ou de la prestation de services) et aux opérations dans lesquelles la cession n'était assortie d'aucune restriction dans le contrat initial. Ainsi, a-t-on déclaré, en cas de restriction contractuelle à la cession d'une créance autre qu'une créance commerciale, la cession n'aurait aucun effet sur les droits et obligations du débiteur (en d'autres termes, le débiteur n'aurait pas à payer le cessionnaire et ne perdrait pas ses droits à compensation ou ses droits de modifier le contrat initial), sauf si ce dernier consentait à la cession. Compte tenu de cette protection supplémentaire et afin d'éviter les problèmes décrits ci-dessus en ce qui concerne les clauses de manquement et de manquement réciproque dans les conventions-cadres (voir par. 60 et 61), le débiteur d'une créance autre qu'une créance commerciale n'aurait pas le droit d'invoquer une contravention au contrat initial, ou de résilier ce dernier, en raison de la cession.

70. Une telle approche présentait, a-t-on déclaré, plusieurs avantages dont les suivants: elle permettrait de tenir compte des intérêts particuliers des débiteurs de créances financières; elle permettrait de conserver un régime de protection du débiteur acceptable pour les débiteurs de créances commerciales et de créances de consommateurs; en cas de cession d'une créance financière, elle permettrait l'application du projet de Convention entre le cédant et le cessionnaire et à l'encontre des cessionnaires concurrents, des créanciers du cédant et de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant; et elle éviterait de définir les créances financières, tâche difficile comme il était indiqué dans la proposition susmentionnée (voir par. 67).

71. Le libellé ci-après a été proposé:

"Article 5. *Définitions et principes d'interprétation*

...) Le terme "créance commerciale" désigne une créance née d'un contrat initial de vente ou de location de marchandises ou de prestation de services.

Article ... *Dispositions particulières relatives aux débiteurs sur des créances autres que les créances commerciales*

1. Le présent article s'applique uniquement à une créance qui n'est pas une créance commerciale et uniquement dans la mesure où existe une restriction à la cession prévue dans une convention décrite aux articles 10-1 et 11-2.

2. Nonobstant les articles 17, 18 et 19, une cession de la créance, et la réception par le débiteur d'une notification de la cession ou d'une instruction de paiement, n'ont pas d'effet en vertu de la présente Convention sur les droits ou obligations du débiteur, sauf dans la mesure où ce dernier y consent.

3. Nonobstant l'article 20-2, aucune disposition de la présente Convention ne limite un droit du débiteur d'opposer au cessionnaire une exception ou un droit à compensation qu'il peut invoquer, même si l'exception ou le droit à compensation sont nés après réception de la notification de la cession.

4. Nonobstant l'article 22, aucune disposition de la présente Convention ne limite l'effectivité à l'encontre du cessionnaire d'une convention conclue à tout moment entre le cédant et le débiteur en vue de modifier le contrat initial.

5. Nonobstant les articles 10-2 et 11-3, un cédant qui cède une créance n'est pas responsable à l'égard du débiteur du chef de la violation d'une restriction à la cession et ladite violation n'a aucun effet."

72. Il a aussi été proposé d'ajouter à la fin des articles 10, 11, 17, 18, 19, 20 et 22 le libellé ci-après:

"...) Dans le cas d'une créance qui n'est pas une créance commerciale, le présent article est soumis à l'article..."

Il serait aussi possible, si nécessaire, d'ajouter une disposition à l'article 4 appelant l'attention sur les dispositions spéciales susmentionnées.

73. La proposition énoncée aux paragraphes 71 et 72 a été accueillie avec intérêt. D'un avis assez général, le Groupe de travail devait avoir pour principe de s'efforcer de maintenir un domaine d'application aussi large que possible, tout en veillant à tenir compte des préoccupations de la branche d'activité. Si, après consultation avec elle, l'approche s'avérait impossible à retenir, une exclusion générale pourrait être envisagée. À une question concernant les répercussions de la proposition sur le traitement de la cession de créances financières dans les législations, il a été répondu que certaines dispositions du projet de Convention ne s'appliqueraient pas aux questions concernant le débiteur (par exemple, paiement libératoire ou droit à compensation du débiteur) qui, de ce fait, seraient laissées à la loi applicable en dehors du projet de Convention. Toutefois, a-t-il été précisé, les autres dispositions du projet de Convention s'appliqueraient (par exemple, le paragraphe 1 du projet d'article 10 et, de ce fait, la cession aurait effet entre le cédant ou les créanciers du cédant et le cessionnaire). En outre, le paragraphe 5 partait de l'hypothèse que, dès lors que ses droits n'étaient pas affectés par la cession, le débiteur n'avait pas à mettre fin à un accord. Il a été expliqué que le paragraphe 5 visait à régler le problème des risques systémiques découlant d'une violation d'une clause de non-cession dans le cas d'accords-cadres contenant des clauses de manquement réciproque.

74. Concernant l'intérêt d'une approche fondée sur une définition des créances commerciales, il a été dit que la définition de cette notion bien connue dans le texte proposé supprimait la nécessité d'établir une liste des créances financières, qui pourrait n'être ni homogène, ni exhaustive. Toutefois, un certain nombre de préoccupations ont été exprimées. L'une d'elles était que la référence aux services dans la définition des créances commerciales risquait d'aboutir à ce que les créances financières soient traitées comme des créances commerciales. Il a alors été proposé de faire référence "aux services autres que les services financiers". Cette proposition a bénéficié d'un large appui. Une autre préoccupation venait de ce que, les créances financières étant définies par une formule négative, la proposition risquait de soumettre indûment la cession de certains types de créances commerciales à un régime spécial (par exemple, créances commerciales détenues par une institution de financement et cédées à une autre institution de financement). Pour répondre à cette préoccupation, il a été suggéré d'examiner avec soin le texte proposé en consultation avec la branche d'activité concernée pour faire en sorte que les différentes pratiques soient toutes traitées comme il convient. Cette suggestion a elle aussi bénéficié d'un appui suffisant. Une autre préoccupation encore venait de ce qu'il pourrait ne pas être opportun de définir en substance le domaine d'application du projet de Convention d'une manière négative, mais il a été dit que pareille approche était souvent suivie dans les textes législatifs et qu'en l'occurrence elle présentait l'avantage évident d'être fondée sur la notion bien connue de créances commerciales.

75. Quant au régime spécial prévu dans la proposition pour la cession de créances financières, il était conforme à la démarche suivie par le Groupe de travail qui cherche à couvrir un ensemble d'opérations aussi large que possible, tout en tenant compte des préoccupations de la branche d'activité concernée. Toutefois, on a craint que le texte proposé n'indique pas suffisamment clairement si ce régime relevait du projet de Convention ou était laissé à la loi applicable en dehors de ce dernier. On a également craint que les paragraphes 1 à 4 du texte proposé ne risquent d'être interprétés comme conférant des droits positifs et non comme créant en vertu du projet de Convention un régime spécial à l'intention du débiteur de créances financières.

76. Pour ces raisons, il a été proposé que les projets d'article 10, 11, 17, 18, 19, 20 et 22 ne s'appliquent pas aux cessions de créances qui ne sont pas des créances commerciales et que, s'agissant de ces cessions, les questions traitées dans ces articles soient laissées à la loi en dehors du projet de Convention. À l'appui de cette proposition, il a été dit qu'elle tiendrait mieux compte des préoccupations de la branche d'activité et, de plus, qu'elle était conforme au principe qui était à la base de la proposition visée plus haut (par. 64 à 67). Cependant, il a été relevé avec préoccupation que cette proposition allait au-delà de l'objectif pour lequel elle était faite, à savoir protéger les débiteurs de créances financières, dans la mesure où elle permettrait sans raison qu'une clause de non-cession invalide une cession, même entre le cédant ou les créanciers du cédant et le cessionnaire.

77. Après un échange de vues, le Groupe de travail n'a pas pu arriver à une conclusion sur la question et a décidé qu'un nouvel article 4 *bis* comprenant deux variantes rédigées dans le sens des propositions mentionnées aux paragraphes 71, 72 et 76 serait inclus dans le projet de Convention aux fins de poursuite du débat après consultation avec la branche d'activité concernée. Le texte du nouveau projet d'article 4 *bis* a été renvoyé au groupe de rédaction.

*Cession de créances découlant de la vente ou de la location d'aéronefs et d'autres types de matériels d'équipement mobiles*

78. Il a été noté que l'Institut international pour l'unification du droit international privé (Unidroit) élaborait actuellement, en coopération avec l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), un projet de Convention relatif aux garanties internationales portant sur les matériels d'équipement mobiles et un protocole sur les aéronefs, d'autres protocoles applicables à différents types d'équipement étant en cours d'élaboration, en coopération avec d'autres organisations. Il a également été noté que ces textes avaient pour objet de réduire le coût du financement des matériels d'équipement mobiles, car l'application à ce financement de la *lex situs* était source d'incertitude quant à l'efficacité des sûretés et des garanties similaires, vu le déplacement de ces équipements d'un pays à l'autre et certains aspects impératifs des lois nationales sur les opérations assorties de sûretés. En outre, il a été noté que le projet de Convention et les protocoles traitaient de la cession des créances découlant de la vente et de la location de matériels d'équipement mobiles, ainsi que du produit provenant des assurances en cas d'endommagement ou de perte de ces équipements. Pour ce qui est des principales différences entre le projet de Convention de la CNUDCI et

ces textes, il a été noté que, à la différence du projet de Convention: ces textes offraient un système d'auto-assistance, incluant le droit du financier de recouvrer le matériel d'équipement mobile, même après le début d'une procédure d'insolvabilité; la priorité sur l'équipement et les créances découlant de sa vente et de sa location était fondée sur le moment de l'inscription dans un registre propre à chaque type d'équipement; et, vu la valeur élevée des équipements en jeu, l'obligation garantie (la créance pour le prix de la créance) suivait le régime juridique applicable à la sûreté accessoire ou à d'autres droits similaires sur le matériel d'équipement mobile.

79. Le Groupe de travail a étudié les moyens d'éviter les conflits entre le projet de Convention de la CNUDCI et ces textes. Il a été noté qu'afin de déterminer si les cessions de créances découlant de la vente et de la location de matériels d'équipement mobiles pouvaient être exclues du projet de Convention ou du projet de Convention et des protocoles d'Unidroit le Groupe de travail avait besoin de connaître l'état actuel de la loi et de la pratique, ou devait être prêt à tirer des conclusions quant aux nouvelles pratiques généralement acceptables, qui, bien qu'elles ne soient pas suffisamment traitées par les lois actuelles, pourraient l'être par une nouvelle loi uniforme.

80. Toutefois, selon un avis, au moins les créances découlant de la vente et de la location d'aéronefs et d'engins spatiaux pourraient être exclues du champ d'application du projet de Convention. À l'appui de cet avis, il a été noté que la cession de telles créances faisait partie intégrante du financement des aéronefs et engins spatiaux et devrait être régie par la loi applicable à ce financement. Les financiers potentiels, a-t-on déclaré, tendraient à examiner le registre des aéronefs afin de déterminer leur rang de priorité et de décider s'ils fourniraient un crédit et à quel coût. Par contre, les créances découlant de la vente de billets entraient normalement dans le cadre des mécanismes de titrisation et ne devraient pas être exclues du champ d'application du projet de Convention. Il a également été noté qu'en tentant de traiter de la cession de telles créances dans le projet de Convention on risquerait d'en réduire l'acceptabilité pour l'industrie des aéronefs. À ce propos, il a été avancé que l'industrie du financement commercial, qui englobait également les financiers des aéronefs et était en faveur, pour le projet de Convention, d'un champ d'application aussi large que possible, pourrait examiner cette question en consultation avec l'industrie des aéronefs, afin d'arriver à un traitement mieux coordonné des questions relatives au financement des aéronefs et aux créances connexes dans le projet de Convention.

81. Après un débat, le Groupe de travail a jugé dans l'ensemble qu'il ne disposait pas des informations particulières nécessaires pour prendre une décision lui permettant d'exclure totalement les créances liées à des aéronefs et engins spatiaux du champ d'application du projet de Convention.

82. Le Groupe de travail a ensuite abordé la question de savoir si l'on pouvait laisser au droit des traités les conflits entre le projet de Convention et ces autres textes. Des avis divergents ont été exprimés. Selon un avis, le projet d'article 33-2, qui permettait à un État de déclarer, en cas de conflit, à quel texte il souhaitait donner la préférence, et le projet d'article 35, autorisant les États à exclure certaines pratiques, étaient suffisants. Il a toutefois été déclaré qu'une telle approche aurait pour conséquence une disparité dans le traitement juridique des questions en jeu et serait source d'incertitude, dans la mesure où les États pourraient adopter des approches différentes. Selon un autre avis, cette question pourrait être régie par les principes généraux du droit des traités, en vertu desquels le texte le plus précis ou le plus récent prévaudrait. Il a toutefois été noté qu'une telle approche ne devrait être retenue qu'en dernier ressort, si on ne pouvait s'accorder sur une autre, car les opérations commerciales exigeaient un niveau de certitude plus élevé que celui que pourrait offrir cette approche fondée sur le droit des traités.

83. Selon un autre avis encore, le projet de Convention devrait faire prévaloir, de manière uniforme pour tous les États, les autres textes traitant des opérations assortis de sûretés, pour ce qui est du moins des créances liées aux aéronefs, garanties par des aéronefs ou s'y rattachant et inscrites dans un registre des aéronefs. Le libellé suivant a été proposé:

> "La présente Convention ne prévaut pas sur une convention internationale ou autre accord multilatéral ou bilatéral qui a été ou qui pourrait être conclu par un État contractant et qui contient des dispositions relatives aux sûretés, aux ventes conditionnelles avec réserve de propriété et accords de crédit-bail portant sur des aéronefs et aux créances nées de la vente ou de la location de ce type d'équipement garanties par un tel équipement ou liées à celui-ci."

84. On a jugé qu'il faudrait adopter la même approche pour ce qui est de la cession de créances découlant de la vente ou de la location d'engins spatiaux, ainsi que de la cession de tout produit provenant des assurances en cas de perte ou d'endommagement d'engins spatiaux.

85. Selon un autre avis, il pourrait être déterminé dans chaque protocole si cet instrument prévaudrait sur le projet de Convention, après qu'il aurait été décidé si les créances devaient être rattachées à un équipement particulier, plutôt que s'inscrire dans le cadre du financement par cession de créances. Il a cependant été noté que, pour que le projet de Convention puisse renvoyer cette question à chaque protocole, ces derniers textes devraient être définitifs et le Groupe de travail devrait en connaître suffisamment bien la teneur. Il a en particulier été noté que le champ d'application de ces textes devrait être suffisamment clair. À ce propos, on a fait observer que l'absence d'une liste précise des équipements entrant dans leur champ d'application pourrait faire craindre que la création d'une sûreté ou de droits analogues sur "tout bien susceptible d'individualisation" ne soit incluse. On a toutefois déclaré que cette préoccupation n'était pas justifiée, car il était généralement entendu parmi les membres du groupe élaborant le projet de Convention et les protocoles d'Unidroit que les travaux porteraient uniquement sur les matériels d'équipement mobiles de forte valeur. Il a cependant été jugé que cette préoccupation était légitime, car le terme "matériels d'équipement mobiles de forte valeur" n'était pas suffisamment clair, ou n'était du moins pas interprété universellement de la même manière. Vu ce qui précède, il a été

jugé que le Groupe de travail ne devrait pas se sentir contraint de prendre une décision. Davantage d'informations et de consultations avec les secteurs intéressés de l'industrie étaient nécessaires, cette question étant d'ordre politique, il faudrait peut-être la laisser à la Commission.

86. Après un débat, le Groupe de travail est convenu que le texte du projet d'article 4-2 devrait être adopté tel quel, sans crochets (voir, toutefois, le paragraphe 211). Il a également été convenu qu'afin que le débat puisse se poursuivre le projet d'article 33 comporte un troisième paragraphe entre crochets, tel que celui qui était proposé au paragraphe 83 ci-dessus. Cette question a été renvoyée au groupe de rédaction. Il a été estimé dans l'ensemble que, quoi qu'il en soit, le projet d'article 33 devrait être réexaminé, afin que l'on puisse s'assurer qu'il traitait de manière appropriée des conflits avec d'autres textes internationaux (voir par. 192 à 195).

### Article 2. *Cession de créances*

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

"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."

88. Il a été noté qu'en vertu de l'alinéa *a* ce qui constituait un droit "contractuel" relevait de la loi applicable en dehors du projet de Convention. Afin d'éviter toute incertitude pouvant résulter des divergences qui existaient entre les systèmes juridiques, il a été noté que le terme "droit contractuel" pourrait être défini dans le projet de Convention de manière négative (par exemple, "un droit à paiement d'une somme d'argent autre qu'un droit né de l'application de la loi ou établi en vertu d'une décision de justice"). Il a aussi été noté que le Groupe de travail pourrait souhaiter préciser si le terme "créance" incluait: les dommages-intérêts pour contravention au contrat (spécifiés ou non); les intérêts pour retard de paiement (intérêt contractuel, intérêt légal ou intérêt fixé par décision de justice); les sommes payables sous forme de dividendes (présents ou futurs) provenant d'actions; et les créances découlant de sentences arbitrales.

89. S'agissant des dommages-intérêts pour contravention au contrat, les opinions ont divergé. Selon un avis, les dommages-intérêts ne pouvaient pas être traités comme des créances. Ainsi, le droit du vendeur au prix d'achat des marchandises vendues en vertu d'un contrat de vente était un droit à paiement découlant directement du contrat. En revanche, le droit à dommages-intérêts de l'acheteur, par exemple pour livraison de marchandises non conformes par le vendeur, résultait d'une contravention au contrat et ne devait donc pas être considéré comme un "droit contractuel", sauf s'il était spécifié dans une convention de règlement. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, les dommages-intérêts pour contravention au contrat devaient être traités de la même façon que les créances contractuelles. À l'appui de cette opinion, il a été dit que le cessionnaire devrait pouvoir se prévaloir de tous les droits à paiement dont le cédant avait pu se prévaloir en vertu du contrat initial. Si l'on excluait les dommages-intérêts, dans certains cas le cessionnaire se trouverait privé de ses droits sur les créances cédées. À cet égard, on a regretté que le champ d'application du projet de Convention soit limité aux droits contractuels à paiement, ce qui excluait les droits contractuels autres que les droits à paiement et les créances non contractuelles.

90. S'agissant des intérêts pour retard de paiement, il a été largement estimé qu'ils étaient inclus dans le terme "créances" s'ils étaient dus en vertu du contrat initial. Concernant les dividendes, il a été convenu qu'ils devraient être traités comme des créances contractuelles, qu'ils soient déclarés ou futurs, puisqu'ils naissaient d'une relation contractuelle concrétisée par l'action. Quant aux créances découlant de sentences arbitrales, l'avis général a été qu'elles ne devraient pas être visées par le projet de Convention.

91. Au terme du débat, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 2 sans changement. Il a été convenu que toutes les questions susmentionnées pourraient être utilement expliquées dans le commentaire.

### Article 3. *Internationalité*

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

"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."

93. Pour ce qui est de la forme, on a noté qu'afin d'aligner le libellé de la première phrase du projet d'article 3 sur celui de la deuxième et de limiter dans le texte les références au moment où naît la créance on pourrait remplacer les mots "au moment où elle naît" par les mots "au moment de la conclusion du contrat initial". Sous réserve de ce changement, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 3 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

### Article 5. *Définitions et principes d'interprétation*

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

"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)* le terme "créance existante" désigne une créance née avant ou au moment de la conclusion du contrat de cession; le terme "créance future" désigne une créance qui peut naître après la conclusion du contrat de cession;

[*d)* le terme "financement par cession de créances" désigne toute opération dans laquelle une contrepartie, un crédit ou des services connexes sont fournis en échange de créances. 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)* le terme "notification de la cession" désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment les créances cédées et le cessionnaire;

*g)* le terme "administrateur de l'insolvabilité" désigne 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)* 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 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.]]"

95. Le Groupe de travail a décidé, sous réserve qu'il soit fait directement référence au moment de la conclusion du contrat initial dans le projet d'article 3 et dans le paragraphe 2 du projet d'article 8, de supprimer l'alinéa *b*. S'agissant de l'alinéa *d*, le Groupe de travail a décidé de différer le débat jusqu'à l'achèvement de l'examen du titre et du préambule du projet de Convention. Pour ce qui est des alinéas *j* et *k*, le Groupe de travail a rappelé sa décision de leur substituer une nouvelle disposition (voir par. 25 à 30).

*"Localisation" des parties* (suite)

96. Rappelant le débat qu'il avait consacré précédemment à la question de la localisation traitée aux alinéas *j* et *k* (voir par. 25 à 30), le Groupe de travail a repris l'examen de la question en se fondant sur le texte suivant:

"Aux fins de la présente Convention,

...

*j)* i) une personne est située dans l'État dans lequel elle a son établissement;

ii) *Variante A*

si le cédant ou le cessionnaire a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat de cession. Aux fins des articles 24 à [...], l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat de cession est réputé être le lieu où s'exerce l'administration centrale du cédant;

*Variante B*

si le cédant ou le cessionnaire a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale [. Une succursale [d'une personne dont l'activité consiste à accepter des dépôts ou à fournir d'autres services bancaires] est considérée comme une personne distincte];

iii) si le débiteur a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial;

iv) si une personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu;"

97. Étant donné qu'il serait préférable de n'avoir qu'une seule règle de localisation, le Groupe de travail a décidé de supprimer la variante A de l'alinéa *j* ii. Le débat a porté essentiellement sur les termes entre crochets de la variante B, qui ont suscité un certain nombre de préoccupations. Une de ces préoccupations venait de ce que, dans le cas d'une cession des mêmes créances par le siège social et par une succursale d'un autre pays, si les termes entre crochets étaient appliqués, la priorité entre des cessions concurrentes des mêmes créances par le même cédant serait régie par les lois de deux États. Une autre était due au fait que ces termes faisaient une distinction entre le lieu de l'établissement et celui de la succursale. De plus, l'emploi du terme "succursale" posait des problèmes étant donné que les opérations étaient de plus en plus souvent conclues par l'intermédiaire de bureaux, départements ou services

régionaux situés dans différents pays. Par ailleurs, le fait de relier chaque cession à la succursale d'où elle a été effectuée pourrait créer une incertitude, car des tiers pourraient ne pas être au courant de la structure interne du cédant et ne pas pouvoir déterminer le lieu où les décisions étaient prises. Enfin, aucune différence n'étant faite entre les succursales situées dans le même pays et celles qui sont situées dans des pays différents, une même personne morale risquait d'être traitée comme un groupe de personnes morales distinctes.

98. Pour répondre à ces préoccupations, un certain nombre de suggestions ont été faites. L'une d'elles visait à remplacer les termes entre crochets de la variante B par un texte rédigé comme suit: "ou, dans le cas des succursales, celui où est située la succursale avec laquelle la cession a la relation la plus étroite". À ce propos, il a été suggéré aussi de prévoir une règle d'emplacement correspondant à la variante B, à condition que l'application en soit limitée aux succursales des banques exclusivement. Ces suggestions ont bénéficié d'un certain appui, mais, à leur encontre, il a été dit que, dans le cas des cessions effectuées à partir de succursales situées dans différents pays, elles aboutiraient à soumettre la priorité entre des cessions concurrentes à l'application de lois différentes. Pour éviter ce problème, il pourrait être fait référence au lieu avec lequel le contrat initial avait la relation la plus étroite. Cette suggestion a été reçue avec intérêt, mais, à son encontre, il a été indiqué que, dans le cas des cessions globales faisant intervenir plusieurs contrats initiaux, les questions de priorité seraient soumises à une multiplicité de lois. Il a encore été suggéré de faire référence à la succursale dans les livres de laquelle les créances cédées étaient inscrites. Il a été proposé de remplacer le libellé entre crochets à l'alinéa *j* ii par le texte suivant:

> "Nonobstant la phrase précédente, si, immédiatement avant la cession, la créance est inscrite dans les livres d'une succursale d'un prestataire de services financiers, le cédant est situé dans l'État où cette succursale est elle-même située. Si, immédiatement après la cession, la créance est inscrite dans les livres d'une succursale d'un prestataire de services financiers, le cessionnaire est situé dans l'État où cette succursale est elle-même située."

99. En outre, il a été proposé d'inclure les définitions ci-après dans le projet d'article 5:

> "...) Un "prestataire de service financier" est une banque ou une autre institution financière qui, dans le cours normal de ses activités, accepte des dépôts, consent des prêts ou [fournit d'autres services financiers].
>
> ...) Une "succursale" d'un prestataire de services financiers est un établissement de ce prestataire qui est situé dans un État autre que celui où s'exerce l'administration centrale du prestataire et qui est réglementé séparément par l'État dans lequel la succursale est située en vertu des lois applicables aux prestataires de services financiers de cet État.
>
> ...) Une créance "est inscrite dans les livres" d'une succursale d'un prestataire de services financiers si:
>
> i) en vertu des [normes comptables] [règlements] applicables à la succursale, la créance entre dans l'actif de cette succursale; ou
>
> ii) dans les cas où, du fait que le prestataire ne détient la créance qu'à titre de garantie, la créance n"est pas [considérée comme] un actif du prestataire, les droits dont la créance constitue la garantie entrent dans l'actif de cette succursale."

100. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas pu examiner le texte proposé, étant entendu cependant que son inclusion dans le rapport permettrait aux États de l'examiner quant au fond dans le cadre de leurs préparatifs en vue de la session de la Commission.

*Forme de la cession*

101. Il a été noté que, du fait de la suppression de la disposition relative à la forme de la cession, la validité quant à la forme était régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention. Étant donné que la priorité présuppose la validité à la fois quant au fond et quant à la forme, le cessionnaire devrait s'assurer que la cession est valide en vertu des dispositions du projet de Convention et de la loi régissant la validité quant à la forme, et qu'il a la priorité en vertu de la loi du lieu où est situé le cédant. Pour éviter de telles complications, il a été proposé que la question de la validité quant à la forme de la cession en tant que transfert de propriété soit traitée explicitement dans le projet de Convention, éventuellement par référence à la loi du lieu où est situé le cédant.

102. Différents points de vue ont toutefois été exprimés quant à la loi la plus appropriée pour régir la validité quant à la forme. Selon l'un d'eux, décider que la validité quant à la forme est régie par la loi du lieu où est situé le cédant accroîtrait le degré de prévisibilité et simplifierait le respect par le cessionnaire, ce qui pourrait avoir une incidence sur la priorité éventuelle à accorder à celui-ci. Selon un autre point de vue, il serait plus conforme aux tendances actuelles du droit international privé de prévoir à titre subsidiaire que la validité de la cession est subordonnée au respect des conditions de la loi du lieu où est situé le cédant ou de la loi de l'État dans lequel la cession a été effectuée. Selon un autre avis, la référence à la loi du lieu où est situé le cédant pourrait aller à l'encontre de la pratique suivie en droit international privé. Il a aussi été souligné qu'une telle approche risquerait d'avoir un effet négatif sur les pratiques du commerce international, la loi du lieu où est situé le cédant pouvant être dénuée de pertinence pour l'opération en cause.

103. Au terme du débat, il a été convenu que le projet de Convention ne devrait comporter aucune disposition relative à la validité quant à la forme et que cette question devrait être régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention.

Article 10. *Limitations contractuelles à la cession*

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

> "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 subsé-

quent, 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."

105. Il a été noté que la deuxième phrase du paragraphe 2 semblait énoncer une évidence (à savoir que le cessionnaire ne peut pas avoir de responsabilité contractuelle pour contravention à un contrat auquel il n'est pas partie). Pour traduire exactement l'intention du Groupe de travail (A/CN.9/455, par. 50 et 51), il a été proposé de remplacer le membre de phrase "en vertu de ladite convention du chef de sa violation" par un libellé tel que "même si elle avait connaissance d'une telle convention" ou "au seul motif qu'elle avait connaissance d'une telle convention" ou "à moins qu'elle n'agisse avec l'intention délibérée de causer un préjudice, ou témérairement et sachant pertinemment qu'un préjudice pourrait en résulter".

106. Il a été convenu que la troisième solution proposée limitait indûment toute responsabilité que le cessionnaire pourrait avoir en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention. Au terme du débat, la deuxième solution a été jugée préférable en ce qu'elle exprime plus clairement que l'intention n'était pas d'établir la responsabilité du cessionnaire lorsqu'il y a plus que la simple connaissance de la convention. Sous réserve de ce changement et de toutes autres modifications décidées par le Groupe de travail pour traiter les questions que posent les créances financières (voir par. 86), le Groupe de travail a adopté le projet d'article 10 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

### Article 12. *Limitations concernant les gouvernements et autres entités publiques*

107. Le texte du projet d'article 12 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"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.]"

108. Il a été rappelé que le projet d'article 12 résultait d'une décision que le Groupe de travail avait prise à sa précédente session pour veiller à ce que les débiteurs souverains ne soient pas affectés par des cessions faites en violation de clauses de non-cession figurant dans des marchés publics et des contrats analogues. Le Groupe de travail a estimé qu'il fallait éviter toute atteinte au régime juridique de ce type de contrat qui risquait de compromettre sérieusement l'acceptabilité du projet de Convention (A/CN.9/456, par. 115).

109. Selon un avis, la référence à une "entité commerciale" et à des "activités commerciales" aux alinéas *a* et *b* respectivement pouvait faire craindre que le projet d'article 12 ne protège pas les débiteurs souverains dans les pays où les entités publiques et leurs activités ne sont pas normalement régies par des dispositions spécifiques de droit public mais relèvent des mêmes règles que les entités et les activités "commerciales". Pour lever cette crainte tout en exprimant avec encore plus de force la décision de principe susvisée, il a été proposé de remplacer le projet d'article 12 par le texte suivant:

"1. Les articles 10 et 11 ne s'appliquent pas à la cession d'une créance née d'un contrat dans lequel le débiteur est une entité publique.

2. Le terme "entité publique" désigne une administration, une autorité fédérale, régionale ou locale ou un organisme contrôlé par une entité publique.

3. Le terme "organisme contrôlé par une entité publique" désigne tout organisme:

*a)* créé spécialement pour satisfaire des besoins dans l'intérêt général et n'ayant pas un caractère industriel ou commercial;

*b)* ayant la personnalité juridique; et

*c)* financé en majeure partie par une entité publique, ou dont la gestion est supervisée par une entité publique, ou ayant un organe d'administration et de direction ou de supervision dont plus de la moitié des membres sont nommés par une entité publique."

110. Cette proposition a reçu un certain appui, mais des inquiétudes ont été exprimées quant à l'ampleur excessive de l'exception proposée qui aurait pour effet de protéger indûment des débiteurs souverains agissant en tant que parties commerciales ou dans le cadre d'opérations commerciales. Pour répondre à ces inquiétudes, il a été proposé que l'exception soit restreinte à des entités publiques agissant dans l'exercice de leurs fonctions publiques. Cette proposition a été contestée au motif qu'il entre dans les prérogatives de chaque État de déterminer quels types d'entités publiques il entend protéger.

111. Il a toutefois été largement considéré que tant le texte proposé que le projet d'article 12, en établissant une règle qui serait applicable à tous les débiteurs souverains, pourraient dépasser leur objet. Il a été observé qu'une telle règle aurait pour effet de protéger les débiteurs souverains qui n'ont peut-être pas besoin d'une telle protection ou peuvent être protégés par d'autres moyens (par exemple, par une limitation légale à la cession dans la mesure où cette limitation n'est pas affectée par le projet de Convention). Alors que de tels débiteurs souverains pourraient décider de l'opportunité de se prévaloir de la protection qui leur est offerte en vertu du projet d'article 12 en décidant ou non d'insérer une clause de non-cession dans leurs contrats, le projet d'article 12 n'en serait pas moins perçu comme la codification d'une bonne pratique généralement acceptable, conclusion qui n'a jamais été celle du Groupe de travail.

112. En outre, il a été indiqué que si une limitation contractuelle à une cession invalidait cette cession à l'encontre d'un débiteur souverain, il pouvait y avoir un risque de non-recouvrement qui ferait augmenter le coût du crédit à tous les débiteurs souverains, qu'ils aient ou non besoin de la protection prévue au projet d'article 12. Par ailleurs, il a été souligné qu'en autorisant des clauses de non-cession dans les marchés publics afin d'invalider les cessions à l'encontre d'un débiteur souverain on pourrait augmenter le coût du crédit pour les petits et moyens fournisseurs de biens et de services, qui auraient alors encore plus de mal à lutter contre la concurrence des gros fournisseurs pour les marchés publics étant donné que ces derniers ont normalement d'autres sources de crédit.

113. À titre de compromis, il a été proposé de revoir le projet d'article 12 afin d'autoriser les États à déterminer librement quelles entités ils entendent protéger, mais uniquement par la voie d'une réserve quant à l'application des projets d'articles 10 et 11 aux débiteurs souverains. Il a été largement estimé qu'une nouvelle disposition devrait être insérée à cet effet dans les clauses finales du projet de Convention, qui pourrait se lire ainsi: "Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par les articles 10 et 11 si le débiteur ou toute personne qui constitue une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée est situé dans cet État au moment de la conclusion du contrat initial et est une collectivité publique nationale ou locale, toute subdivision de ladite collectivité, ou toute autre personne publique. Si un État a fait une telle déclaration, les articles 10 et 11 n'ont pas d'incidence sur les droits et obligations de ce débiteur ou de cette personne." À la proposition tendant à ce que la déclaration précise les types d'entités à protéger, il a été objecté que cela restreindrait indûment la faculté des États d'user effectivement de leur droit de faire une telle déclaration.

114. Au cours du débat, des doutes ont été exprimés quant au point de savoir si des débiteurs puissants, comme les débiteurs souverains, méritaient une protection spéciale. L'avis a aussi été émis que les débiteurs souverains pourraient être protégés de la même manière que les débiteurs de créances financières. Il a été indiqué en réponse que les questions relatives aux débiteurs souverains étaient différentes de celles qui se posaient quant aux débiteurs de créances financières et que, dans le cas des premiers, il s'agissait notamment de la nécessité d'assurer une protection spéciale aux fonds publics ainsi que de permettre aux débiteurs souverains de s'assurer qu'ils traitent avec des institutions fiables.

115. Au terme du débat, le Groupe de travail a décidé qu'il convenait de supprimer le projet d'article 12; il a adopté la nouvelle disposition citée au paragraphe 113 et a chargé le groupe de rédaction de déterminer sa formulation précise et sa place exacte dans le chapitre VI (clauses finales).

### Article 15. *Droit de notifier la cession au débiteur*

116. Le texte du projet d'article 15 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"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."

117. Il a été noté que la première phrase du paragraphe 2 du projet d'article 15, qui traitait apparemment de questions relatives au débiteur, pourrait être transférée au projet d'article 18 ou au projet d'article 19. Le Groupe de travail a adopté le projet d'article 15 et a renvoyé la question au groupe de rédaction.

### Article 16. *Droit du cessionnaire à recevoir paiement*

118. Le texte du projet d'article 16 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"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."

119. La crainte ayant été exprimée que le projet d'article 16 puisse sembler traiter des droits de tiers sur le produit, il a été proposé de reformuler la phrase liminaire du paragraphe 1, qui pourrait se lire ainsi: "Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire, et qu'une notification de cession ait ou non...", et de reporter le paragraphe 2 à la fin du paragraphe 1 en tant qu'alinéa *c*. Ces propositions ont reçu un large appui.

120. Rappelant sa décision selon laquelle le "produit", en cas de droits concurrents de tiers, ne devrait pas inclure les marchandises restituées (voir par. 46 à 48), le Groupe de travail a décidé que, dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, ce dernier a le droit de demander un paiement en espèces ou en nature, ainsi que tout produit sous la forme de marchandises restituées. Il a été indiqué que rien ne permettait de restreindre la faculté du cédant et du cessionnaire de convenir que le cessionnaire pourrait revendiquer toute marchandise restituée. Il a été également observé que, même en l'absence d'accord, une règle autorisant le cessionnaire à revendiquer toute marchandise restituée en cas de défaillance pourrait diminuer les risques

de non-recouvrement et, partant, avoir un effet positif sur le coût du crédit.

121. En réponse aux questions posées, il a été observé que le paragraphe 3 s'appliquait tant au paragraphe 1 qu'au paragraphe 2 en ce qu'il visait à refléter la pratique courante en matière de cessions à titre de garantie. En conformité avec cette pratique, les paragraphes 1 et 2 autorisent le cessionnaire à réclamer au débiteur, au cédant ou à un tiers le paiement intégral, tandis que le paragraphe 3 prévoit qu'il ne peut conserver plus que la valeur de son droit sur la créance cédée, y compris tout intérêt si les intérêts étaient dus en vertu du contrat ou de la loi. Il a été convenu que ce point pourrait être utilement précisé dans le commentaire.

122. Il a été en outre indiqué qu'au paragraphe 3 aucune référence à la convention contraire des parties n'était nécessaire puisque le droit sur la créance cédée découlait du contrat et était régi par le principe de l'autonomie des parties qui était reconnu de manière générale dans le projet d'article 13.

123. Sous réserve des changements mentionnés aux paragraphes 119 et 120, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 16 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

### Article 19. *Paiement libératoire du débiteur*

124. Le texte du projet d'article 19 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"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 de 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.]"

125. S'agissant du paragraphe 2, il a été convenu que ce paragraphe devrait indiquer clairement qu'après avoir reçu notification le débiteur pourrait effectuer un paiement libératoire seulement en faveur du cessionnaire ou, autrement, conformément aux instructions de paiement données par le cessionnaire. Du point de vue formel, il a été décidé de fusionner les paragraphes 1 et 2 en une seule disposition.

126. À propos du paragraphe 6, il a été noté que, si le paiement devenait exigible pendant la période où le cessionnaire était censé fournir une preuve appropriée et si le débiteur ne payait pas, ce dernier pourrait être défaillant et tenu de verser des dommages-intérêts pour le retard. Il a été noté également que, jusqu'ici, le Groupe de travail avait cru comprendre que l'obligation de paiement serait suspendue. Pour éviter toute incertitude, il a été suggéré de traiter la question explicitement au paragraphe 6 en stipulant que l'obligation de paiement devrait être suspendue ou que le débiteur pourrait effectuer un paiement libératoire en faveur du cédant.

127. La suggestion tendant à permettre au débiteur d'effectuer un paiement libératoire en faveur du cédant a soulevé des objections au motif, d'une part, qu'elle aboutirait à codifier une règle qui ne serait pas appropriée dans le principe et, d'autre part, qu'elle pourrait conduire à des abus en ce sens que les débiteurs qui agiraient de mauvaise foi ou en collusion avec le cédant attendraient que le paiement devienne exigible avant de demander qu'une preuve appropriée soit fournie, de manière à continuer de payer le cédant ou à retarder le paiement. L'idée de suspendre le paiement a bénéficié d'un certain appui. Un débiteur, en particulier le consommateur débiteur, serait dans une position difficile s'il recevait une notification d'un cessionnaire étranger, inconnu. Dans cette situation, le débiteur n'aurait pas suffisamment de temps pour examiner la notification, serait tenu de verser des dommages-intérêts en cas de retard dans le paiement, et ne serait pas libéré s'il payait un cessionnaire qui n'en était pas un (si la cession était nulle et sans effet, par exemple pour des raisons de fraude ou de contrainte). Devant ces préoccupations, un certain nombre de suggestions ont été faites. Selon une suggestion, l'application du paragraphe 6 pourrait être limitée aux cas où le débiteur était fondé à avoir des doutes. Selon une autre, il faudrait adjoindre au cessionnaire le qualificatif "apparent". Selon une autre encore, la preuve appropriée devrait être définie uniquement par référence à un écrit émanant du cédant.

128. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, la question ne devrait pas être explicitement traitée dans le texte du projet de Convention. Énoncer clairement au paragraphe 6 que le débiteur pourrait payer le cédant ou que l'obligation de

paiement pourrait être suspendue risquerait d'encourager les pratiques abusives. En outre, si le débiteur pouvait continuer de payer le cédant, même si celui-ci était devenu insolvable ou avait cessé d'exister, le cessionnaire se trouverait sérieusement désavantagé. Quant au problème des cessionnaires frauduleux, selon un avis assez général, il se posait rarement dans la pratique et, en tout cas, il était suffisamment traité au paragraphe 7, qui reconnaît valeur libératoire au paiement fait par le débiteur conformément à sa loi nationale.

129. Le paragraphe 7 risquerait d'aboutir à ce que le débiteur qui ne tient pas compte d'une notification qui lui est adressée en vertu du projet de Convention (par exemple, parce qu'elle porte sur des créances futures, ce qui pourrait ne pas être autorisé en vertu d'une autre loi) effectue un paiement en faveur d'une autre personne conformément à une autre loi. Il a donc été suggéré de modifier le paragraphe pour que le paiement effectué en vertu de l'autre loi ne soit valide que s'il est effectué en faveur du cessionnaire fondé à le recevoir en vertu du projet de Convention, et de limiter le recours au paiement en faveur d'un tribunal.

130. Selon un avis assez général, toutefois, une telle approche réduirait effectivement la protection offerte au débiteur. Il a été dit que le paragraphe 7 visait à l'origine à s'assurer que si, en vertu d'une autre loi en dehors du projet de Convention, un mécanisme permettait au débiteur de se libérer, ce dernier ne devrait pas être empêché de recourir à ce mécanisme.

131. Par ailleurs, il a été suggéré de supprimer le paragraphe 8, car il énonçait une évidence ou plaçait le débiteur devant le risque d'avoir à déterminer la validité de la cession pour que son paiement ait valeur libératoire.

132. Après discussion et sous réserve de la fusion des paragraphes 1 et 2, de la modification à apporter au paragraphe 2, comme indiqué au paragraphe 125 ci-dessus, et de la suppression du paragraphe 8, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 19 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

### Article 20. *Exceptions et droit à compensation du débiteur*

133. Le texte du projet d'article 20 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 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."

134. Le Groupe de travail s'est demandé si les droits à compensation découlant de contrats entre le cédant et le débiteur, qui étaient étroitement liés au contrat initial (par exemple, un contrat de maintenance ou autre service à l'appui du contrat de vente initial), devraient être traités de la même manière que les droits à compensation découlant du contrat initial (à savoir, le débiteur devrait pouvoir les opposer au cessionnaire, qu'ils naissent avant ou après la notification). De l'avis général, ces droits devraient bénéficier du même traitement en vertu du projet de Convention que les droits nés du contrat original. Il a aussi été convenu de se préoccuper d'éviter, pour exprimer la notion de "lien étroit" dans le projet de Convention, une formulation dans laquelle entrerait une gamme trop large de contrats. Il a été proposé d'adopter une formule en ce sens: "droit à compensation découlant de la même transaction que le contrat initial'.

135. Il a été noté que le paragraphe 2 se référait au fait que le droit à compensation n'existait que si le débiteur pouvait invoquer ce droit au moment où il a reçu la notification. Pour dissiper toutes incertitudes et disparités qui pourraient exister en ce qui concerne la loi applicable à la compensation, il a été suggéré de faire référence à la loi régissant le contrat initial. Cette suggestion a soulevé une objection au motif qu'il ne serait pas indiqué de chercher à traiter dans le projet de Convention une telle question générale de droit international privé. De plus, la loi régissant le contrat initial risquerait de ne pas être la loi appropriée et, en tout cas, ne porterait pas sur les motifs non conventionnels de compensation (voir par. 155 et 156).

136. Sous réserve de la modification visée au paragraphe 134 ci-dessus, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 20 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

### Article 21. *Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droit à compensation*

137. Le texte de l'article 21 examiné par le Groupe de travail est le suivant:

"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."

138. Il a été noté que, dans la référence aux débiteurs figurant au paragraphe 1 (ainsi qu'au projet d'article 23), les transactions "à des fins personnelles, familiales ou domestiques" étaient déterminées par l'adverbe "principalement", de façon à assurer que la limitation s'appliquerait uniquement aux transactions à des fins de consommation (c'est-à-dire des transactions entre consommateurs). Il a été largement estimé, toutefois, que pour être compatible avec l'objectif de protection des débiteurs-consommateurs cette disposition devrait s'appliquer aux transactions ayant un but de consommation pour l'une des parties et un but commercial pour l'autre (à savoir des transactions entre un consommateur et une entité commerciale).

139. Il a été noté par ailleurs que les paragraphes 1 et 3 faisaient référence à un écrit signé, sans préciser si seul le débiteur devait signer ou s'il fallait la signature du débiteur et du cédant. Il a été convenu que la disposition devrait préciser que l'écrit devait être signé uniquement par le débiteur, puisque ce dernier était la partie dont les droits seraient affectés par une modification d'une convention de non-recours.

140. Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 21 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

### Article 22. *Modification du contrat initial*

141. Le texte du projet d'article 22 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"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."

142. Il a été noté que le paragraphe 1 mentionnait la notification sans toutefois préciser si elle prenait effet lorsqu'elle était envoyée au débiteur ou lorsqu'elle était reçue par ce dernier. Le Groupe de travail est convenu que le moment pertinent était celui où la notification était reçue par le débiteur, puisque c'est à partir de là que ce dernier ne pouvait exécuter son obligation que conformément aux instructions de paiement du cessionnaire. Notant que la question était traitée au projet d'article 18, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 22 sans changement.

### Article 23. *Restitution des paiements*

143. Le texte du projet d'article 22 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"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."

144. Sous réserve de la suppression du mot "principalement", le Groupe de travail a adopté le projet d'article 23 et l'a renvoyé au groupe de rédaction (voir par. 138).

### *Champ d'application et objet du chapitre V*

145. Des avis divergents ont été exprimés en ce qui concerne le champ d'application ou l'objet des règles de droit international privé du projet de Convention, question traitée au paragraphe 3 du projet d'article premier, dont le texte examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"[3. Les dispositions du chapitre V 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, ces dispositions ne s'appliquent pas si un État fait une déclaration au titre de l'article 34.]"

146. Selon un avis, l'application du chapitre V ne devrait que compléter les dispositions de droit matériel du projet de Convention et donc ne s'appliquer qu'aux opérations entrant dans le champ d'application du projet de Convention tel que défini au chapitre premier. À l'appui de cet avis, il a été déclaré que, du point de vue législatif, il ne serait pas approprié de tenter, en fait, d'élaborer une mini-convention de droit international privé dans le cadre d'une convention de droit matériel. Si le chapitre V devait compléter les dispositions de droit matériel du projet de Convention, a-t-on indiqué, il pourrait suffire de ne conserver que le projet d'article 28 à la section II du chapitre IV, avec les premiers mots figurant entre crochets. Dans un tel cas, le projet d'article 28 pourrait traiter des questions non traitées dans les dispositions de droit matériel du projet de Convention, par exemple la question de la loi applicable à la compensation et à la cessibilité légale, et n'aurait pas besoin de faire l'objet d'une clause de renonciation. En outre, il a été noté que le projet d'article 27 pourrait être supprimé, car il traitait des aspects contractuels de la cession, question qui n'était pas un des principaux sujets du projet de Convention et qui était peut-être déjà suffisamment réglementée dans le droit international privé (même si le principe de la liberté de choix de la loi applicable n'était peut-être pas commun à tous les systèmes juridiques). En outre, il a été noté que les premiers articles 29 à 31 pouvaient être supprimés, car les questions sur lesquelles ils portaient étaient déjà suffisamment traitées dans les projets d'articles 24 à 26. Par contre, si le chapitre V était conservé, il a été proposé qu'il fasse l'ob-

jet d'une clause d'option positive, plutôt que d'une clause de renonciation. Cette suggestion a reçu un appui important.

147. Le Groupe de travail a noté qu'en principe il ne serait pas approprié de limiter l'application des règles de droit international privé sur la base des notions de droit matériel figurant au chapitre premier (c'est-à-dire seulement aux cessions telles que définies dans le projet d'article 2, ou seulement aux opérations internationales telles que définies dans le projet d'article 3, ou encore seulement si le cédant ou le débiteur était situé dans un État contractant).

148. Toutefois, afin de tenter d'arriver à un consensus, on a proposé que l'application du chapitre V soit limitée aux opérations internationales telles que définies au chapitre premier, 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 (approche qui avait déjà été retenue au paragraphe 3 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by). À l'appui de cet avis, on a noté qu'une telle approche permettrait aux États ne disposant pas de règles de droit international privé appropriées sur la cession ou n'ayant pas de règles du tout de tirer parti des règles énoncées au chapitre V. S'il a été admis que ces règles énonçaient des principes généraux qui devraient être complétés par d'autres principes de droit international privé, il a été noté que, de par leur caractère général, les dispositions du chapitre V introduisaient des règles qui pourraient être utiles à de nombreux États et qui clarifiaient utilement des questions (par exemple, les questions de priorité) sur lesquelles l'incertitude prévalait en droit international privé. En outre, une fois que les règles de priorité énoncées dans les projets d'articles 24 à 26 auraient été dans l'ensemble acceptées, il n'y aurait pas de véritable raison de limiter leur application en fonction des notions de droit matériel énoncées au chapitre premier. Pour ce qui est des États qui disposaient déjà de règles appropriées sur la cession, il a été noté qu'ils pouvaient toujours renoncer à l'application du chapitre V. Ces suggestions ont aussi reçu un appui important, bien que certaines délégations se soient prononcées en faveur du maintien des projets d'articles 28 et 29, uniquement.

149. Après un débat, le Groupe de travail n'a pu arriver à un accord. Il a donc été décidé que le paragraphe 3 de l'article premier serait modifié comme suit, et demeurerait entre crochets:

> "[3. Les dispositions du chapitre V 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. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas si un État fait une déclaration au titre de l'article 34.]"

Il a également été décidé que les premiers mots des projets d'articles 27 et 28, ainsi que le projet d'article 29 dans son ensemble (à l'exception des premiers mots, qui pouvaient être supprimés; voir le paragraphe 160), devraient rester entre crochets, dans l'attente d'une décision définitive sur la question du champ d'application du projet de chapitre V. En outre, le Groupe de travail est convenu que les articles 30 et 31 soulevaient des problèmes qui devaient être examinés plus avant et a décidé que ces dispositions devraient elles aussi être placées entre crochets.

### Article 27. *Loi applicable au contrat de cession*

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

> "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 concessionnaire 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."

151. Afin d'indiquer plus clairement les questions qui devraient être soumises aux principes de l'autonomie des parties, le Groupe de travail a décidé de remplacer les mots "contrat de cession" par les mots "droits et obligations du cédant et du cessionnaire en vertu du contrat de cession". Il a été proposé d'inclure une référence à la "conclusion et la validité du contrat de cession", mais on a objecté que ces termes n'étaient pas interprétés universellement de la même manière et que leur utilisation pourrait être source d'incertitude.

152. Le Groupe de travail a également étudié si les paragraphes 2 et 3 étaient nécessaires. Il a été noté que, si l'objectif du projet d'article 27 était de reconnaître l'autonomie des parties sans entrer dans le détail, le paragraphe 2 n'était peut-être pas absolument nécessaire, étant donné notamment que les opérations visées étaient fort probablement négociées dans tous leurs détails par des parties extrêmement averties qui incluaient normalement une clause de conflit dans leurs contrats. Pour ce qui est du paragraphe 3, il a été noté qu'il n'était peut-être pas utile sans règles détaillées quant aux facteurs de rattachement pertinents (par exemple, la prestation caractéristique mentionnée au paragraphe 2 de l'article 4 de la [Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles] (Convention de Rome), avec le mécanisme auxiliaire prévu au paragraphe 5 de ce même article pour le cas où la prestation caractéristique ne pourrait être déterminée). Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, les paragraphes 2 et 3 énonçaient des règles importantes qui n'existaient peut-être pas dans tous les systèmes juridiques et devraient donc être conservées.

153. Sous réserve de la modification mentionnée au paragraphe 151 ci-dessus et de la décision définitive quant au champ d'application du chapitre V, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 27 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 28. *Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur*

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

"[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.]"

155. Le Groupe de travail a étudié une fois de plus la question de la loi applicable aux droits à compensation. Il a été noté que le principe général, pour ce qui est des droits contractuels à compensation, était que ceux-ci étaient régis par la loi du contrat dont ils découlaient. Il a également été noté que, conformément à cette approche, la loi régissant les droits à compensation serait la même que celle régissant la créance, si de tels droits découlaient du contrat initial, et serait différente, si ces droits à compensation découlaient d'un autre contrat.

156. On a déclaré, en faveur de l'inclusion de la question de la loi applicable aux droits à compensation, qu'une telle approche renforcerait la certitude et pourrait avoir un effet bénéfique sur le coût du crédit, car il existait souvent de tels droits à compensation et ceux-ci ne pouvaient qu'augmenter le risque de non-paiement par le débiteur. Toutefois, il a été déclaré qu'afin d'obtenir ce résultat il faudrait soumettre les droits à compensation à la loi régissant la créance. Vu la difficulté de la question et l'absence de consensus quant à la loi applicable à la compensation, le Groupe de travail a rappelé et confirmé sa décision de ne pas traiter de cette question (voir par. 135).

157. Le Groupe de travail a ensuite abordé la question de savoir si le projet d'article 28 devrait régir la cessibilité légale. Il a été noté que l'application à cette question de la loi régissant la créance ne serait peut-être pas appropriée. Une telle approche risquerait d'avoir pour résultat de permettre au cédant et au débiteur d'échapper à d'éventuelles limitations légales, qui faisaient intervenir des questions de droit impératif ou d'ordre public, en choisissant pour la créance une loi favorable.

158. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé de ne pas inclure de dispositions additionnelles dans le projet d'article 28, étant entendu que les limitation légales à la cessibilité, qui découleraient normalement de règles de droit impératives, seraient préservées en vertu du projet d'article 30 (A/CN.9/456, par. 117). Toutefois, après réflexion, le Groupe de travail a décidé que le projet d'article 28 devrait être limité à la cessibilité contractuelle. Sous réserve de cette modification et de sa décision définitive quant au champ d'application du chapitre V, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 28 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 29. *Loi applicable aux conflits de priorité*

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

"[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.]"

160. Il a été noté que le projet d'article 29 figurait entre crochets, car, si le chapitre V devait compléter les dispositions de droit matériel du projet de Convention, le projet d'article 29 répéterait les règles énoncées dans les projets d'articles 24 et 25 et devrait être supprimé. Il a également été noté que, si le chapitre V était applicable, que le cédant ou le débiteur soit ou non situé dans un État contractant, les premiers mots ne seraient pas nécessaires, car il s'appliquerait aux questions non traitées dans le projet de Convention, alors que les projets d'articles 24 et 25 s'appliqueraient aux questions qui y étaient traitées. Sous réserve de cette modification, de l'alignement du projet d'article 29 sur les projets d'articles 24 et 25 et de la décision définitive quant au champ d'application du chapitre V, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 29 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 30. *Règles impératives*

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

"1. Aucune disposition des articles 27 et 28 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 27 et 28 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."

162. En attendant de prendre une décision définitive quant au champ d'application du chapitre V (voir par. 145 à 149), le Groupe de travail a décidé que le projet d'article 30 devait demeurer entre crochets.

Article 31. *Ordre public*

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

"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."

164. Sous réserve de sa décision définitive quant au champ d'application du chapitre V (voir par. 145 à 149), le Groupe de travail a adopté le projet d'article 31 sans débat.

## IV. ANNEXE DU PROJET DE CONVENTION

### A. *Remarques générales*

165. Il a été noté que l'annexe pourrait être remplacée par deux dispositions rédigées comme suit:

"Article X. *Révision et amendements*

1. À la demande d'un tiers au moins des États contractants à la présente Convention, le dépositaire convoque une conférence des États contractants ayant pour objet de réviser ou d'amender la présente Convention.

2. Tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion déposé après l'entrée en vigueur d'un amendement à la présente Convention sera réputé s'appliquer à la Convention telle qu'elle aura été amendée.

Article Y. *Révision du régime de priorité*

1. Nonobstant les dispositions de l'article X, une conférence des États contractants ayant pour seul objet d'établir un régime international pour le dépôt public des notifications afin de régler les questions de priorité apparaissant dans le contexte de la cession de créances en vertu de la présente Convention sera convoquée par le dépositaire conformément au paragraphe 2 du présent article.

2. Une Conférence de révision sera convoquée par le dépositaire à la demande d'un quart au moins des États contractants. Le dépositaire demandera à tous les États contractants invités à la conférence de soumettre les propositions qu'ils souhaitent voir examiner par cette dernière et communiquera à tous les États contractants invités l'ordre du jour provisoire et toutes les propositions soumises.

3. Toute décision de la conférence sera prise à la majorité des deux tiers des États participants. La conférence pourra adopter toutes les mesures nécessaires à l'établissement d'un régime international efficace pour le dépôt public des notifications afin de régler les questions de priorité apparaissant dans le contexte de la cession de créances en vertu de la présente Convention. Aucun État ne sera tenu de participer directement ou indirectement au régime international ainsi établi.

4. Tout amendement adopté sera communiqué par le dépositaire à tous les États contractants pour acceptation et à tous les États signataires de la Convention pour information. L'amendement entre en vigueur le premier jour du mois qui suit l'année écoulée à compter de son acceptation par les deux tiers des États contractants. L'acceptation sera effectuée par le dépôt d'un instrument formel à cet effet auprès du dépositaire.

5. Après l'entrée en vigueur d'un amendement, un État contractant qui aura accepté l'amendement sera en droit d'appliquer la Convention telle qu'elle aura été amendée dans ses relations avec les États contractants qui, dans un délai de six mois après l'adoption de l'amendement, n'auront pas notifié au dépositaire qu'ils ne sont pas liés par ledit amendement.

6. Tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion déposé après l'entrée en vigueur d'un amendement à la présente Convention sera réputé s'appliquer à la Convention telle qu'elle aura été amendée."

166. Il a été généralement convenu que l'annexe devrait être maintenue, car elle pourrait donner aux États des orientations en vue de la mise en place d'un régime de priorité fondé sur le droit matériel. À propos du système d'enregistrement envisagé dans l'annexe, il a été dit que ce système pourrait offrir plus de certitude quant aux droits des financiers et, ainsi, réduire les risques et les coûts associés aux opérations de financement. S'agissant des projets d'articles X et Y, il a été indiqué que le projet d'article X devrait être placé dans les dispositions finales et que le paragraphe 3 du projet d'article Y pourrait être maintenu soit dans les dispositions finales, soit dans le projet d'article 3 de l'annexe, peut-être rédigé de manière à permettre une plus grande souplesse, sans qu'il soit fait référence à une conférence diplomatique. À une question qui a été posée, il a été répondu qu'en vertu du projet d'article 36 les États pourraient retenir une des options offertes dans l'annexe, ou n'en retenir aucune (voir par. 188 à 191 et 203). Le Groupe de travail a poursuivi l'examen des règles de fond énoncées dans le projet d'annexe.

### B. *Examen des projets d'articles de l'annexe*

#### *Section I. Règles de priorité fondées sur l'enregistrement*

Article premier. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

167. Le texte du projet d'article 1 de l'annexe examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"Entre des cessionnaires des mêmes créances du même cédant, la priorité est déterminée par l'ordre dans lequel certaines informations concernant la cession sont enregistrées en vertu de la présente Convention, quel que soit le moment du transfert des créances. Si aucune cession n'est enregistrée, la priorité est déterminée en fonction du moment de la cession."

168. Le Groupe de travail a décidé que, dans le projet d'article premier de l'annexe, par enregistrement, il fallait entendre l'enregistrement d'une notification et non d'un document en ce sens que seules certaines informations concernant la cession devaient être enregistrées et non tout le document de cession. De l'avis assez général, afin d'en assurer le fonctionnement rapide, simple et peu onéreux, le système d'enregistrement devrait être fondé sur l'enregistrement d'un nombre limité d'informations. S'agissant de la forme, il a été suggéré notamment de faire référence à des "données", à une "notification" ou à un "document". À l'encontre de la suggestion tendant à se référer au "document de cession", on a fait valoir qu'elle risquerait de donner l'impression qu'il s'agit d'un système de dépôt des documents. Sous cette réserve, le Groupe de travail a adopté le projet d'article premier de l'annexe et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 2. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant*

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

"[Sous réserve des paragraphes 3 et 4 de l'article 25 de la présente Convention et de l'article 4 de la présente annexe,] un cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si:

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

*b)* la priorité tient à des motifs autres que les dispositions de la présente Convention."

170. Le Groupe de travail a décidé de supprimer la phrase d'introduction du projet d'article étant entendu qu'une référence explicite à la préservation des superprivilèges traitée au paragraphe 5 de l'article 25 serait incluse au projet d'article 2 de l'annexe. La question a été renvoyée au groupe de rédaction. Toutefois, il a été indiqué que la phrase d'introduction du projet d'article ne serait pas nécessaire si l'annexe établissait explicitement qu'au cas où un État choisirait un régime de priorité fondé sur les sections I et II de l'annexe les projets d'articles 1 et 2 de cette annexe s'appliqueraient en tant que règle de priorité pour cet État. Le Groupe de travail a décidé de revenir sur la question lorsqu'il aurait achevé l'examen de l'annexe (voir par. 188 à 191). S'agissant de l'alinéa *a*, il a décidé de supprimer les deuxième et troisième séries de mots entre crochets et de conserver la première en enlevant les crochets. Il a aussi décidé de supprimer l'alinéa *b*. On a rappelé que cette disposition faisait partie d'une règle de priorité de droit matériel antérieure du projet de Convention qui n'appartenait pas au projet d'article 2 de l'annexe, car l'article 2 serait la seule base qui permettrait à un cessionnaire de faire valoir sa priorité. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 2 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

## *Section II. Enregistrement*

Article 3. *Création d'un système d'enregistrement*

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

"Un système d'enregistrement est créé pour l'enregistrement des données concernant les cessions au titre de la présente Convention et les règles devant être promulguées par le conservateur du registre et l'autorité de supervision. Les règles prescrivent la manière exacte dont le système d'enregistrement fonctionne, ainsi que la procédure de règlement des litiges relatifs à l'enregistrement."

172. Le principe de base du projet d'article 3 a bénéficié d'un appui. Un certain nombre de suggestions ont été faites. Selon l'une d'elles, il conviendrait de remplacer les mots "la manière exacte" par les mots "dans le détail, afin de ne pas donner l'impression que les règles devraient être plus détaillées que ne l'exigeait la pratique et de laisser au conservateur du registre et à l'autorité de supervision une latitude suffisante pour établir ces règles. Ces suggestions ont reçu un appui suffisant. Il a aussi été suggéré de définir avec plus de précision, dans le projet d'article 3, le conservateur et l'autorité de supervision. Le Groupe de travail a décidé de revenir sur la question lorsqu'il aurait achevé l'examen de l'annexe (faute de temps, il n'a pas examiné cette question; voir, toutefois, la proposition figurant au paragraphe 166). Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 3 de l'annexe et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 4. *Enregistrement*

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

"1. Toute personne peut enregistrer, dans le registre, des données se rapportant à une cession conformément à la présente Convention et au règlement d'enregistrement. Les données enregistrées sont le nom et l'adresse du cédant et du cessionnaire et une description succincte des créances cédées.

2. Le même enregistrement peut porter sur:

*a)* la cession par le cédant au cessionnaire de plus d'une créance;

*b)* une cession non encore effectuée;

*c)* la cession de créances n'existant pas au moment de l'enregistrement.

3. L'enregistrement, ou sa modification, produit ses effets à compter du moment où les données visées au paragraphe 1 sont accessibles aux utilisateurs. L'enregistrement, ou sa modification, produit ses effets pendant le délai spécifié par la partie qui enregistre. En l'absence d'une telle spécification, l'enregistrement produit ses effets pour une période de [cinq] ans. Un règlement précisera de quelle manière l'enregistrement peut être reconduit, modifié ou supprimé.

4. Toute anomalie, irrégularité, omission ou erreur dans le nom du cédant qui empêche une recherche faite à partir du nom du cédant d'aboutir aux données enregistrées invalide l'enregistrement."

174. À propos du paragraphe 1, des craintes ont été exprimées devant l'idée que permettre à "toute personne" d'enregistrer des données se rapportant à une cession risquerait d'ouvrir la porte aux abus et à des enregistrements frauduleux. Pour éliminer ces craintes, il a été suggéré de définir la base sur laquelle une personne pourrait enregistrer des données. On a fait valoir, toutefois, que l'enregistrement frauduleux ne posait pas véritablement de problème, car l'enregistrement prévu dans le projet d'article 4 ne créait pas de droits fondamentaux. De l'avis général, toutefois, il conviendrait de se référer aux personnes spécifiées dans les règlements. Une formule en ce sens a été proposée: "toute personne autorisée par les règlements". Pour tenir compte de l'enregistrement électronique et permettre que cet enregistrement fonctionne dans un environnement multilingue, il a été décidé de remplacer la référence au "nom et adresse" par une référence à l'identification. Il a été indiqué que les règlements pourraient prévoir qu'une personne sera identifiée par un numéro et exiger qu'en plus de l'identification des parties et des créances cédées d'autres données soient fournies. Il a été convenu aussi de prévoir au paragraphe 1 l'enregistrement de toutes les modifications.

175. Il a été suggéré de supprimer le paragraphe 2 *b* du projet d'article. À l'appui de cette suggestion, on a fait valoir que permettre l'enregistrement d'une cession avant qu'elle soit effectuée ("enregistrement anticipé") pourrait conduire à des abus, mais d'autres arguments ont été avancés à son encontre. De l'avis général, la faculté d'enregistrer une cession future était au centre d'opérations importantes. En l'absence de certitude quant à la priorité, les financiers ne concluraient pas de telles opérations. De plus, le risque de voir se développer des pratiques d'enregistrement abusives n'existait pas vraiment, car l'enregistrement ne conférait aucun droit à la partie qui enregistrait, sauf si des droits existaient en vertu d'un contrat valide.

176. Quant au paragraphe 3, il a été convenu qu'il devrait permettre de choisir la période d'effet de l'enregistrement dans une série d'options énoncées dans les règlements. Il a été convenu aussi d'ajouter à la fin du paragraphe 3 un membre de phrase rédigé en ce sens: "et, dans la mesure où il n'en résulte pas d'incompatibilité avec la présente annexe, tous autres aspects nécessaires au fonctionnement du système d'enregistrement".

177. Le principe de base du paragraphe 4 selon lequel une erreur essentielle dans l'identification du cédant invaliderait l'enregistrement a bénéficié d'un appui. L'hypothèse de départ était que, si l'erreur était faite par la partie qui enregistrait, ce serait cette dernière qui subirait les conséquences de l'invalidité de l'enregistrement. Par ailleurs, si l'erreur était faite par le conservateur du registre, les règlements traiteraient de la question de la responsabilité. Il a été suggéré aussi de remplacer les mots "qui empêche" par les mots "qui empêcherait" à la première ligne du paragraphe 4 pour indiquer que, même si nul n'était véritablement induit en erreur, l'enregistrement ne serait pas valide.

178. Sous réserve des modifications ci-dessus, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 4 de l'annexe et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 5. *Recherches dans le registre*

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

"1. Toute personne peut faire des recherches dans les fichiers du registre à partir du nom du cédant et obtenir le résultat de ces recherches par écrit.

2. Le résultat d'une recherche par écrit qui est censé émaner du registre est recevable à titre de preuve et, en l'absence de preuve contraire, atteste les données sur lesquelles porte la recherche, notamment:

*a)* la date et l'heure de l'enregistrement; et

*b)* le rang de l'enregistrement."

180. Il a été généralement convenu qu'il faudrait préciser, dans le projet d'article 5, que le registre était un registre public. Et c'est parce qu'il était public que l'emploi des mots "toute personne" au paragraphe 1 reflétait bien le principe de l'accès public pour des recherches, ce qui n'était pas le cas pour un enregistrement. Pour répondre à une préoccupation exprimée au sujet du terme "toute personne" qui risquerait d'être trop large et de compromettre la confidentialité indispensable aux opérations de financement, il a été dit que le problème ne se poserait pas, car l'enregistrement ne porterait que sur un nombre limité de données spécifiées dans le projet d'article 4 et dans les règlements et ne comprendrait pas d'informations sur les détails financiers d'une opération.

### *Section III. Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession*

Article 6. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

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

"1. Si une créance est cédée plusieurs fois, le droit sur cette créance est acquis par le cessionnaire qui bénéficie du contrat de cession le plus ancien.

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

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

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

182. La règle énoncée au paragraphe 1 a reçu un appui suffisant au sein du Groupe de travail. Pour ce qui est de la forme, il a été proposé que le paragraphe 1 fasse référence à plusieurs cessions de la même créance par le même cédant.

183. Pour ce qui est du paragraphe 2, des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si la référence à la "mauvaise foi" engloberait la connaissance ou la notification d'une cession précédente. Selon un avis, conformément aux lois en vigueur dans de nombreux systèmes ju-

ridiques, le paragraphe 2 s'appliquerait aux cas où le cessionnaire avait connaissance ou avait été avisé d'une cession précédente. Selon un autre avis, conformément à la décision du Groupe de travail selon laquelle la simple connaissance ou une simple notification ne devraient pas avoir d'incidences sur la libération du débiteur, ces éléments ne devraient avoir aucun effet non plus sur le rang de priorité du cessionnaire. Il a été déclaré que le paragraphe 2 devrait être limité aux cas de fraude ou de collusion. Selon un avis connexe, dans son libellé actuel, le paragraphe 2 ne pouvait être applicable dans le cas d'un cessionnaire qui viendrait en second chronologiquement et qui risquerait de perdre son rang de priorité au motif qu'il avait connaissance ou avait été avisé d'une cession précédente, parce que ce paragraphe disposait que le cessionnaire le plus ancien perdait son rang de priorité s'il était de mauvaise foi et parce que la connaissance ou la notification d'une cession antérieure n'entrait pas en ligne de compte pour la priorité dans le cas d'une règle de priorité fondée sur la chronologie. Il a donc été noté que, si le champ d'application du paragraphe 2 était limité aux cas de fraude, ce paragraphe ne serait sans doute pas nécessaire, car une telle question serait normalement suffisamment traitée dans la plupart des systèmes juridiques. Il a également été indiqué qu'en cas de fraude il n'y aurait sans doute pas de conflit de priorité auquel le paragraphe pourrait s'appliquer, car la cession serait annulée en tant que transfert frauduleux. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 2, étant entendu que la question de la bonne foi relevait de la loi applicable en dehors du projet de Convention (pour ce qui est de l'application du principe de la bonne foi en vertu du projet de Convention, voir A/CN.9/WG.II/WP.105, par. 62).

184. Pour ce qui est du paragraphe 3, il a été convenu qu'il énonçait une règle inappropriée et devrait être supprimé. Le Groupe de travail a également décidé de supprimer le paragraphe 4, étant entendu que le commentaire expliquerait que l'importante question de savoir à qui incombait la charge de la preuve relevait de la loi applicable en dehors du projet de Convention.

185. Après un débat, et sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 6 de l'annexe et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 7. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant*

186. Le texte du projet d'article 7 de l'annexe examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"[Sous réserve des paragraphes 3 et 4 de l'article 25 de la présente Convention et de l'article 4 de la présente annexe,] un cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si:

*a)* les créances ont été cédées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la saisie; ou

*b)* la priorité tient à des motifs autres que les dispositions de la présente Convention."

187. Pour ce qui est des mots introductifs, le Groupe de travail a décidé qu'ils devraient être supprimés étant entendu qu'il faudrait inclure une référence à la préservation des superprivilèges traitée dans le projet d'article 25-5. Cette question a été renvoyée au groupe de rédaction (s'agissant de la nécessité de l'ajout d'une référence au projet d'article 25-5, voir les paragraphes 170 et 188 à 191). Il a été demandé s'il faudrait ajouter une référence aux droits de l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant qui devraient être préservés au motif qu'ils se fondaient sur des règles de droit impératives. Il a été répondu que le projet d'article 25-4 avait été supprimé au motif que ces questions ne relevaient pas de la question de la priorité et qu'elles étaient régies par la loi applicable en dehors du projet de Convention. Il a été convenu que la question devrait être précisée dans le commentaire. Conformément à la décision qu'il avait prise à propos du projet d'article 2 de l'annexe (voir par. 170), le Groupe de travail a décidé de supprimer l'alinéa *b*.

### C. *Proposition concernant l'application de l'annexe*

188. Il a été relevé que le projet d'article 36, sous sa forme actuelle, permettait à un État d'opter pour les règles de priorité de la section I et le système d'enregistrement de la section II. Selon une opinion qui a été avancée, il devrait y avoir deux autres possibilités: un État devrait pouvoir opter pour les règles de priorité de la section I et un système d'enregistrement autre que celui qui est proposé dans la section II, ou bien pour le système d'enregistrement de la section II et des règles de priorité autres que celles qui sont proposées dans la section I. Il a été suggéré d'énoncer ces trois possibilités dans un nouveau projet d'article.

189. Il a aussi été suggéré d'indiquer explicitement dans un nouveau projet d'article que, si un État optait pour un régime de priorité fondé sur les sections I et II de l'annexe, les règles de priorité énoncées dans le projet d'article premier de l'annexe seraient les règles de priorité de cet État en vertu du projet d'article 24 du projet de Convention.

190. Fondé sur ces suggestions, le texte proposé pour le nouvel article était le suivant:

"1. Un État contractant peut:

*a)* i) accepter les règles de priorité fondées sur l'enregistrement énoncées à la section I de la présente annexe; et ii) choisir de participer au système d'enregistrement établi en application de la section II de la présente annexe; ou

*b)* i) accepter les règles de priorité fondées sur l'enregistrement énoncées à la section I de la présente annexe; et ii) convenir de donner effet à de telles règles en utilisant un système d'enregistrement qui permette d'en atteindre les objectifs [tels qu'énoncés dans le règlement promulgué conformément à la section II]. Aux fins de la section I, l'enregistrement conformément à un tel système a le même effet que l'enregistrement conformément à la section II.

2. Aux fins de l'article 24, la loi d'un État contractant qui a donné effet aux alinéas *a* ou *b* du paragraphe 1 est

l'ensemble des règles énoncées à la section I de la présente annexe. L'État contractant est fondé à appliquer ces règles à toutes les cessions effectuées plus de six mois après qu'il a notifié son choix au dépositaire. L'État contractant peut établir des règles en vertu desquelles les cessions effectuées avant la date d'effet sont soumises, dans un délai raisonnable, aux règles de priorité énoncées dans la section I de la présente annexe.

3. Un État contractant qui ne donne pas effet aux alinéas *a* ou *b* du paragraphe 1 peut, conformément à ses règles nationales de priorité, utiliser le système d'enregistrement établi en application de la section II de la présente annexe."

191. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas pu examiner le texte proposé. Il a été dit, toutefois, que le paragraphe 2 devrait s'appliquer aussi dans le cas où un État choisirait les règles de priorité énoncées dans la section III de l'annexe. Sous réserve de la modification à apporter à cet effet, le Groupe de travail a décidé d'insérer le nouvel article proposé entre crochets dans le texte du projet de Convention. Le texte du nouvel article a été renvoyé au groupe de rédaction pour qu'il en définisse le libellé exact et détermine la place à lui donner dans le projet de Convention.

## V. CLAUSES FINALES DU PROJET DE CONVENTION

### Article 33. *Conflits avec des accords internationaux*

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

"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."

193. Il a été noté que, à sa vingt-neuvième session, le Groupe de travail avait adopté le projet d'article 33 afin de traiter des cas dans lesquels différents textes s'accordaient mutuellement la primauté, d'où une incertitude quant à celui qui était applicable ("conflits négatifs", par exemple avec la Convention d'Ottawa; voir A/CN.9/455, par. 126 à 129). Toutefois, il a été également noté que les risques de conflits avec la Convention d'Ottawa étaient minimes, puisque le champ d'application de cette dernière est plus étroit que celui du projet de Convention et que, de toute façon, les dispositions du projet de Convention sont, dans une large mesure, analogues à celles de la Convention d'Ottawa (à l'exception notamment de la réserve à la règle relative aux limitations contractuelles de la cession et de la règle relative à la restitution, par le cessionnaire, des sommes versées par le débiteur). De plus, il a été noté que les risques de conflits avec la Convention de Rome étaient également minimes, étant donné que les projets d'articles 27 et 28 sont presque identiques à l'article 12 de ladite Convention ou aux dispositions pertinentes d'autres textes, comme la Convention interaméricaine sur le droit applicable aux obligations contractuelles ("la Convention interaméricaine"). Pour ce qui est de la loi régissant les questions de priorité, il a été noté que, selon l'avis qui prévaut, l'article 12 de la Convention de Rome ne règle pas ce point. Toutefois, même si le projet d'article 12 traite de certaines questions de priorité, aucune des lois applicables en vertu de cet article (à savoir la loi choisie par les parties ou la loi régissant la créance) n'est appropriée. Il a été également noté que le projet de Convention de l'Union européenne sur l'insolvabilité (qui sera probablement publié en tant que règlement de l'UE) ne donnait lieu à aucun conflit. La notion d'administration centrale est presque identique à celle de centre des intérêts principaux utilisée dans le projet de Convention de l'Union européenne, et ce dernier est sans effet sur les droits réels dans une procédure principale d'insolvabilité. S'il a été noté que le projet de Convention de l'Union européenne sur l'insolvabilité pouvait avoir des effets sur les droits réels dans une procédure secondaire d'insolvabilité (voir l'alinéa *g* des articles 2, 4 et 28), le projet d'article 25, quant à lui, suffirait à préserver, par exemple, les superprivilèges, et la priorité découlant du projet de Convention n'a pas pour objet d'affecter les droits des créanciers du cédant et de l'administrateur de l'insolvabilité de faire annuler la cession en tant qu'opération frauduleuse ou préférentielle.

194. Il a été indiqué que, suivant les principes généraux du droit conventionnel, le projet de Convention ne prévaudrait pas sur la Convention d'Ottawa, parce que cette dernière est plus spécifique. Il a été également observé que, suivant les mêmes principes, il ne prévaudrait pas sur le projet de Convention sur l'insolvabilité de l'Union européenne, le projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur les matériels d'équipement mobiles, la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by ou la Convention relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronefs. En revanche, il a été indiqué qu'il prévaudrait sur la Convention de Rome ou sur la Convention interaméricaine, puisque les conventions de droit matériel prévalaient sur les conventions de droit international privé.

195. Toutefois, il a été largement reconnu que le projet d'article 33 s'écartait des principes généralement acceptables quant aux conflits entre textes internationaux, en particulier en ce qu'il aurait pour effet de faire prévaloir le projet de Convention même sur des conventions futures. Il a été en conséquence convenu qu'une disposition inspirée de l'article 90 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980, "la Convention sur les ventes"), qui donnait la primauté à d'autres textes, dûment ajusté quant au lien territorial, serait plus appropriée. À la suite de cette décision, le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 2 et le nouveau paragraphe 3 (voir par. 88 à 91) étaient inutiles et devaient être supprimés.

Article 34. *Application du chapitre V*

196. Le texte du projet d'article 34 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre V."

197. Il a été noté que le Groupe de travail, à sa vingt-neuvième session, avait adopté comme hypothèse de travail que le chapitre V pourrait faire l'objet d'une réserve des États (A/CN.9/455, par. 72 et 148). Le Groupe de travail a rappelé les propositions soumises à la présente session tendant à ce que le chapitre V fasse plutôt l'objet d'une clause d'option positive et a décidé qu'il incombait à la Commission de trancher cette question.

Article 35. *Autres exclusions*

198. Le texte du projet d'article 35 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"[Un État peut déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention à certaines pratiques énumérées dans une déclaration.]"

199. Il a été indiqué que le fait d'autoriser les États à exclure d'autres pratiques rendrait le projet de Convention plus facilement acceptable pour les États qui pourraient s'inquiéter de l'application du projet de Convention à certaines pratiques. Il a été également observé que le Groupe de travail avait fait un progrès important pour lever ces préoccupations en permettant aux États de faire une réserve à l'égard de créances de collectivités publiques. Toutefois, il a été souligné qu'il ne pourrait être répondu à la question de savoir si le projet d'article 35 était nécessaire tant que le champ d'application du projet de Convention n'aurait pas été déterminé de façon définitive, et en particulier tant qu'une décision définitive n'aurait pas été prise sur le traitement de la cession des créances financières. En revanche, il a été observé qu'une approche fondée sur des déclarations entamerait la sécurité offerte par le projet de Convention, puisque son champ d'application pourrait être différent d'un État à l'autre, question qui risquait d'être difficile à déterminer dans chaque cas particulier.

200. Au cours du débat, plusieurs propositions ont été faites. Ainsi, il a été proposé de remplacer le terme "certaines" par le mot "spécifiques" pour qualifier les pratiques. Selon une autre proposition, il fallait faire référence au lieu où est situé le débiteur quant à l'application des dispositions du projet de Convention touchant aux droits et obligations du débiteur. Une autre proposition encore tendait à ce que l'exception relative aux créances de débiteurs souverains soit placée juste après le projet d'article 35.

201. Au terme du débat, le Groupe de travail a décidé que le projet d'article 35 devait être maintenu entre crochets et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 36. *Application de l'annexe*

202. Le texte du projet d'article 36 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"Un État peut déclarer à tout moment qu'il sera lié soit par [les sections I et II, soit par la section III] de l'annexe à la présente Convention."

203. Il a été convenu que le projet d'article 36 devait être aligné avec les dispositions du nouvel article proposé en vue de décrire les options offertes aux États pour faire une déclaration relative à l'annexe, ainsi que les effets de telles déclarations (voir par. 188 à 191). Le Groupe de travail n'ayant pas eu le temps d'examiner le nouvel article proposé relatif à cette question, il a été également convenu que les options devaient être maintenues entre crochets. Sous cette réserve, le Groupe de travail a renvoyé le projet d'article 36 au groupe de rédaction.

Article 37. *Règles ou procédures d'insolvabilité sur lesquelles la Convention n'a pas d'incidence*

204. Le texte du projet d'article 37 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"[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.]"

205. Il a été noté que le projet d'article 37 se rapportait à des questions traitées dans le paragraphe 4 du projet d'article 25. Le Groupe de travail, eu égard à sa décision de supprimer cette disposition, a décidé qu'il convenait également de supprimer le projet d'article 37.

*Dispositions relatives à l'application transitoire du projet de Convention*

206. Le Groupe de travail a décidé que les projets d'articles 40-5, 42-3 et 43-3, qui traitaient des effets de déclarations, de l'entrée en vigueur et de la dénonciation du projet de Convention respectivement sur les droits des parties, sur des transactions effectuées avant l'entrée en vigueur du projet de Convention et sur des transactions effectuées avant la dénonciation, devraient être maintenus entre crochets pour que les États les examinent en vue de la prochaine session de la Commission. S'agissant du paragraphe 3 du projet d'article 42, des inquiétudes ont été exprimées quant au risque de restreindre indûment le droit souverain des États de dénoncer le projet de Convention. En réponse, il a été indiqué que le paragraphe 3 du projet d'article 42 énonçait un principe important, et que, à défaut d'une disposition semblable à celle dudit paragraphe, les parties hésiteraient à effectuer de telles transactions, résultat qui irait à l'encontre de l'objectif principal du projet de Convention.

*Révision et amendements*

207. Le Groupe de travail a examiné une disposition relative à la révision et aux amendements du projet de Convention, qui avait été élaborée par le secrétariat et dont le texte était le suivant:

"Article X. *Révision et amendements*

1. À la demande d'un tiers au moins des États contractants à la présente Convention, le dépositaire convoque

une conférence des États contractants ayant pour objet de réviser ou d'amender la présente Convention.

2. Tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion déposé après l'entrée en vigueur d'un amendement à la présente Convention sera réputé s'appliquer à la Convention telle qu'elle aura été amendée."

208. Il a été noté que la disposition était fondée sur l'article 32 de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg). Il a été toutefois indiqué que, eu égard aux restrictions budgétaires applicables au fonctionnement du secrétariat, la tenue d'une conférence diplomatique devrait être laissée à la discrétion du dépositaire. Il a été en conséquence proposé que le verbe "convoque" soit remplacé par "peut, dans le cadre des ressources existantes, convoquer". Cette proposition a été contestée au motif que, tel qu'il était formulé, le projet d'article X reflétait la pratique normale. Faute de temps pour examiner cette question, le Groupe de travail a décidé que le projet d'article X ne devrait pas être inclus dans le texte du projet de Convention, et que la décision sur cette question devrait être laissée à la Commission.

## VI. RAPPORT DU GROUPE DE RÉDACTION

209. Le Groupe de travail a chargé un groupe de rédaction constitué par le secrétariat de revoir les projets d'articles 1-3, 2 à 5, 8, 10 à 12, 16, 19 à 29 et 33 à 42 du projet de Convention, et les projets d'articles 1 à 7 de l'annexe au projet de Convention, en vue d'harmoniser les différentes versions linguistiques.

210. À l'issue de ses délibérations, le Groupe de travail a examiné le rapport du groupe de rédaction et a adopté les projets d'articles 1-3, 2 à 5, 8, 10 à 12, 16, 19 à 29 et 33 à 42 du projet de Convention et les projets d'articles 1 à 7 de l'annexe au projet de Convention, tels que révisés par le groupe de rédaction, ainsi que les autres articles du projet de Convention. Le texte complet du projet de Convention, tel qu'adopté par le Groupe de travail, est reproduit dans l'annexe du présent rapport.

211. Étant donné que la nouvelle disposition portant sur les conflits avec d'autres accords internationaux était maintenue entre crochets, il a été convenu que le paragraphe 2 du projet d'article 4 devait aussi rester entre crochets. Il a été proposé que le titre du projet d'article 5 devienne seulement "Définitions", puisqu'il y a des principes d'interprétation dans d'autres parties du projet de Convention. Il a été répondu à cette proposition que le titre du projet d'article 5 avait été adopté à la session précédente du Groupe de travail et n'avait pas été examiné par le groupe de rédaction à la présente session. Il a été décidé que le texte entre crochets de la variante B de l'alinéa *j* ii du projet d'article 5 (voir par. 96 et 97) devait être supprimé. Il a été également décidé que, dans le texte anglais du projet d'article 16, le terme exact, aux alinéas *a* à *c* du paragraphe 1, était *"in respect of"*. Il a été en outre convenu que, dans le projet d'article 19, le terme "créances" devait être mis au singulier, pour des raisons de cohérence. S'agissant du texte anglais du projet d'article 20, il a été convenu qu'au paragraphe 1 il fallait substituer le terme *"was"* à *"is"*, et qu'au paragraphe 3 il convenait de remplacer le verbe *"could"* par *"may"*. Aux paragraphes 1 et 3 de l'article 21, l'expression "un écrit signé" a été remplacée par "un écrit signé par le débiteur".

212. La crainte a été exprimée que le projet d'article 24 n'ait une portée plus large que la priorité sur la créance et le produit et ne soit, en conséquence, contraire à la décision de principe du Groupe de travail. Il a été indiqué en réponse que, s'il était exact que la question de l'étendue et de l'existence du droit d'un cessionnaire, ainsi que de celui d'un tiers accordant un financement sur stocks, sur la créance et le produit n'avait pas été examinée en détail, elle avait été évoquée au cours du débat. Il a été également noté que, en réponse à une question du secrétariat, le Groupe de travail avait confirmé que ces questions devaient être couvertes bien qu'elles n'aient pas été examinées. S'agissant du projet d'article 24, il a été proposé que le titre se lise désormais: "Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties".

213. S'agissant du paragraphe 2 du projet d'article 26, il a été convenu qu'il était nécessaire de préciser que le "droit" du cessionnaire avait priorité sur le droit sur la créance cédée. L'idée a été émise que l'ensemble du chapitre V du projet de Convention devrait être maintenu entre crochets. Il a toutefois été considéré que le rapport du Groupe de travail refléterait suffisamment les débats sur ce chapitre. S'agissant du texte anglais du projet d'article 27, il a été décidé au paragraphe 2 de remplacer le terme *"its habitual residence"* par *"the habitual residence of the assignor"*, et, au paragraphe 3, de remplacer le terme *"if"*, à la dernière ligne, par *"to the extent"*. Conformément à la décision prise après l'élaboration du rapport du groupe de rédaction (voir par. 195), le Groupe de travail a décidé qu'il convenait de supprimer le nouveau paragraphe 3 du projet d'article 33 (voir par. 88 à 91) et de remanier les paragraphes 1 et 2 de cet article pour les aligner sur les clauses types de résolution des conflits avec d'autres accords internationaux qui figurent dans d'autres conventions internationales, comme la Convention des Nations Unies sur les ventes. En réponse à une question posée, il a été noté que la question de l'emploi du terme "données" ou de quelque autre terme dans le projet d'article premier de l'annexe avait été déférée au groupe de rédaction, étant entendu que tout terme éventuellement employé devrait refléter la décision de principe du Groupe de travail en faveur d'un système d'enregistrement d'avis plutôt que d'enregistrement de documents. S'agissant du projet d'article 4 de l'annexe, il a été proposé qu'au paragraphe 1 le terme "cédées" soit remplacé par "visées", pour que le texte se rapporte aussi aux créances futures; qu'à l'alinéa *b* du paragraphe 2 il soit fait état d'une cession "non encore conclue"; qu'au paragraphe 3 il soit dit que l'enregistrement peut être "prolongé" plutôt que "reconduit"; et qu'au paragraphe 4 il soit question de l'identification "correcte" du cédant. Ces propositions ont été refusées. Dans l'ensemble, il a été considéré que le libellé élaboré par le groupe de rédaction était satisfaisant.

214. Il a été convenu que la fin du nouveau projet d'article 36 (voir l'annexe du présent rapport), commençant

par les mots "à condition que", devait être placée entre crochets, de manière à indiquer que la question qui y était traitée devait être examinée plus avant. Il a aussi été convenu que les nouveaux projets de dispositions 40-3, 41-5 et 43-3 (voir l'annexe du présent rapport) devraient être mis entre crochets pour indiquer que les questions y étant traitées devraient être examinées soigneusement et de nouveau débattues.

## VII. TRAVAUX FUTURS

215. Le Groupe de travail a noté que des questions comme le sens du terme "lieu où est situé", le régime particulier des créances financières et la portée des dispositions de droit international privé du projet de Convention restaient en suspens. Toutefois, considérant que ces questions ne pourraient être réglées que par la Commission, le Groupe de travail a décidé d'achever ses travaux par l'adoption du projet de Convention dans son ensemble et de le soumettre à la Commission à sa prochaine session aux fins d'examen définitif et d'adoption (New York, 12 juin au 7 juillet 2000). Il a été noté que le texte du projet de Convention, tel qu'adopté par le Groupe de travail, serait transmis à tous les États et aux organisations internationales intéressées aux fins d'observations et que le secrétariat établirait une compilation analytique de ces observations. Il a été également noté que le secrétariat finaliserait le commentaire relatif au projet de Convention et en assurerait la diffusion. En principe, la compilation des observations et le commentaire devraient aider les représentants dans leurs délibérations à la session de la Commission et permettre à celle-ci d'établir la version définitive du projet de Convention et de l'adopter.

## ANNEXE I

***Texte complet du projet de Convention:***

### PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES [À DES FINS DE FINANCEMENT] [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 entres 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 [aux cessions de créances] [au financement par cession de créances,] [notamment aux 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 du chapitre V 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. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas si un État fait une déclaration au titre de l'article 37.]

4. L'annexe de la présente Convention s'applique dans un État contractant qui a fait une déclaration au titre de l'article 36.

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 de la conclusion du contrat initial, 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)* faites à une personne pour ses besoins personnels, familiaux 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 39 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.]

[Article 5. *Limitations concernant les créances autres que les créances commerciales*

*Variante A*

1. Les articles 17, 18, 19, 20 et 22 n'ont pas d'incidences sur les droits et obligations du débiteur en vertu d'une créance autre qu'une créance commerciale, sauf dans la mesure où le débiteur y consent.

2. Nonobstant les articles 11-2 et 12-3, le cédant qui cède une créance autre qu'une créance commerciale n'est pas responsable à l'égard du débiteur du chef de la violation d'une limitation à la cession décrite aux articles 11-1 et 12-2 et la violation n'a pas d'effet.

*Variante B*

Les articles 11 et 12 et la section II du chapitre IV ne s'appliquent qu'aux cessions de créances commerciales. Pour ce qui est des cessions de créances autres que des créances commerciales, les questions traitées par ces articles doivent être réglées conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé.]

CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 6. *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)* le terme "créance existante" désigne une créance née avant ou au moment de la conclusion du contrat de cession; le terme "créance future" désigne une créance qui naît après la conclusion du contrat de cession;

[*c)* 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. Ladite expression inclut l'affacturage, le forfaitage, la titrisation, le financement de projets et le refinancement;]

*d)* 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 cette dernière en approuve le contenu;

*e)* le terme "notification de la cession" désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment les créances cédées et le cessionnaire;

*f)* le terme "administrateur de l'insolvabilité" désigne 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 avoirs ou des activités du cédant;

*g)* le terme "procédure d'insolvabilité" désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans laquelle les avoirs 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;

*h)* le terme "priorité" désigne la préférence donnée au droit d'une partie sur le droit d'une autre partie;

*i)* i) une personne est située dans l'État dans lequel elle a son établissement;

ii) si le cédant ou le cessionnaire a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale;

iii) si le débiteur a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial;

iv) si une personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu;

*j)* le terme "loi" désigne la loi en vigueur dans un État à l'exclusion des règles de droit international privé;

*k)* le terme "produit" désigne tout ce qui est reçu au titre d'une créance cédée, en tant que paiement total ou partiel ou autre forme d'exécution. Ce terme inclut tout ce qui est reçu au titre du droit sur le produit. Il n'inclut pas les marchandises restituées;

[*l)* le terme "créance commerciale" désigne une créance qui naît d'un contrat initial de vente ou de location de marchandises ou de fourniture de services autres que des services financiers.]

Article 7. *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 8. *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 9. *Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures et de fractions de créances*

1. La cession d'une ou de 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 de la cession ou, dans le cas de créances futures, au moment de la conclusion du contrat initial, comme étant celles qui font l'objet de la cession.

2. Sauf convention contraire, la cession d'une ou de plusieurs créances futures a effet à la date de la conclusion du contrat initial sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances.

Article 10. *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 11. *Limitations contractuelles à la cession*

1. La cession d'une créance a 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 au seul motif qu'elle avait connaissance d'une telle convention.

Article 12. *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 avec 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 du présent article 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 les obligations ou responsabilités du cédant découlant d'une violation d'une convention visée au paragraphe 2 du présent article. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle avait connaissance d'une telle convention.

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.

## 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 eux, le cédant et le cessionnaire 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 envoyée, 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. Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire, 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 le produit et les marchandises restituées 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 recevoir paiement du produit et à se faire remettre les marchandises restituées au cédant au titre de la créance cédée;

*c)* 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 recevoir paiement du produit et à se faire remettre les marchandises restituées à cette personne au titre de la créance cédée.

2. 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 sur les conditions de paiement énoncées 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. Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des paragraphes 2 à 6 du présent article, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire seulement en faveur du cessionnaire ou, si d'autres instructions lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions.

2. 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.

3. S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement.

4. S'il reçoit notification d'une ou de plusieurs cessions subséquentes, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes.

5. 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.

6. 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.

Article 20. *Exceptions et droits à compensation du débiteur*

1. Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur une demande de paiement des créances cédées, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions ou tous les droits à compensation qu'il pourrait invoquer si la demande était formée par le cédant, et qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même transaction.

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 du présent article, les exceptions et droits à compensation que le débiteur peut, conformément à l'article 11, invoquer contre le cédant pour violation de conventions limitant d'une quelconque manière 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 droits 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 personnelles, familiales ou domestiques, le débiteur peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits 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 droits à compensation.

2. Le débiteur ne peut renoncer à invoquer:

*a)* les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire;

*b)* les exceptions fondées sur son incapacité.

3. Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé 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. *Recouvrement 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 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.

### *Section III. Autres parties*

Article 24. *Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties*

À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention, et sous réserve des articles 25 et 26, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant:

*a)* régit l'étendue des droits d'un cessionnaire sur la créance cédée et la priorité des droits du cessionnaire par rapport aux droits concurrents sur la créance cédée:

i) d'un autre cessionnaire de la même créance provenant du même cédant, même si ladite créance n'est pas une créance internationale et si la cession au cessionnaire n'est pas une cession internationale;

ii) d'un créancier du cédant; et

iii) de l'administrateur de l'insolvabilité;

*b)* régit l'existence et l'étendue des droits des personnes énumérées aux sous-alinéas i à iii de l'alinéa *a* ci-dessus sur le produit de la créance cédée et la priorité des droits du cessionnaire sur ce produit par rapport aux droits concurrents de telles personnes; et

*c)* détermine si, par l'effet de la loi, un créancier a des droits sur la créance cédée résultant de ses droits sur d'autres biens du cédant, et régit l'étendue de tels droits sur la créance cédée.

Article 25. *Ordre public et droits préférentiels*

1. 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.

2. Dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit préférentiel qui est reconnu par la loi de l'État du for et qui se voit accorder la priorité sur les droits d'un cessionnaire dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi dudit État conserve cette priorité nonobstant l'article 24. Un État peut à tout moment déposer une déclaration spécifiant de tels droits préférentiels.

Article 26. *Règles spéciales relatives au produit*

1. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cessionnaire, ce dernier a le droit de conserver ce produit, dans la mesure où son droit sur la créance cédée a la priorité sur des droits concurrents sur la créance cédée des personnes énumérées à l'alinéa *a* i à iii de l'article 24.

2. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cédant, les droits du cessionnaire sur ce produit ont la priorité sur des droits concurrents sur ce produit des personnes énumérées à l'alinéa *a* i à iii de l'article 24, de la même manière que les droits du cessionnaire avaient la priorité sur les droits desdites personnes sur la créance cédée si:

*a)* le cédant a reçu le produit et le détient sur instructions du cessionnaire pour le compte de ce dernier; et

*b)* le produit est détenu séparément par le cédant pour le compte du cessionnaire et est raisonnablement identifiable par rapport aux actifs du cédant, par exemple dans un compte de dépôt distinct ne contenant que les fonds provenant des créances cédées au cessionnaire.

Article 27. *Renonciation*

Un cessionnaire bénéficiant d'une priorité peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout cessionnaire existant ou futur.

## CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS

Article 28. *Loi applicable aux droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

1. [À l'exception des questions qui sont réglées par la présente Convention,] les droits et obligations du cédant et du cessionnaire en vertu du contrat de cession sont régis par la loi expressément choisie par eux.

2. À défaut de choix d'une loi par le cédant et le cessionnaire, leurs droits et obligations en vertu du contrat de cession sont régis 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 dans la mesure où il ne peut être dérogé par contrat à ladite loi.

### Article 29. *Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur*

[À l'exception des questions qui sont réglées par la présente Convention,] la loi régissant la créance sur laquelle porte la cession détermine le caractère exécutoire des limitations contractuelles à la cession, 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 30. *Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties*

1. La loi de l'État dans lequel est situé le cédant:

*a)* régit l'étendue des droits d'un cessionnaire sur la créance cédée et la priorité des droits du cessionnaire par rapport aux droits concurrents sur la créance cédée:

i) d'un autre cessionnaire de la même créance provenant du même cédant, même si ladite créance n'est pas une créance internationale et si la cession audit cessionnaire n'est pas une cession internationale;

ii) d'un créancier du cédant; et

iii) de l'administrateur de l'insolvabilité;

*b)* régit l'existence et l'étendue des droits des personnes énumérées aux sous-alinéas *a* i à iii du paragraphe 1 sur le produit de la créance cédée et la priorité des droits du cessionnaire sur ce produit par rapport aux droits concurrents de telles personnes; et

*c)* détermine si, par l'effet de la loi, un créancier a des droits sur la créance cédée résultant de ses droits sur d'autres biens du cédant, et régit l'étendue de tels droits sur la créance cédée.

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.

3. Dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit préférentiel qui est reconnu par la loi de l'État du for et qui se voit accorder la priorité sur les droits d'un cessionnaire dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi dudit État conserve cette priorité nonobstant le paragraphe 1 du présent article. Un État peut à tout moment déposer une déclaration spécifiant de tels droits préférentiels.

### Article 31. *Règles impératives*

1. Aucune disposition des articles 28 et 29 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 28 et 29 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 32. *Ordre public*

Pour ce qui est des questions réglées 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 une autre autorité compétente que si ladite disposition est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.]

## CHAPITRE VI. CLAUSES FINALES

### Article 33. *Dépositaire*

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est le dépositaire de la présente Convention.

### Article 34. *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 et d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

### Article 35. *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 peut, à tout moment, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut 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 n'est 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 36. *Conflits avec d'autres accords internationaux*

La présente Convention ne prévaut pas sur un accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention [, à condition que le cédant soit situé dans un État partie à un tel accord ou, pour ce qui est des dispositions de la présente Convention traitant des droits et obligations du débiteur, que le débiteur soit situé dans un État partie à un tel accord].

Article 37. *Application du chapitre V*

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre V.

Article 38. *Limitations concernant les personnes publiques*

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par les articles 11 et 12 si le débiteur ou toute personne qui constitue une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée est situé dans cet État au moment de la conclusion du contrat initial et est une collectivité publique, nationale ou locale, toute subdivision de ladite collectivité, ou toute autre personne publique. Si un État a fait une telle déclaration, les articles 11 et 12 n'ont pas d'incidences sur les droits et obligations de ce débiteur ou de cette personne.

[Article 39. *Autres exclusions*

Un État peut déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention à certaines pratiques énumérées dans une déclaration. Dans ce cas, la Convention ne s'applique pas à de telles pratiques si le cédant est situé dans un tel État ou, pour ce qui est des dispositions de la présente Convention traitant des droits et obligations du débiteur, si le débiteur est situé dans un tel État.]

Article 40. *Application de l'annexe*

1. Un État contractant peut à tout moment déclarer qu'il [sera lié soit par les sections I et II, soit par la section III de l'annexe à la présente Convention.] [:

*a)* sera lié par les règles de priorité fondées sur l'enregistrement énoncées à la section I de l'annexe et participera au système d'enregistrement international établi en application de la section II de l'annexe;

*b)* sera lié par les règles de priorité fondées sur l'enregistrement énoncées à la section I de l'annexe et donnera effet à de telles règles en utilisant un système d'enregistrement qui permette d'atteindre les objectifs de ces règles [telles qu'énoncées dans les règlements promulgués conformément à la section II de l'annexe], auquel cas, aux fins de la section I de l'annexe, l'enregistrement conformément à un tel système aura le même effet que l'enregistrement conformément à la section II de l'annexe; ou

*c)* sera lié par les règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession énoncées à la section III de l'annexe.

2. Aux fins de l'article 24, la loi d'un État contractant qui a fait une déclaration en application de l'alinéa *a* ou *b* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section I de l'annexe, et la loi d'un État contractant qui a fait une déclaration en application de l'alinéa *c* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section III de l'annexe. L'État contractant peut établir des règles en vertu desquelles les cessions effectuées avant que la déclaration ne prenne effet sont soumises, dans un délai raisonnable, à ces règles.

3. L'État contractant qui ne fait pas de déclaration en application du paragraphe 1 du présent article peut, conformément à ses règles nationales de priorité, utiliser le système d'enregistrement établi en application de la section II de l'annexe.]

Article 41. *Effets des déclarations*

1. Les déclarations faites en vertu des articles 35-1 et 37 à 40 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 35-1 et 37 à 40 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.

[5. Une déclaration ou son retrait n'a pas d'incidences sur les droits des parties découlant des cessions faites avant la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet.]

Article 42. *Réserves*

Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention.

Article 43. *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 44. *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.

[3. La présente Convention reste applicable aux cessions effectuées avant la date à laquelle la dénonciation prend effet.]

## ANNEXE DU PROJET DE CONVENTION

### *Section I. Règles de priorité fondées sur l'enregistrement*

Article premier. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

Entre des cessionnaires de la même créance du même cédant, la priorité est déterminée par l'ordre dans lequel les données concernant la cession sont enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, quel que soit le moment du transfert de la créance. Si aucune donnée n'est enregistrée, la priorité est déterminée en fonction du moment de la cession.

Article 2. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant*

[Sous réserve de l'article 25 de la présente Convention,] un cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si les créances ont été cédées et des données sur la cession ont été enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la saisie.

### *Section II. Enregistrement*

Article 3. *Création d'un système d'enregistrement*

Un système d'enregistrement est créé pour l'enregistrement des données concernant les cessions au titre de la présente Convention et les règlements devant être promulgués par le conservateur du registre et l'autorité de supervision. Les règlements prescrivent dans le détail la manière dont le système d'enregistrement fonctionne, ainsi que la procédure de règlement des litiges relatifs à ce fonctionnement.

Article 4. *Enregistrement*

1. Toute personne autorisée par les règlements peut enregistrer dans le registre des données se rapportant à une cession conformément à la présente Convention et aux règlements d'enregistrement. Les données enregistrées identifient le cédant et le cessionnaire conformément aux règlements et donnent une description succincte des créances cédées.

2. Le même enregistrement peut porter sur:

*a)* la cession par le cédant au cessionnaire de plus d'une créance;

*b)* une cession non encore effectuée;

*c)* la cession de créances n'existant pas au moment de l'enregistrement.

3. L'enregistrement, ou sa modification, produit ses effets à compter du moment où les données visées au paragraphe 1 sont accessibles aux utilisateurs. La partie qui enregistre peut spécifier, parmi les options proposées dans les règlements, la période d'effet de l'enregistrement. En l'absence d'une telle spécification, l'enregistrement produit ses effets pour une période de cinq ans. Les règlements précisent de quelle manière l'enregistrement peut être reconduit, modifié ou supprimé et, dans la mesure où il n'en résulte pas d'incompatibilité avec la présente annexe, tous autres aspects nécessaires au fonctionnement du système d'enregistrement.

4. Toute anomalie, irrégularité, omission ou erreur dans l'identification du cédant qui empêcherait une recherche faite à partir de l'identification du cédant d'aboutir aux données enregistrées invalide l'enregistrement.

Article 5. *Recherches dans le registre*

1. Toute personne peut faire des recherches dans les fichiers du registre à partir de l'identification du cédant, conformément aux règlements, et obtenir le résultat de ces recherches par écrit.

2. Le résultat d'une recherche par écrit qui est censé émaner du registre est recevable à titre de preuve et, en l'absence de preuve contraire, atteste les données sur lesquelles porte la recherche, notamment :

*a)* la date et l'heure de l'enregistrement; et

*b)* le rang de l'enregistrement.

### *Section III. Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession*

Article 6. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

Entre des cessionnaires de la même créance du même cédant, le droit sur cette créance est acquis par le cessionnaire qui bénéficie du contrat de cession le plus ancien.

Article 7. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant*

[Sous réserve de l'article 25 de la présente Convention,] un cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si les créances ont été cédées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la saisie.

## ANNEXE II

RENUMÉROTATION DES ARTICLES DU PROJET DE CONVENTION*

| *Numéro actuel de l'article (annexe I du présent document)* | *Ancien numéro de l'article (A/CN.9/WG.II/WP.104)* |
|---|---|
| 1 | 1 |
| 2 | 2 |
| 3 | 3 |
| 4 | 4 |
| 5 | Nouvel article |
| 6 | 5 |
| 7 | 6 |
| 8 | 7 |
| 9 | 8 |
| 10 | 9 |
| 11 | 10 |
| 12 | 11 |
| 13 | 13 |
| 14 | 14 |
| 15 | 15 |
| 16 | 16 |
| 17 | 17 |
| 18 | 18 |
| 19 | 19 |
| 20 | 20 |
| 21 | 21 |
| 22 | 22 |
| 23 | 23 |
| 24 | 24-1, 25-1 et 2 et 26-3 et 4 |
| 25 | 25-3 et 5 et 26-5 |
| 26 | 26-1 et 2 |
| 27 | 24-2 |
| 28 | 27 |
| 29 | 28 |
| 30 | 29 |
| 31 | 30 |
| 32 | 31 |
| 33 | 32 |
| 34 | 38 |
| 35 | 39 |
| 36 | 33 |
| 37 | 34 |
| 38 | 12 |
| 39 | 35 |
| 40 | 36 |
| 41 | 40 |
| 42 | 41 |
| 43 | 42 |
| 44 | 43 |

*Les articles de l'annexe n'ont pas été renumérotés.

## B. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa trente et unième session: 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.104) [Original: anglais]

### TABLE DES MATIÈRES

*Pages*

INTRODUCTION ..... 248

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES [À DES FINS DE FINANCEMENT] [DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL] ..... 249

PRÉAMBULE ..... 249

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION ..... 250
- Article premier. Champ d'application ..... 250
- Article 2. Cession de créances ..... 251
- Article 3. Internationalité ..... 251
- Article 4. Exclusions ..... 252

CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES ..... 255
- Article 5. Définitions et principes d'interprétation ..... 255
- Article 6. Autonomie des parties ..... 256
- Article 7. Principes d'interprétation ..... 257

CHAPITRE III. EFFETS DE LA CESSION ..... 257
- Article 8. Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures et de fractions de créances ..... 257
- Article 9. Date de la cession ..... 257
- Article 10. Limitations contractuelles à la cession ..... 257
- Article 11. Transfert de sûretés ..... 258
- Article 12. Limitations concernant les gouvernements et autres entités publiques ..... 258

*Pages*

CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS ..... 259
Section I. Cédant et cessionnaire ..... 259
Article 13. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire ..... 259
Article 14. Garanties dues par le cédant ..... 259
Article 15. Droit de notifier la cession au débiteur ..... 259
Article 16. Droit du cessionnaire à recevoir paiement ..... 260
Section II. Débiteur ..... 260
Article 17. Principe de la protection du débiteur ..... 260
Article 18. Notification de la cession au débiteur ..... 260
Article 19. Paiement libératoire du débiteur ..... 260
Article 20. Exceptions et droit à compensation du débiteur ..... 262
Article 21. Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droit à compensation ..... 262
Article 22. Modification du contrat initial ..... 262
Article 23. Restitution des paiements ..... 262
Section III. Autres parties ..... 262
Article 24. Droits concurrents de plusieurs cessionnaires ..... 262
Article 25. Droits concurrents du cessionnaire et des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité ..... 263
Article 26. Droits concurrents sur le produit de la cession ..... 264

CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS ..... 265
Article 27[29]. Loi applicable au contrat de cession ..... 266
Article 28[30]. Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur ..... 266
Article 29[31]. Loi applicable aux conflits de priorité ..... 267
Article 30[32]. Règles impératives ..... 267
Article 31[33]. Ordre public ..... 267

CHAPITRE VI. CLAUSES FINALES ..... 267
Article 32[41]. Dépositaire ..... 267
Article 33[42]. Conflits avec des accords internationaux ..... 267
Article 34[42 *bis*]. Application du chapitre V ..... 268
Article 35[42 *quater*]. Autres exclusions ..... 268
Article 36[43]. Application de l'annexe ..... 268
Article 37[44]. Règles ou procédures d'insolvabilité sur lesquelles la présente Convention n'a pas d'incidence ..... 268
Article 38[45]. Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion ... 268
Article 39[46]. Application aux unités territoriales ..... 268
Article 40[47]. Effets des déclarations ..... 268
Article 41[48]. Réserves ..... 269
Article 42[49]. Entrée en vigueur ..... 269
Article 43[50]. Dénonciation ..... 269

*Annexe*

Section I. Règles de priorité fondées sur l'enregistrement ..... 270
Article 1[34]. Priorité entre plusieurs cessionnaires ..... 270
Article 2[35]. Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant ..... 270
Section II. Enregistrement ..... 270
Article 3[36]. Création d'un système d'enregistrement ..... 270
Article 4[37]. Enregistrement ..... 270
Article 5[38]. Recherches dans le registre ..... 270
Section III. Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession ..... 270
Article 6[39]. Priorité entre plusieurs cessionnaires ..... 270
Article 7[40]. Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant ..... 270

## INTRODUCTION

1. À la présente session, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux doit poursuivre 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 huitième 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 XXI[e] siècle", tenu à New York à l'occasion de la vingt-cinquième session du 17 au 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.

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[2].

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[3].

6. À ses vingt-cinquième et vingt-sixième sessions (New York, 8-19 juillet 1996, et Vienne, 11-22 novembre 1996 respectivement), 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, respectivement). 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 aux conflits de lois (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[4]. 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[5].

8. À ses vingt-septième et vingt-huitième sessions (Vienne, 20-31 octobre 1997, et New York, 2-13 mars 1998 respectivement), 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)[6].

10. À ses vingt-neuvième et trentième sessions (Vienne, 5-16 octobre 1998, et New York, 1[er]-12 mars 1999 respectivement), le Groupe de travail a examiné trois notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.96, A/CN.9/WG.II/WP.98 et A/CN.9/WG.II/WP.102), 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), et une proposition des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.II/WP.100). À ces sessions, le Groupe de travail a adopté respectivement, quant au fond, le préambule et les paragraphes 1 et 2 du projet d'article premier, les alinéas *g* à *j* du projet d'article 5, le paragraphe 5 *bis* du projet d'article 18 et les projets d'articles 23 à 33 et 41 à 50 (A/CN.9/455, par. 17) et, à l'exception du libellé entre crochets, le titre, le préambule et les projets d'articles 1 à 24 (A/CN.9/456, par. 18).

---

[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, 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.

[3] Ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 234.

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

[5] Ibid., par. 256.

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

11. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ses vingt-neuvième et trentième sessions (A/CN.9/455 et A/CN.9/456). Elle s'est déclarée satisfaite du travail effectué et a prié le Groupe de travail de poursuivre avec diligence ses travaux afin que le projet de Convention de même que le rapport de la prochaine session du Groupe de travail puissent être distribués aux gouvernements en temps voulu pour observations et qu'elle puisse examiner le projet de Convention pour adoption à sa trente-troisième session (2000). Quant à la procédure ultérieure d'adoption du projet de Convention, la Commission a noté qu'elle devrait décider à sa prochaine session si elle recommande l'adoption par l'Assemblée générale ou par une conférence diplomatique qui serait spécialement convoquée par l'Assemblée générale à cette fin[7].

12. Pour faciliter l'examen du Groupe de travail, la présente note reproduit le texte que ce dernier a adopté à sa trentième session (A/CN.9/456, Annexe), les dispositions relatives au droit international privé et les dispositions finales qu'il a adoptées à sa vingt-neuvième session (A/CN.9/455, Annexe, projets d'articles 29 à 33 et 41 à 50), et le texte qu'il n'a pas encore adopté (A/CN.9/WG.II/WP.96, projets d'articles 34 à 40; les mots soulignés sont tirés du document A/CN.9/WG.II/WP.102). La présente note contient également des remarques sur un certain nombre de projets d'articles et, le cas échéant, des suggestions en vue de dispositions nouvelles ou supplémentaires pour examen par le Groupe de travail.

## [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 entres 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 [à la cession de créances] [à la cession de créance,] [notamment à des fins de financement 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:

*Remarques*

1. À sa précédente session, le Groupe de travail a fait observer que le titre et le préambule du projet de Convention semblaient ne pas concorder avec les dispositions relatives au champ d'application en vertu desquelles le projet de Convention pourrait s'appliquer à des cessions en dehors d'un strict contexte de financement (A/CN.9/456, par. 60). Afin d'aligner le titre et le préambule sur les dispositions relatives au champ d'application et d'éviter de soulever des questions d'interprétation quant à l'étendue exacte du projet de Convention, il a été proposé de supprimer du titre et du préambule toute référence au financement (A/CN.9/456, par. 61).

2. À la même session, le Groupe de travail a noté que l'approche qu'il avait adoptée à de précédentes sessions et qui consistait à axer le projet de Convention sur les opérations de financement sans pour autant exclure des opérations connexes était compatible avec le mandat qui lui avait été donné par la CNUDCI (A/CN.9/456, par. 63). À sa trente-deuxième session, en réponse à une question, la Commission a reconfirmé le mandat attribué au Groupe de travail qui était suffisamment souple pour déterminer l'ampleur du champ d'application du projet de Convention[8].

3. On rappellera que le Groupe de travail a décidé de ne pas limiter le champ d'application du projet de Convention aux opérations qui, par leur nature ou en raison du contexte, sont des opérations "de financement" ou des opérations "commerciales", dans la mesure où une telle limite: créerait inopportunément un autre régime spécial pour les cessions, là où un tel régime n'est en principe pas justifié, ce qui aurait indirectement pour effet de désunifier encore la législation relative aux cessions; serait source d'incertitude dans la mesure où les mots "de financement" et "commerciales" ne sont pas universellement interprétés de la même manière, et qu'il n'est pas non plus possible ni souhaitable d'essayer de les définir de façon uniforme dans une convention internationale; et exclurait inutilement du champ d'application du projet de Convention des opérations importantes, notamment les cessions dans les opérations internationales d'affacturage, pour lesquelles il existe des assurances contre les défaillances des débiteurs, ou des services de comptabilité et de recouvrement. Le Groupe de travail a préféré partir d'un champ d'application étendu et exclure les opérations mettant en jeu des consommateurs ou déjà bien réglementées (A/CN.9/420, par. 41 à 43; A/CN.9/432, par. 14 à 18 et 66; A/CN.9/434, par. 18 et 42 à 61).

4. Si le Groupe de travail confirme sa décision de ne pas limiter le champ d'application du projet de Convention aux

[7]Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 330.

[8]Ibid., *cinquante-quatrième session, supplément n° 17* (A/54/17), par. 326.

cessions réalisées à des fins de "financement", il voudra peut-être supprimer du titre et du préambule du projet de Convention la référence à la cession de créances à des fins de financement et fournir les explications voulues dans le commentaire relatif au projet de Convention. On pourrait aussi retenir dans le préambule du projet de Convention, mais non dans le titre, une référence à la cession de créances à des fins de financement et fournir les explications correspondantes dans le commentaire (voir également la remarque 1 relative au projet d'article 5). Une telle référence dans le préambule pourrait donner des indications sur les principaux objectifs du projet de Convention, sans limiter le champ d'application de cette dernière; cette question pourrait être utilement précisée dans le commentaire.

5. Si le Groupe de travail s'en tient à cette approche, il voudra peut-être s'interroger sur le point de savoir s'il convient de conserver la référence au commerce international qui apparaît dans le titre du projet de Convention entre crochets. Une référence au commerce international dans le titre offre un certain nombre d'avantages en ce sens, notamment, qu'elle rend suffisamment compte de l'objectif global du projet de Convention, qui est de faciliter la circulation des marchandises et des services transfrontières, et qu'elle précise opportunément que le projet de Convention s'applique aux cessions comportant un élément international et commercial, sans viser à réglementer les cessions impliquant des consommateurs ou les cessions nationales de créances nationales.

6. En revanche, une telle référence peut involontairement donner l'impression que le projet de Convention ne s'applique qu'aux cessions de créances s'inscrivant dans le commerce international et non aux cessions de créances mettant en jeu des consommateurs, aux cessions internationales de créances nationales ou aux cessions de créances nées de prêts ou d'autres opérations qui pourraient ne pas impliquer la vente de marchandises ou la fourniture de services. En outre, une telle référence risque de ne pas rendre compte du fait que le projet de Convention pourrait avoir une incidence sur les cessions nationales de créances nationales dans la mesure où il est censé préciser la loi applicable à un conflit entre le cessionnaire national et le cessionnaire étranger de créances nationales (voir les remarques 3 à 5 relatives au projet d'article premier). Cependant, tout bien considéré, il semblerait, conformément à la pratique suivie dans d'autres textes de la CNUDCI, qu'une référence au commerce international soit appropriée. S'agissant des problèmes recensés ci-dessus, le Groupe de travail voudra peut-être les aborder dans le commentaire relatif au projet de Convention, en expliquant que l'expression "commerce international" est utilisée au sens large et vise à couvrir toutes les activités définies comme des activités "commerciales" dans la note au paragraphe 1 de l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

## 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 du chapitre V 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, ces dispositions ne s'appliquent pas si un État fait une déclaration au titre de l'article 34.]

4. L'annexe de la présente Convention s'applique dans un État contractant qui a fait une déclaration au titre de l'article 36.

*Remarques*

1. Le paragraphe 3 apparaît entre crochets car il n'a pas encore été adopté par le Groupe de travail (A/CN.9/456, par. 26). Le libellé proposé par le Secrétariat dans un précédent document (A/CN.9/WG.II/WP.102, remarque 23 relative au projet d'article premier) a été légèrement modifié pour permettre aux États d'opter contre l'application du chapitre V dans son ensemble, y compris les projets d'articles 30 et 31 portant sur les réserves relatives à l'application des règles de droit impératif ou des règles d'ordre public. Le secrétariat avait initialement proposé que ces dispositions puissent être exclues d'une clause de renonciation, de manière à ce qu'elles puissent s'appliquer aux dispositions de droit privé en dehors du chapitre V (A/CN.9/WG.II/WP.102, remarque 20 relative au projet d'article premier).

2. Cette modification a pour objet d'éviter de soumettre involontairement l'application des dispositions de droit matériel du projet de Convention à des règles de droit impératif ou à des règles d'ordre public, car il risquerait alors d'être impossible de prévoir si le projet de Convention doit s'appliquer ou être rejeté par un juge au motif que les notions de droit impératif ou d'ordre public ne seraient pas largement connues ou pourraient paraître surprenantes. Toutefois, la question de savoir si la loi applicable en vertu des dispositions de droit international privé du projet de Convention peut être rejetée si elle est manifestement contraire à une loi particulièrement impérative (loi de police) et à des règles d'ordre public reste à trancher (voir les remarques relatives au projet d'article 24).

3. Jusqu'à présent, le Groupe de travail est parti de l'hypothèse que le projet d'article 24 s'appliquerait à un conflit surgissant entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales. Une des raisons pour lesquelles le Groupe de travail a décidé de faire des règles de priorité du projet de Convention des règles de droit international privé est que ces règles n'auraient pas d'incidence négative sur les droits des cessionnaires natio-

naux de créances nationales, étant entendu que les questions de priorité relèveraient du droit matériel applicable en dehors du projet de Convention (A/CN.9/445, par. 22).

4. Si le Groupe de travail confirmait l'hypothèse selon laquelle les conflits de priorité entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales seraient visés par le projet d'article 24, le cessionnaire national devrait satisfaire aux dispositions de la même loi dont il devrait probablement s'attendre qu'elle s'applique en tout état de cause (étant entendu que, par définition, dans le cas d'une cession nationale de créances nationales, la législation de la juridiction du cédant, du cessionnaire et du débiteur serait la même, alors que, dans le cas d'une cession internationale, seul le cessionnaire serait situé dans un État différent). Si le Groupe de travail définit le lieu où est situé le cédant aux fins des règles de priorité par référence à son administration centrale (mais non aux fins des règles régissant le champ d'application; voir la remarque 4 relative au projet d'article 5), une loi différente pourrait s'appliquer à un conflit entre une cession effectuée par une succursale d'une entité dans la juridiction du débiteur et une seconde cession effectuée par le siège principal de la même entité dans une autre juridiction (si l'un des deux États n'est pas un État contractant). Toutefois, même en un tel cas, le cessionnaire national pourrait prévoir que le projet de Convention pourrait s'appliquer, dans la mesure où ledit cessionnaire serait situé dans un État contractant (à savoir dans le même État que celui où le cédant et le débiteur auraient leur établissement), et il saurait que le cédant est une succursale d'une entité étrangère. En revanche, si le projet d'article 24 ne s'appliquait pas à un tel conflit, le cessionnaire étranger risquerait de n'avoir aucun moyen d'établir qu'une loi autre que la loi de l'administration centrale du cédant peut s'appliquer. Selon la fréquence de telles cessions par le siège principal et par les succursales d'une entité donnée, le problème pourrait être régi par une autre loi. En examinant cette question, le Groupe de travail voudra peut-être également tenir compte de la nécessité d'éviter de s'immiscer involontairement dans des pratiques nationales, ce qui risquerait de rendre le projet de Convention moins acceptable.

5. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure dans le projet d'article premier ou dans le projet d'article 24 un libellé tel que: "L'article 24 de la présente Convention s'applique à un conflit de priorité entre un cessionnaire dans une cession nationale de créances nationales et un cessionnaire dans une cession internationale des mêmes créances nationales émanant du même cédant."

### 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.

*Remarques*

1. La référence à des créances "contractuelles" vise à faire en sorte que le projet de Convention s'applique, par exemple, à la cession de créances nées de contrats de vente de marchandises ou de fournitures de services, que ces contrats soient des opérations commerciales ou des opérations mettant en jeu des consommateurs, ainsi qu'à la cession de créances sous forme de redevances nées de l'octroi de licences touchant la propriété intellectuelle et de créances sous forme de soldes créditeurs sur des comptes de dépôt ou d'opérations portant sur des valeurs mobilières. La cession de créances extracontractuelles, de créances fiscales ou de créances découlant d'une décision de justice n'est pas prise en compte, à moins que lesdites créances ne soient confirmées dans un accord de règlement.

2. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager si la cession de créances en vertu du projet de Convention devrait englober: les dommages-intérêts pour contravention au contrat (libératoires ou non); les intérêts pour retard de paiement (sûreté contractuelle, sûreté légale ou intérêts fixés en vertu d'une décision de justice); les sommes payables sous forme de dividendes (présentes ou futures) provenant d'actions; et les créances découlant d'une sentence arbitrale.

3. En vertu de l'alinéa *a*, la question de savoir ce que représente un droit "contractuel" relève de la loi applicable en dehors du projet de Convention. Compte tenu des divergences existant dans ce contexte entre les systèmes juridiques, une telle approche pourrait créer des incertitudes dans les cas où il ne serait pas facile d'établir une distinction entre une relation contractuelle et une relation extracontractuelle. Afin d'éviter cela, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de définir l'expression "droit contractuel" sous une forme négative (par exemple, "le droit au paiement d'une somme d'argent autre que le droit découlant de l'application de la loi ou établi en vertu d'une décision de justice"). Sinon, ce point pourrait être expliqué dans le commentaire.

### 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.

*Remarques*

En vertu du projet d'article 3, dès lors qu'une créance est internationale, sa cession relève automatiquement du projet de Convention (qu'elle soit nationale ou internationale). Toutefois, lorsqu'une créance est nationale, sa cession peut être visée par le projet de Convention, si: elle est internationale; ou si elle est nationale mais fait aussi partie d'une série de cessions qui comprend une cession interna-

tionale (pour le cas où une cession nationale de créances nationales pourrait être visée, voir les remarques 3 à 5 relatives au projet d'article premier). Afin de limiter dans le texte les références au moment où naît une créance (expression définie dans le projet d'article 5 *b*) et pour aligner le libellé de la première phrase sur celui de la seconde, les mots "au moment de la conclusion du contrat initial" pourraient remplacer les mots "au moment où elle naît" (voir la remarque 1 relative au projet d'article 5).

### 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 du projet d'article 35 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.]

*Remarques*

1. Compte tenu de l'ampleur du champ d'application du projet de Convention, le Groupe de travail a décidé d'énumérer les cessions qui ne devraient pas être prises en compte. En particulier, l'exclusion des cessions effectuées à des fins de consommation tend à souligner que seules les cessions à des fins commerciales doivent être visées (sans mentionner les fins commerciales afin de ne pas créer d'incertitudes). Toutefois, il semblerait que les cessions effectuées par un particulier en faveur d'une institution financière, à savoir à une double fin — de consommation et commerciale —, ne devraient pas être exclues. En outre, il pourrait être nécessaire de réviser l'alinéa *a* afin d'éviter de donner involontairement l'impression qu'il vise à exclure les cessions de créances de consommateurs. Ainsi, le Groupe de travail voudra peut-être reformuler l'alinéa *a* comme suit: "effectuées d'un particulier à un autre particulier à des fins personnelles, familiales ou domestiques communes aux deux" (dans les projets d'articles 21-1 et 23, le mot "principalement" est employé avant les mots "personnelles, familiales ou domestiques", mais, dans ce contexte, le mot "fins" ne concerne qu'une partie, le débiteur). Le commentaire permettra d'expliquer que seules les cessions d'un consommateur à un autre consommateur sont exclues et que dans tous les autres cas les cessions de créances de consommateurs sont visées. Le Groupe de travail considérera peut-être que ces cessions de consommateur à consommateur sont extrêmement rares dans la pratique et que, en l'absence d'une explication dans le commentaire, on pourrait involontairement interpréter qu'une telle exclusion touche les cessions de créances de consommateurs. En ce cas, l'alinéa *a* pourrait être entièrement supprimé et l'on pourrait expliquer dans le commentaire que les cessions d'un consommateur à un autre consommateur ne sont pas visées.

2. S'agissant des cessions de créances dans le contexte de la vente d'une entreprise en activité, on pourrait expliquer dans le commentaire que, si la cession du vendeur à l'acquéreur de l'entreprise est exclue, la cession à une institution finançant la vente n'est pas exclue (A/CN.9/432, par. 66; et A/CN.9/434, par. 42 à 61).

3. À la précédente session du Groupe de travail, on a recensé d'autres cessions qui pourraient faire l'objet d'une exclusion, à savoir les cessions de créances découlant d'opérations mettant en jeu des organismes de compensation, des accords de swap et des produits dérivés et les cessions de créances découlant de la vente ou de la location de matériel mobile de grande valeur (A/CN.9/456, par. 48 et 49 et 232 à 239).

4. S'agissant des opérations mettant en jeu des organismes de compensation, des accords de swap et des produits dérivés, afin d'éviter de perturber les pratiques satisfaisantes en vigueur, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si ces opérations devraient être entièrement exclues ou traitées différemment. Bien que l'on puisse débattre de la question de savoir si toutes ces opérations donneraient lieu à des créances dont la cession serait visée par le projet de Convention, il semble que la principale préoccupation suscitée par ce type d'opérations est qu'une cession faite sans le consentement du débiteur pourrait inopportunément obliger ce dernier à payer un tiers, neutraliser les exceptions et les droits à compensation dont il peut se prévaloir et introduire un régime de priorité inapproprié.

5. Avant de se prononcer en faveur de l'exclusion systématique de toutes ces pratiques, ce qui risquerait de priver les parties des avantages que pourrait leur procurer le projet de Convention, le Groupe de travail voudra peut-être envisager s'il est possible d'aborder d'une autre manière les préoccupations suscitées. Par exemple, il voudra peut-être inclure dans le projet de Convention une règle en vertu de laquelle le débiteur intervenant dans ce type d'opération (et peut-être dans le cadre des polices d'assurance, qui établissent une relation strictement personnelle entre l'assureur et l'assuré, ainsi que dans les consortiums de prêts et les participations, qui normalement impliquent la cession de créances uniques de grande valeur) ne serait ni lié ni touché d'aucune façon par une cession. Une telle règle n'empêcherait pas les cessions, mais le cessionnaire ne pourrait pas recouvrer les sommes dues auprès du débiteur. Le cessionnaire aurait la priorité sur d'autres ayants droit, mais, dans la mesure où le débiteur ne serait pas lié contre son gré et ne serait pas privé de la possibilité de recourir aux exceptions et droits à compensation, le régime de priorité du projet de Convention n'aurait pas d'effet sur lui. Ce résultat pourrait être obtenu moyennant un principe général libellé comme suit: "Aucune disposition de la présente convention n'a d'incidence sur les droits et obligations d'un intermédiaire dans le cadre d'opérations mettant en jeu des organismes de compensation, des accords de swap et des produits dérivés [, des polices d'assurance ainsi que des consortiums de prêts et des participations]

sans le consentement de l'intermédiaire [, de l'assureur ou d'un prêteur quelconque]." Le même résultat pourrait être obtenu en insérant dans le projet d'article 10 un libellé tel que: "La cession de créances découlant d'opérations mettant en jeu des organismes de compensation, des accords de swap ou des produits dérivés [, des polices d'assurance ou des consortiums de prêts et des participations] est sans effet sur le débiteur, à moins que celui-ci n'y consente, qu'il existe ou non une limite contractuelle à une telle cession." Il serait également possible de regrouper ces deux dispositions en une seule.

6. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de modifier le projet d'article 20 pour faire en sorte que, dans les opérations mettant en jeu des organismes de compensation, des accords de swaps et des produits dérivés, dans les polices d'assurance et dans les consortiums de prêts et les participations, la notification ne neutralise pas les exceptions et les droits à compensation dont peut se prévaloir le débiteur, qu'ils découlent du contrat initial ou de tout autre contrat. Cette modification du projet d'article 20 n'est peut-être pas nécessaire, dans la mesure où les parties auraient la possibilité de choisir de donner suite ou non à l'opération, compte tenu du fait que le débiteur ne serait pas en mesure d'opposer certaines exceptions et certains droits à compensation nés après la notification d'une cession. Toutefois, l'application du projet d'article 20 pourrait soulever des problèmes, étant donné que, dans certaines de ces opérations, il n'est peut-être pas toujours possible de déterminer clairement quel est le contrat initial et quelle partie est le créancier ou le débiteur, étant entendu que telle ou telle partie peut être le débiteur ou le créancier en fonction du moment où l'on considère l'opération. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être envisager un régime de priorité différent de celui prévu aux projets d'articles 25 et 26, du moins pour ce qui concerne certaines des pratiques en cause. Par exemple, dans les opérations portant sur des biens de placement ou des comptes de dépôt, il se peut qu'il faille laisser la priorité à la loi applicable là où est situé l'intermédiaire en valeurs mobilières ou l'institution de dépôt plutôt qu'à la loi applicable là où est situé le cédant.

7. Si l'approche susmentionnée ne donne pas lieu à un accord ou si l'on estime qu'elle ne prend pas suffisamment en considération les préoccupations en présence, le Groupe de travail pourrait peut-être envisager d'exclure entièrement ces pratiques au paragraphe 1 du projet d'article 4 ou de laisser à chaque État le soin de régler la question en faisant une déclaration au titre des projets d'articles 4-2 et 35. L'avantage d'une exclusion au paragraphe 1 du projet d'article 4 serait le degré de certitude que permet d'obtenir une règle uniforme applicable à tous les États contractants. L'inconvénient serait que certaines pratiques devraient peut-être être exclues pour tous les États contractants, alors que leur prise en compte dans le projet de Convention ne soulèverait des difficultés que dans un ou dans quelques États contractants. Un autre inconvénient, peut-être encore, est qu'un État ne disposerait pas de la latitude voulue pour exclure des pratiques si la prise en compte de ces pratiques dans le projet de Convention soulevait à l'avenir un problème. Par ailleurs, le fait d'autoriser chaque État à exclure des pratiques au moyen d'une déclaration au titre des projets d'articles 4-2 et 35 risquerait d'introduire un degré indésirable d'incertitude. Si une telle approche était adoptée, le champ d'application du projet de Convention pourrait être différent selon les États et selon le moment. De ce fait, les parties aux opérations pertinentes pourraient être amenées dans chaque cas à déterminer le champ d'application du projet de Convention.

8. S'agissant des opérations concernant les matériels d'équipement mobiles, afin d'éviter tout conflit avec le projet de Convention et les protocoles visant différentes catégories de matériels, actuellement établis par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) en coopération avec l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) et d'autres organisations (projet de Convention ci-après dénommé "projet de Convention d'Unidroit"), le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la cession de créances nées de la vente ou de la location de matériels d'équipement mobiles et garanties par ces matériels devrait être entièrement exclue du projet de Convention, ou du projet de Convention d'Unidroit ou du protocole pertinent, ou devrait faire l'objet d'une disposition réglant tout conflit qui pourrait surgir entre ces textes (soit d'une manière uniforme pour tous les États contractants, soit en laissant à chaque État le soin de choisir le texte auquel il entend donner la priorité). De tels conflits pourraient surgir dans la mesure où le projet de Convention d'Unidroit, par exemple: exige le consentement du débiteur pour qu'une cession produise ses effets; soumet la priorité, pour ce qui est des matériels d'équipement mobiles et des créances qui leur sont indissolublement liées, à un système d'immatriculation internationale des différents matériels; et dote le financier des matériels de larges pouvoirs directs, en particulier en cas d'insolvabilité, le financier ayant alors le pouvoir de reprendre les matériels après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité si le débiteur insolvable ne remédie pas au défaut de paiement dans un certain délai.

9. Si l'on considère que le régime introduit par le projet de Convention n'est pas approprié pour la cession de créances nées, par exemple, de la vente ou de la location d'aéronefs, comme cela est pratiqué en vertu du droit ordinaire, et que les besoins particuliers des pratiques en cause ne peuvent être satisfaits en adoptant des règles supplémentaires dans le projet de Convention, le Groupe de travail envisagera peut-être d'exclure du paragraphe 1 du projet d'article 4 la cession de créances garanties par ce type de matériels (il convient de noter toutefois que, si un parallèle peut être établi dans certains systèmes juridiques entre les matériels de grande valeur et les biens immobiliers, la cession de créances nées de la vente ou de la location de biens immobiliers ne peut être exclue de cet article, dans la mesure où les créances garanties par une hypothèque sur des biens immobiliers font souvent partie des mécanismes de titrisation). Les principaux avantages d'une telle approche seraient la certitude dans l'application du projet de Convention et le fait que toute entrave injustifiée à des pratiques bien réglementées serait évitée. Pour les mêmes raisons, l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980; ci-après dénommée la "Convention sur les ventes") exclut la vente de certains types de marchandises (par exemple, électricité, effets de commerce, navires et aéronefs).

10. Quant à la question de savoir quels types de pratiques devraient être exclus, le Groupe de travail voudra peut-être considérer, par exemple, que les créances nées de la vente ou de la location d'aéronefs et garanties par ces derniers relèvent normalement du matériel, et non des créances proprement dites, des opérations de financement, du moins dans la mesure où elles sont garanties par les aéronefs et où les sûretés sont inscrites dans le registre de ces derniers. Dans ce cas, les financiers potentiels de créances garanties par des aéronefs sauraient qu'ils doivent consulter ledit registre pour déterminer leur rang et décider à partir de là d'octroyer ou non des crédits et à quel coût. Il convient de noter, toutefois, que les créances nées de la vente de billets font normalement partie de mécanismes de titrisation, et non du financement du matériel, et que, de ce fait, leur cession ne devrait pas être exclue du champ d'application du projet de Convention.

11. S'il peut être opportun de suivre la même approche en ce qui concerne les satellites, il reste à établir qu'elle devrait aussi être suivie pour d'autres types de matériel spatial (par exemple, panneaux de commande situés sur la Terre), et pour le matériel roulant ferroviaire, les plates-formes de forage pétrolier, les conteneurs ou du matériel de type analogue. Il conviendrait toutefois d'être prudent, car cette approche pourrait involontairement avoir pour effet de limiter excessivement le champ d'application du projet de Convention, si les matériels d'équipement mobiles étaient définis dans le projet de Convention d'Unidroit, comme c'est actuellement le cas (art. 3), comme incluant tout bien "susceptible d'individualisation", à savoir les automobiles, les camions, les ordinateurs, les postes de télévision, etc.

12. Si le Groupe de travail décide de suivre cette approche, un nouvel alinéa *d* libellé comme suit pourrait être inséré dans le paragraphe 1 du projet d'article 4: "effectuées dans le cadre d'opérations concernant des sûretés, des ventes conditionnelles en vertu de clauses de réserve de propriété où d'accords de crédit-bail portant sur [des aéronefs] et des créances nées de la vente ou de la location, garanties par [ou accessoires à] ce type de matériel. Le mot "aéronefs" a été placé entre crochets en attendant que le Groupe de travail détermine la formulation exacte de l'exception et d'autres pratiques dans lesquelles les créances peuvent relever du financement du matériel plutôt que du financement de créances. Les mots "où accessoires à", qui viennent de la définition de "droits accessoires" figurant dans le projet d'article premier du projet de Convention d'Unidroit, figurent entre crochets, car ils semblent trop vagues et pourraient involontairement élargir excessivement le champ d'application de l'exclusion.

13. Si, par ailleurs, le problème lié à la prise en compte de ces pratiques dans le projet de Convention réside non dans le risque que ce dernier puisse perturber des pratiques en vigueur, mais dans le risque de créer des conflits avec un texte futur, comme le projet de Convention d'Unidroit, ou de perturber des pratiques qui pourraient se développer à l'avenir, il pourrait être préférable d'aborder le problème au moyen d'une disposition réglant tout conflit entre les deux textes, de préférence de façon uniforme pour tous les États. Une telle approche présenterait certains avantages, en ce sens notamment qu'elle permettrait de régler la question des conflits éventuels avec un degré acceptable de certitude et d'éviter toute lacune dans le cas où l'un ou l'autre texte n'aurait pas été largement adopté en temps opportun (le projet de Convention d'Unidroit entrera en vigueur par étapes dès qu'un protocole sur une catégorie de matériels d'équipement entrera en vigueur et qu'un système d'immatriculation de cette catégorie de matériels aura été mis en place). La question de savoir lequel des deux textes devrait avoir la priorité devrait peut-être être réglée différemment, selon la catégorie de matériels en cause. Par exemple, la priorité pourrait être accordée au protocole sur les aéronefs mais pas à n'importe quel autre protocole.

14. Si le Groupe de travail décide de suivre cette approche, un libellé tel que celui figurant ci-après pourrait être inséré dans le projet d'article 33 en tant que nouveau paragraphe 2: "La présente Convention ne prévaut pas sur une convention internationale ou autre accord multilatéral ou bilatéral qui a été ou qui pourrait être conclu par un État contractant et qui contient des dispositions concernant des sûretés, des ventes conditionnelles en vertu de clauses de réserve de propriété et d'accords de crédit-bail portant sur [des aéronefs] et des créances nées de la vente ou de la location, garanties par [ou accessoires à] ce type de matériel."

15. On pourrait aussi considérer que la mesure dans laquelle un autre texte traitant de questions analogues pourrait prévaloir sur le projet de Convention pourrait être déterminé par cet autre texte. Dans cette perspective, il faudrait, dans l'élaboration de chaque protocole, établir si les créances garanties par le type pertinent de matériel relèvent du financement du matériel ou du financement des créances. La question de la cession de droits garantis par des matériels d'équipement mobiles, qui est actuellement abordée dans le projet de Convention d'Unidroit, devrait être tranchée par chacun des protocoles à ce projet de Convention. En outre, la notion de "matériels d'équipement" devrait être limitée à certaines catégories de matériels d'équipement de grande valeur et ne pourraient pas renvoyer à tout bien "susceptible d'individualisation", car, en adoptant une approche aussi large, on pourrait involontairement englober des biens de consommation tels que automobiles et ordinateurs personnels et aller à l'encontre de pratiques de financement par cession de créances, comme la titrisation de créances à des fins de consommation. En ce qui concerne la forme, si le Groupe de travail décide d'insérer une nouvelle disposition dans le projet d'article 33, il conviendrait de faire référence aux paragraphes 2 et 3 dans le paragraphe 1 du projet d'article 33 et de renuméroter l'actuel paragraphe 2.

16. Le paragraphe 2 et le projet d'article 35 prévoient une autre manière d'aborder l'exclusion de certaines pratiques, en laissant à chaque État le soin de régler cette question. Toutefois, le fait d'autoriser sur le fond chaque État à définir le champ d'application du projet de Convention en excluant (ou en incluant) certaines pratiques à tout moment introduirait un degré indésirable d'incertitude. Si une telle approche était adoptée, compte tenu de la multiplicité des parties en jeu dans les opérations relatives aux cessions, il pourrait être très difficile de déterminer dans chaque cas quelle est la loi applicable. Ainsi, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de supprimer le paragraphe 2 et le projet d'article 35.

## CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

### Article 5. *Définitions et principes d'interprétation*

"Aux fins de la présente Convention:

*a)* les termes "contrat initial" désignent 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 premier 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].]

*Remarques*

1. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il y a lieu de conserver l'alinéa *b*. Dans la version actuelle, le moment où naît une créance est mentionné aux projets d'articles 3 et 8-2 (dans les deux dispositions, il peut être fait directement référence au moment de la conclusion du contrat initial). Il est fait référence au fait qu'une créance "naît" (sans mention du moment) aux alinéas *a* et *c* du projet d'article 5 et au projet d'article 12.

2. Le Groupe de travail souhaitera peut-être, par ailleurs, supprimer l'alinéa *d* et inclure dans le commentaire une description des pratiques que visera le projet de Convention (on pourrait, si nécessaire, conserver la référence au financement par cession de créances dans le préambule; voir les remarques relatives au titre et au préambule).

3. Le Groupe de travail voudra peut-être insérer à la fin de la définition du terme "priorité" à l'alinéa *i* du projet d'article 5 un libellé tel que: ", l'une des questions étant de savoir s'il s'agit d'un droit *in rem* ou *ad personam*" (voir la remarque 1 relative au projet d'article 26).

4. Les alinéas *j* et *k* reflètent la divergence de vues au sein du Groupe de travail concernant le lieu où est située une personne morale. Les références aux projets d'articles 1, 3, 24 et 25 figurent entre crochets du fait que le Groupe de travail n'est pas parvenu à un accord sur la question de savoir s'il faudrait adopter une règle différente sur ce point pour certaines des dispositions du projet de Convention dans lesquelles apparaît le terme "situé" (c'est-à-dire les projets d'articles 1, 3, 21-1, 23 à 26, 27 à 29 et 39-3). Toutefois, à la précédente session du Groupe de travail, il semble y avoir eu accord tout au moins sur les points suivants: le besoin de certitude était beaucoup plus fort dans les dispositions relatives à la priorité que dans les dispositions relatives au champ d'application; le champ d'application du projet de Convention devrait être aussi large que possible; pour assurer une protection suffisante du débiteur, tout au moins en ce qui concerne le lieu où il est situé, référence devrait être faite à l'établissement pertinent; on pourrait peut-être trouver une solution pour les dispositions relatives à la priorité en se basant sur la notion de lieu de l'administration centrale ou de direction générale (A/CN.9/456, par. 35 à 37). Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner une disposition libellée comme suit:

"i) une partie est située dans l'État dans lequel elle a son établissement;

ii) si le cédant ou le cessionnaire ont plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat de cession. Si le débiteur a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est

celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu;

iii) aux fins des articles 24 à 26, le lieu où s'exerce de facto l'administration centrale d'une entité est réputé être l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat de cession [;

iv) les cédants ou cessionnaires multiples sont situés là où est situé leur agent ou leur mandataire]".

5. La principale différence entre le texte proposé et la formulation actuelle de l'alinéa *k* réside dans le fait que, pour les dispositions du projet de Convention relatives à la priorité, le texte proposé ne crée pas une présomption, qui serait presque certainement réfutée dans le cas de succursales, mais une fiction juridique qui ne pourrait être réfutée. Une telle approche présenterait l'avantage de concilier souplesse et certitude concernant l'application du projet de Convention, tout en privilégiant la certitude pour les dispositions relatives à la priorité.

6. Selon cette approche, en cas de cessions subséquentes au titre de l'alinéa *b* du projet d'article premier, référence serait faite au lieu avec lequel toute cession antérieure a la relation la plus étroite, et, en cas de cessions subséquentes au titre de l'alinéa *c* du projet d'article premier, référence serait faite au lieu avec lequel une cession subséquente a la relation la plus étroite (de même, l'internationalité devrait être déterminée par référence au lieu ayant la relation la plus étroite avec la cession subséquente).

7. Pour ce qui est de la forme, le Groupe de travail voudra peut-être, dans les projets d'articles 24 à 26, faire directement référence à la loi de l'État dans lequel le cédant a son administration centrale et éviter ainsi de faire référence à la "situation". La nécessité, en cas d'insolvabilité ou d'autres procédures, de faire régir les questions de priorité par la loi de la juridiction principale du cédant devrait être suffisante pour justifier la référence au lieu de l'administration centrale du cédant comme critère de rattachement pour déterminer la loi régissant les questions de priorité. S'agissant des conflits entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances, une approche fondée sur l'établissement conviendrait lorsqu'un cédant a un seul établissement, mais serait totalement inapplicable s'il en a plusieurs (par exemple, si les mêmes créances sont cédées par le siège et par une succursale, ou par différentes succursales, ou par les commandités d'une société en commandite située dans différents États, n'ayant pas tous adopté le projet de Convention). Si l'on appliquait dans ce cas une approche fondée sur l'établissement, les questions de priorité pourraient se trouver régies par des lois différentes et un cessionnaire n'aurait aucun moyen de connaître les circonstances dans lesquelles le cédant a cédé plusieurs fois les mêmes créances.

8. Une approche double de la question de la "situation" peut présenter un inconvénient, à savoir que, si l'établissement et le lieu de l'administration centrale ne coïncident pas, les cessionnaires devront se reporter à deux lois différentes, soit à la loi du lieu de l'établissement du cédant pour déterminer si le projet de Convention s'applique et à la loi du lieu de l'administration centrale du cédant pour déterminer le risque qu'entraîne une double cession ou l'insolvabilité du cédant (pour un autre inconvénient éventuel, voir la remarque 4 relative à l'article premier). Mais une telle situation est peut-être inévitable puisqu'il ne semble pas exister d'approche uniforme appropriée dans toutes les circonstances (comme le confirment les débats au sein du Groupe de travail et du groupe d'experts CNUDCI/Conférence de La Haye; pour les vues de ce dernier, voir le document A/CN.9/WG.II/WP.99, troisième partie, définition de la notion de situation).

9. Par rapport au lieu d'immatriculation, le lieu de l'administration centrale présente l'avantage d'être une notion connue dans la plupart des systèmes juridiques dont l'application ne poserait pas le problème que pourrait poser le choix d'une juridiction artificielle sans lois développées, comme cela pourrait être le cas si l'on décidait de faire référence au lieu d'immatriculation. Toutefois, la notion de lieu de l'administration centrale n'est peut-être pas aussi transparente que celle de lieu d'immatriculation, en particulier lorsque l'exercice de l'autorité centrale est si également divisé entre plusieurs pays qu'il devient impossible de privilégier un lieu par rapport à l'autre et, dans le cas de filiales, lorsque le contrôle administratif réel est exercé par la société mère. Une modification du nouvel alinéa *j* iii visant à créer une présomption réfragable ("en l'absence de preuve contraire") permettrait peut-être de régler ce problème, mais il semblerait qu'une telle solution soit inappropriée dans la mesure où l'on réduirait ainsi, involontairement, la certitude qu'offrait cette règle. Pour essayer de vaincre la difficulté, le Groupe de travail souhaitera peut-être faire référence, dans le nouvel alinéa *j* iii, tout d'abord au lieu indiqué dans les actes constitutifs d'une entité et, uniquement en l'absence d'une telle indication, au lieu de l'administration centrale de facto (article 21 du Code suisse de droit international privé).

10. S'agissant de la question de savoir s'il faudrait préférer les termes "centre des intérêts principaux" pour des raisons de cohérence avec la Convention de l'Union européenne sur les procédures d'insolvabilité (appelée ci-après "Convention de l'UE sur l'insolvabilité") et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, on notera que la notion de centre des intérêts principaux s'apparente à celle d'administration centrale, de siège ou d'établissement principal. Tous ces termes sont censés désigner le centre de gestion et de contrôle, le véritable centre vital d'où sont contrôlées les activités importantes d'une entité, plutôt que le lieu où s'exerce la gestion quotidienne des affaires et des activités d'une telle entité. Toutefois, la présomption réfragable établie dans ces textes, selon laquelle le centre des intérêts principaux est le lieu d'immatriculation ou, dans le cas de personnes physiques, la résidence habituelle, peut réduire le degré de certitude nécessaire dans un texte axé sur la planification du financement d'un débiteur solvable (A/CN.9/455, par. 27).

### 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

*Remarques*

1. Les dispositions du chapitre III traitent de la validité quant au fond (plus précisément l'efficacité *erga omnes*) d'une cession. Cependant, elles ne traitent pas de la validité quant à la forme. Une fois supprimée la disposition relative à la forme (A/CN.9/WG.II/WP.102, projet d'article 9), la validité quant à la forme est régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention (A/CN.9/456, par. 91). Il pourrait probablement s'agir de la loi régissant le contrat de cession (à savoir la loi régissant l'établissement du cédant ou du cessionnaire ou, dans le cas où le cédant ou le cessionnaire auraient plus d'un établissement, la loi régissant l'établissement étant le plus étroitement lié au contrat) ou la loi applicable sur le lieu où le contrat a été conclu (qui pourrait être un lieu différent de celui de l'établissement du cédant ou du cessionnaire). En conséquence, et compte tenu du fait que la priorité présuppose la validité à la fois quant au fond et quant à la forme, le cessionnaire devrait s'assurer que la cession est valide au titre des dispositions du chapitre III et de la loi régissant la validité quant à la forme, et qu'il a la priorité au titre de la loi du lieu où est situé le cédant. Cela pourrait réduire le degré de prévisibilité et par conséquent avoir un effet négatif sur le coût du crédit.

2. Pour résoudre ce problème, on pourrait inclure dans la définition de la "priorité" la validité quant à la forme de façon que la priorité et la validité quant à la forme soient régies par la même loi. Une autre solution pourrait être d'inclure, de préférence au début du chapitre III ou sinon dans le chapitre V, une règle formulée comme suit: "La forme de la cession et les effets du non-respect de cette forme sont régis par la loi de l'État où est situé le cédant au moment de la cession" (A/CN.9/WG.II/WP.96, projet d'article 9, variante C).

3. Conformément à l'approche adoptée par le Groupe de travail qui consiste à privilégier la cession sur le contrat de cession, la disposition susmentionnée se réfère à la cession. La validité quant à la forme est régie par la loi du lieu où est situé le cédant de façon à garantir que la loi d'une seule juridiction s'applique et que cette loi est la même que celle régissant la priorité (pour ce faire, le sens du mot "situé" dans ce contexte devrait être le même que dans les projets d'articles 24 à 26).

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 de 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 de 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.

*Remarques*

1. Comme il a déjà été mentionné (voir la remarque 5 relative au projet d'article 4), si des pratiques du type de celles mettant en jeu des organismes de compensation, des accords de swap et des produits dérivés, des polices d'assurance ou des consortiums de prêts et des participations devaient être régies par le projet de Convention, il serait peut-être nécessaire d'inclure dans le projet d'article 10 une règle différente concernant ces pratiques. Cette règle pourrait stipuler qu'une cession n'a pas d'effet à l'égard du débiteur, en l'absence de son consentement à ces opérations (pour toute modification supplémentaire à apporter éventuellement au projet de Convention pour satisfaire aux exigences particulières de ces pratiques, voir la remarque 6 relative au projet d'article 4).

2. La deuxième phrase du paragraphe 2, qui indique que le cessionnaire n'a pas de responsabilité contractuelle en cas de violation d'une clause de non-cession par le cédant, semble énoncer une évidence (le cessionnaire ne peut pas avoir de responsabilité contractuelle pour la rupture d'un contrat auquel il n'est pas partie). L'intention première du Groupe de travail était que, si, à l'évidence, le cessionnaire n'avait pas à assumer de responsabilité contractuelle, la loi

applicable en dehors du projet de Convention devrait être régie par la question de la responsabilité extracontractuelle (quasi délictuelle) (A/CN.9/455, par. 51). Le Groupe de travail a envisagé les situations dans lesquelles le cessionnaire avait un comportement manifestement abusif (par exemple, s'il encourageait le cédant à céder des créances en violation d'une clause de non-cession avec l'intention de porter atteinte aux intérêts du débiteur). Cependant, 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 (A/CN.9/455, par. 50).

3. Bien que ce point puisse être expliqué dans le commentaire, le Groupe de travail souhaitera peut-être le clarifier en supprimant les mots "en vertu de ladite convention, du chef de sa violation" pour les remplacer par un libellé tel que "même si elle avait connaissance d'une telle convention", ou "au seul motif qu'elle avait connaissance d'une telle convention", ou "à moins qu'elle n'agisse avec l'intention délibérée de causer un préjudice, ou témérairement et sachant pertinemment qu'un préjudice pourrait en résulter" [dans tous ces cas, la simple connaissance ne suffirait pas à établir la responsabilité; voir l'article 18 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux et l'article 8 de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg)].

### 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 avec 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 toute obligation ou responsabilité du cédant découlant d'une 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.]

*Remarques*

1. Le projet d'article 12 résulte d'une décision que le Groupe de travail avait prise à sa précédente session pour veiller à ce que les débiteurs souverains ne soient pas affectés par des cessions faites en violation de clauses de non-cession figurant dans des marchés publics ou des contrats analogues. Le Groupe de travail a estimé qu'il fallait éviter toute atteinte au régime juridique de ce type de contrat qui risquait de compromettre sérieusement l'acceptabilité du projet de Convention (A/CN.9/456, par. 115).

2. Toutefois, le projet d'article 12 pourrait dépasser son objet, à savoir protéger les débiteurs souverains qui n'ont pas besoin d'une telle protection ou peuvent être protégés par d'autres moyens (par exemple, par une limitation légale à la cession dans la mesure où cette limitation n'est pas affectée par le projet de Convention; pour cette question, voir la remarque 4 ci-après et les remarques 3 et 4 se rapportant au projet d'article 28; pour une suggestion sur la manière de traiter les limitations légales à la cession au projet d'article 10, voir le document A/CN.9/WG.II/WP.102, remarque 7 relative au projet d'article 12). En outre, si une limitation contractuelle à une cession invalide cette cession à l'encontre d'un débiteur souverain, il peut y avoir un risque de non-recouvrement qui fera augmenter le coût du crédit à tous les débiteurs souverains, qu'ils aient ou non besoin de la protection prévue au projet d'article 12. Par ailleurs, en autorisant des clauses de non-cession dans les marchés publics afin d'invalider les cessions à l'encontre d'un débiteur souverain, on pourrait augmenter le coût du crédit pour les petits et moyens fournisseurs de biens et de services, qui auraient alors encore plus de mal à lutter contre la concurrence des gros fournisseurs pour les marchés publics étant donné que ces derniers ont normalement d'autres sources de crédit. Le Groupe de travail souhaitera peut-être, par conséquent, envisager de modifier le projet d'article 12 afin de permettre aux États d'émettre, s'ils le souhaitent, une réserve concernant les projets d'articles 10 et 11.

3. Si le Groupe de travail préfère adopter cette approche, le projet d'article 12 pourrait être modifié comme suit: "Si l'État dans lequel le débiteur ou toute personne qui constitue une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée est situé au moment de la conclusion du contrat initial a émis une réserve au titre du projet d'article [...], les articles 10 et 11 n'ont pas d'inci-

dences sur les droits et obligations de ce débiteur ou de cette personne." On pourrait en outre ajouter aux dispositions finales un nouveau projet d'article, rédigé comme suit: "Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par les articles 10 et 11 si le débiteur ou toute personne qui constitue une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée est situé dans cet État au moment de la conclusion du contrat initial et est une autorité publique [, centrale ou locale, une subdivision de cette autorité, ou une entité publique, sauf si: [insérer les alinéas *a* et *b*]]."

4. Il pourrait être nécessaire de modifier légèrement le titre de la disposition de façon à faire clairement ressortir le fait qu'elle porte sur la cessibilité contractuelle et non légale. Le commentaire précisera que les projets d'articles 10 et 11 ne traitent pas des limitations légales à la cession, mais que les dispositions de fond du projet de Convention ne sont soumises à aucune règle impérative du droit applicable en dehors du projet de Convention limitant les cessions, car la certitude offerte par la Convention s'en trouverait sinon compromise. Par exemple, le projet d'article 8 a préséance sur toute règle de droit applicable en dehors du projet de Convention, en vertu de laquelle une cession de créances futures n'est pas valide (pour les règles impératives et les règles relevant de l'ordre public, voir également les remarques relatives aux projets d'articles premier et 24). Le libellé employé pour désigner les débiteurs souverains a été modifié de façon à viser les prêts souverains ainsi que les transactions auxquelles sont parties des autorités centrales et locales, toute subdivision de ces autorités et des entités publiques.

5. On notera que la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international (Ottawa, 1988; appelée ci-après "Convention d'Ottawa") permet aux États d'émettre une réserve concernant une règle très proche du projet d'article 10, mais pour tous les types de débiteurs. Sur les six États parties à la Convention d'Ottawa, deux ont émis une telle réserve. Dans l'un d'entre eux, la règle de la Convention d'Ottawa aurait conduit à une modification du droit interne tendant à valider les cessions effectuées dans un contexte commercial malgré l'existence de clauses de non-cession dans les contrats pertinents.

## CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS

### *Section I. Cédant et cessionnaire*

*Remarques*

Contrairement aux autres dispositions du projet de Convention qui portent sur la cession en tant que transfert de droits de propriété (qu'il s'agisse de droits de propriété à part entière ou de sûretés) sur des créances, les dispositions figurant dans la présente section portent sur des questions qui sont soumises à l'autonomie des parties et sont normalement traitées dans le contrat de cession. Leur utilité réside dans le fait qu'elles allouent les risques et les responsabilités en l'absence de convention entre les parties au contrat de cession.

#### 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.

*Remarques*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de déplacer la première phrase du paragraphe 2 du projet d'article 15 au projet d'article 19, puisque cette phrase porte sur la libération du débiteur en cas d'envoi d'une notification en violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire.

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.

*Remarques*

1. Il sera expliqué dans le commentaire que la notion de "paiement" recouvre à la fois le paiement en espèces et le paiement en nature (par exemple, des marchandises restituées). Toutefois, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si ce point doit être explicité dans le texte des projets d'articles 16 et 26 par une référence au paiement "ou autre forme de libération" concernant la créance cédée. En outre, il voudra peut-être définir le produit par référence à tout ce qui est reçu en paiement ou par une autre forme d'acquittement des créances cédées (ce qui inclut le produit des créances et le produit du produit). L'adoption d'une définition du terme "produit" permettrait de simplifier considérablement le libellé des projets d'articles 16 et 26.

2. Pour aligner le paragraphe 2 sur le paragraphe 1, le Groupe de travail souhaitera peut-être, par ailleurs, envisager de le reformuler de manière à y indiquer clairement qu'il traite du droit à paiement entre le cédant et le cessionnaire et qu'il peut y avoir convention contraire entre ces parties. Sous sa forme actuelle, il semblerait que le paragraphe 2 n'ait pas sa place à la section I du chapitre IV ou au projet d'article 16, qui traite de la relation entre le cédant et le cessionnaire (voir la remarque 3 relative au projet d'article 26).

3. Pour bien indiquer que c'est le cessionnaire, et non le cédant, qui a droit à des intérêts en cas de retard de paiement (question qui n'est peut-être pas claire dans tous les systèmes juridiques), on pourrait insérer après le mot "valeur" au paragraphe 3 des mots tels que "y compris les intérêts" (voir la remarque 2 relative au projet d'article 2 et le projet d'article 26 *bis*-2 et 3).

## *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 de 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.]

*Remarques*

1. Le paragraphe 1 donne à entendre que le débiteur peut s'acquitter de sa dette en payant le cessionnaire avant d'avoir reçu la notification (le débiteur "est fondé à"). Ce résultat est également obtenu en vertu des projets d'articles 8-1, 9 et 16-1, selon lesquels la cession a effet à l'égard du débiteur au moment de la conclusion du contrat de cession (bien que, sur le plan de la forme, la question de la validité soit laissée à la loi applicable en dehors du projet de Convention; voir les remarques relatives au chapitre III). Si une telle règle peut être appropriée dans le principe, elle risque de porter préjudice à certaines pratiques, comme l'escompte de factures non divulgué ou la titrisation, dans lesquelles le débiteur est censé continuer à payer le cédant (A/CN.9/420, par. 106 à 108). Ainsi, le Groupe de travail voudra peut-être: envisager d'introduire une exception à la règle énoncée au paragraphe 1 en ce qui concerne les pratiques mentionnées; ou revoir la règle de base pour faire en sorte qu'avant notification le débiteur puisse effectuer un paiement libératoire seulement en faveur du cédant; ou laisser cette question à une autre loi applicable en dehors du projet de Convention. Dans la mesure du possible, et pour assurer un certain degré de certitude, cette dernière solution devrait être évitée.

2. Le Groupe de travail voudra peut-être prévoir au paragraphe 6 que tant que le débiteur n'a pas obtenu la preuve demandée il peut effectuer un paiement libératoire au cédant. Autrement, si le débiteur devait s'acquitter de l'obligation de payer peu de temps après la notification, cette obligation devrait être suspendue ou le débiteur serait défaillant (et tenu de verser des dommages-intérêts). L'effet d'une telle règle serait que le cessionnaire devrait fournir au débiteur, avec la notification, une preuve attestant qu'une cession a eu lieu (ce qui comprend une confirmation écrite du cédant).

3. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être revoir les paragraphes 7 et 8. Il semblerait que le paragraphe 7 autorise indirectement un débiteur qui a reçu notification d'un cessionnaire en vertu du projet de Convention à effectuer un paiement à la personne fondée à le recevoir en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention (par exemple, au cédant, qui peut être fondé à recevoir le paiement, dans la mesure où la cession de créances futures ou la cession en violation d'une clause de non-cession pourrait être non valide en vertu de cette loi). Une telle approche pourrait avoir l'effet involontaire d'accroître le risque que le cessionnaire ne soit pas en mesure de se faire payer par le débiteur, ce qui aurait des conséquences négatives sur le coût du crédit.

4. La disposition pertinente de la Convention d'Ottawa, d'où le paragraphe 7 tire son origine, prévoit que ladite Convention n'a pas d'effet sur "d'autres motifs" conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur en faveur du cessionnaire (à savoir la personne fondée à recevoir le paiement en vertu de la Convention d'Ottawa, si la notification ne satisfait pas aux exigences de cette dernière; toutefois, dans l'affacturage, la notification est normalement donnée par le cédant et la Convention d'Ottawa dispose que le cessionnaire ne peut aviser le débiteur que si le cédant l'y autorise).

5. Ainsi, le Groupe de travail voudra peut-être revoir le paragraphe 7 pour faire en sorte que, après notification par le cessionnaire en vertu du projet de Convention et peut-être sous réserve de la présentation d'une preuve appropriée, le débiteur ne puisse effectuer un paiement libératoire qu'en faveur de la personne fondée à le recevoir conformément au projet de Convention. S'agissant des paiements libératoires effectués en faveur d'un tribunal ou d'un organisme analogue, le Groupe de travail voudra peut-être retenir cette formule uniquement si plusieurs notifications sont en jeu. Dans le cas où la loi applicable en dehors du projet de Convention prévoirait cette formule et où le débiteur recevrait plusieurs notifications, une telle disposition garantirait que le débiteur n'est pas privé de la possibilité d'effectuer un paiement libératoire à un tribunal ou à un organisme de consignation. En ce cas, les conflits surgissant entre plusieurs ayants droit seraient réglés conformément à la loi applicable à la priorité en vertu des projets d'articles 24 à 26.

6. S'agissant du paragraphe 8, on peut faire observer soit qu'il énonce une évidence, soit qu'il fait supporter inopportunément au débiteur le risque que la cession soit inexistante ou nulle et sans effet. Si le paragraphe 8 est censé mentionner la règle selon laquelle le débiteur n'est pas libéré s'il paie un cessionnaire lorsque la cession est nulle et sans effet (par exemple, parce que le cédant n'était pas fondé à agir ou a agi sous la contrainte ou a été victime d'une fraude), alors il n'est pas nécessaire. S'il n'y a pas de cession, le projet d'article 19 du projet de Convention dans son ensemble ne s'applique pas, et il est assez improbable qu'une loi quelconque permette au débiteur de se libérer si la cession est inexistante ou nulle et sans effet, et le projet de Convention ne change rien à cet égard. Ce point pourrait être expliqué dans le commentaire. En tout état de cause, compte tenu de la révision proposée pour le paragraphe 6 (voir la remarque 2 ci-dessus), le risque que le débiteur paie un cessionnaire lorsque la cession est nulle et sans effet serait sensiblement réduit. Les cas exceptionnels où la nullité de la cession pourrait avoir pour effet d'obliger le débiteur à payer deux fois seraient tranchés par une autre loi (en particulier le cas de fraude qu'aucun texte sur le droit commercial ne résout facilement). Dans le cas de cessions subséquentes, où la nullité serait particulièrement difficile à déceler, le débiteur devrait pouvoir recouvrer le paiement effectué à tort pour violation des garanties implicites ou en vertu des principes de l'enrichissement injuste.

7. Si, en revanche, le paragraphe 8 vise à introduire un nouveau critère, un critère de bonne foi, pour libérer le débiteur, il est incompatible avec la décision du Groupe de travail de ne pas subordonner la libération du débiteur à sa bonne foi ou à sa connaissance de la validité de la cession (A/CN.9/434, par. 180; pour les divers arguments invoqués, voir également A/CN.9/432, par. 167 à 172, et A/CN.9/420, par. 99 à 104).

8. Ainsi, le Groupe de travail voudra peut-être supprimer le paragraphe 8 et expliquer dans le commentaire que le débiteur n'est pas libéré par un paiement effectué en faveur d'un cessionnaire lorsque la cession est nulle et sans

effet (étant entendu qu'il s'agit d'un cas très rare qui peut être tranché par une autre loi). Un texte libellé comme suit pourrait être envisagé:

"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. Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des paragraphes 2 à 6 du présent article, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire seulement en faveur du cessionnaire ou, si d'autres instructions lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions.

[Insérer les paragraphes 3 à 5 renumérotés 2 à 4].

5. S'il reçoit notification de la cession d'une personne se présentant comme étant un cessionnaire (le "cessionnaire apparent"), le débiteur est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, qu'une cession a été effectuée et, tant qu'il n'en a pas obtenu la preuve, il peut effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial. 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.

6. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 à 5, le présent article n'a pas d'incidences sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur:

*a)* en faveur de la personne fondée à le recevoir en vertu de la présente Convention; ou

*b)* dans le cas de plusieurs notifications ou instructions de paiement, en faveur d'une autorité judiciaire ou autre autorité compétente, ou d'un organisme public de consignation."

### 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.

*Remarques*

Le Groupe de travail voudra peut-être préciser si l'écrit mentionné au paragraphe 3 doit être signé à la fois par le cédant et le débiteur ou seulement par le débiteur.

### 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.

## *Section III. Autres parties*

### 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.

*Remarques*

1. Pour éviter le risque de renvoi, le Groupe de travail voudra peut-être inclure dans le texte du projet de Convention (éventuellement dans le projet d'article 5) une disposition libellée comme suit: "Aux fins de la présente Convention, le terme "loi" désigne la loi en vigueur dans un État à l'exclusion des règles de droit international privé" (voir l'article 15 de la Convention de l'Union européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Rome, 1980; ci-après dénommée la "Convention de Rome"). Sinon, ce point pourrait être expliqué dans le commentaire.

2. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager la question de savoir si le for devrait pouvoir annuler les règles applicables en vertu du projet d'article 24 si elles sont manifestement contraires à ses règles impératives (loi de police) ou à l'ordre public. Une telle approche est conforme à la pratique normalement suivie dans les textes relatifs au droit international privé. S'il peut être assez improbable qu'un problème lié aux règles impératives ou à l'ordre public surgisse dans un conflit de priorité entre plusieurs cessionnaires recevant les mêmes créances du même cédant, une telle possibilité ne peut être exclue. Si le Groupe de travail approuve cette approche, les projets d'articles 30 et 31 devraient pouvoir s'appliquer au projet d'article 24, ainsi qu'à toutes les dispositions de droit international privé du projet de Convention (qui pourraient s'inscrire dans un chapitre), et les projets d'articles 25-3 et 4 et 26-5 pourraient être supprimés. Le projet d'article 25-5 pourrait aussi être supprimé, étant entendu que, si le projet d'article 31 peut s'appliquer uniquement pour annuler la loi applicable, le projet d'article 30 peut avoir à la fois une fonction négative et positive en ce sens qu'il peut entraîner à la fois l'annulation de la loi applicable et l'application des règles nationales concernant les droits préférentiels non contractuels.

### 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.

*Remarques*

1. Au paragraphe 2, les mots "les créanciers du cédant" ont remplacé les mots "l'administrateur de l'insolvabilité", car, dans certains systèmes juridiques, l'administrateur de l'insolvabilité ne devient pas le détenteur des droits des créanciers, et, dans certaines procédures de redressement, il n'y a pas nécessairement d'administrateur de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.II/WP.102, remarque 1 relative au projet d'article 24). Toutefois, compte tenu du fait que, dans d'autres systèmes juridiques, l'administrateur de l'insolvabilité devient le détenteur des droits des créanciers, il conviendrait d'y faire référence au paragraphe 2.

2. Si les paragraphes 3 à 5 étaient maintenus (voir la remarque 2 relative au projet d'article 24), il y aurait peut-être lieu de les reformuler. L'application du paragraphe 3 devrait être limitée au cas où une procédure d'insolvabilité ou autre est ouverte dans une juridiction autre que la juridiction principale du cédant. Si une telle procédure était ouverte dans la juridiction principale du cédant, tout conflit avec la *lex loci concursus* ou la *lex fori* serait résolu en vertu des règles de cette juridiction. Au paragraphe 4, il serait peut-être nécessaire de préciser que le cessionnaire ayant la priorité conserve sa priorité, mais que la cession peut être contestée par l'administrateur de l'insolvabilité, par exemple en tant que transfert préférentiel ou frauduleux (les mots "sauf dispositions contraires du présent article" ne rendent peut-être pas compte de l'effet attendu du paragraphe 4). Au paragraphe 5, la seconde phrase pourrait être supprimée. Il est plutôt improbable qu'un État fasse une déclaration limitant les droits non contractuels préférentiels qu'il entend préserver.

3. La paragraphe 6 pourrait également être supprimé. Il semble suggérer que, bien que les conflits de priorité soient visés par le projet de Convention, une loi autre que la loi applicable là où est situé le cédant pourrait s'appliquer. Initialement, le paragraphe 6 avait pour objet de faire en sorte qu'un cessionnaire faisant valoir une priorité en vertu des dispositions de droit matériel du projet de Convention n'ait pas moins de droits que s'il faisait valoir une priorité en vertu du droit matériel en dehors du projet de Convention (A/CN.9/455, par. 40, et A/CN.9/445, par. 44). Du fait que le Groupe de travail a décidé de transformer les règles de priorité du projet de Convention en règles de droit international privé (A/CN.9/445, par. 22), le paragraphe 6 ne paraît plus pertinent.

[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 d'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.]

*Remarques*

1. Contrairement aux projets d'articles 24 et 25, en vertu desquels la question de priorité en matière de cessions et les recours dont dispose le cessionnaire sont régis par la loi applicable là où est situé le cédant, les paragraphes 1 et 2 ont pour objet de donner au cessionnaire, dans certains cas, un droit réel sur le produit. Ils ne visent toutefois pas à modifier l'ordre de priorité établi en vertu des paragraphes 3 et 4. Le sens à donner au projet d'article 26 pourrait être mieux illustré par les exemples suivants. Lorsque le produit donne lieu à un conflit entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances, l'ordre de priorité est établi conformément à la loi applicable en vertu des paragraphes 3 et 4. En ce cas, la priorité ne dépend pas du fait de savoir si un cessionnaire donné a un droit réel ou personnel (à savoir le cessionnaire le plus ancien possédant un droit personnel prévaut sur un cessionnaire plus récent possédant un droit réel). Lorsque le produit donne lieu à un conflit entre un cessionnaire et les créanciers du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité du cédant, l'ordre de priorité reste déterminé par la loi applicable en vertu des paragraphes 3 et 4. Le point de savoir si le cessionnaire qui a la priorité sur le produit a un droit réel ou personnel sur ce dernier est également subordonné à la loi régissant la priorité sur le produit en vertu des paragraphes 3 et 4, sauf dans les cas visés aux paragraphes 1 et 2, où le cessionnaire qui a la priorité sur le produit a un droit réel sur ledit produit.

2. Pour préciser cette interprétation, le Groupe de travail voudra peut-être séparer la question de la priorité sur le produit de la question des recours dont dispose un cessionnaire ayant la priorité et aborder la première dans une disposition renfermant les paragraphes 3, 4 et 5 et la seconde dans une autre disposition renfermant les paragraphes 1 et 2. Il voudra peut-être aussi envisager la question de savoir si la règle énoncée au paragraphe 2 pourrait être étendue au produit autre que le produit en espèces, sous réserve qu'il satisfasse aux conditions énoncées dans ce paragraphe. Si une telle approche était adoptée, l'alinéa *a* pourrait être supprimé ainsi que toute référence au produit en espèces aux alinéas *b* et *c*. À l'alinéa *c*, il faudrait peut-être énoncer de façon explicite une exigence déjà implicite, à savoir que le produit doit être "suffisamment identifiable".

3. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être aligner les paragraphes 1 et 2 sur le projet d'article 16 pour faire en sorte que le droit du cessionnaire sur le produit ne dépasse pas la valeur de son droit sur la créance. Toutefois, il ne sera peut-être pas possible d'assurer une cohérence parfaite avec le paragraphe 2 du projet d'article 6, dans la mesure où, jusqu'à présent, le Groupe de travail n'est pas convenu de donner au cessionnaire, en cas de paiement à une personne autre que le cessionnaire ou le cédant (par exemple, un cessionnaire concurrent ou un créancier du cédant), un droit réel sur le produit (ainsi, il ne conviendrait pas d'introduire dans le projet d'article 26 une règle allant dans le sens du paragraphe 2 du projet d'article 16). Un libellé comme suit pourrait être envisagé:

"Article 26. *Priorité sur le produit*

"1. La priorité entre plusieurs cessionnaires des mêmes créances d'un même cédant et entre le cessionnaire et les créanciers du cédant ou l'administrateur d'insolvabilité à l'égard de tout ce qui a été reçu en paiement [, ou sous une autre forme de libération,] de la créance cédée 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.

2. Les paragraphes 3 à 5 de l'article 25 s'appliquent à tout conflit de priorité entre un cessionnaire et les créanciers du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité à l'égard de tout ce qui a été reçu en paiement [, ou sous une autre forme de libération,] de la créance cédée.

Article 26 *bis*. *Droits réels sur le produit*

1. À l'exception des cas prévus aux paragraphes 2 à 4 du présent article, le fait qu'un cessionnaire [ait un droit réel ou personnel sur] [soit fondé à demander et conser-

ver] tout ce qui a été reçu en paiement [, ou sous une autre forme de libération,] de la créance cédée est soumis à la loi régissant la priorité en vertu de l'article 26 de la présente Convention.

2. Si le paiement [, ou une autre forme de libération,] concernant la créance cédée est effectué en faveur du cessionnaire, le cessionnaire ayant la priorité sur les créanciers du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité en vertu de l'article 26 de la présente Convention a [un droit réel sur] [le droit de conserver] tout ce qu'il a reçu à concurrence de la valeur de son droit sur la créance [, y compris les intérêts].

3. Si le paiement [, ou une autre forme de libération,] concernant la créance cédée est effectué en faveur du cédant, le cessionnaire ayant la priorité sur les créanciers du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité en vertu de l'article 26 de la présente Convention a [un droit réel sur] [le droit de conserver] tout ce qu'il a reçu à concurrence de la valeur de son droit sur la créance [, y compris les intérêts,] si:

*a)* le cédant a reçu un paiement [, ou une autre forme de libération,] et détient pour le compte du cessionnaire, sur instructions de ce dernier, tout ce qu'il a reçu; et

*b)* tout ce que le cédant a reçu est détenu par ce dernier, pour le compte du cessionnaire, sans confusion et de façon suffisamment identifiable eu égard aux actifs du cédant, par exemple dans un compte de dépôt distinct exclusivement réservé au produit en espèces des créances cédées au cessionnaire."

## CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS

*Remarques*

1. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le champ d'application ou l'objet des règles de droit international privé du projet de Convention (à ce sujet, voir les remarques 18 à 20 relatives au projet d'article premier, dans le document A/CN.9/WG.II/WP.102). En principe, il ne serait pas approprié de restreindre l'application des règles de droit international privé en vertu des notions de droit matériel figurant au chapitre premier (pour les appliquer uniquement aux cessions telles que définies dans le projet d'article 2 ou uniquement aux opérations internationales telles que définies dans le projet d'article 3, ou encore uniquement dans le cas où le cédant est situé dans un État contractant). Lorsque l'État du for est un État contractant, il devrait être autorisé à appliquer le chapitre V si l'opération en question comporte un aspect international, que le cédant ou le débiteur soient situés dans des États contractants ou non, ou que l'opération porte sur la cession de créances contractuelles ou extracontractuelles.

2. Cette solution permettrait aux États ne disposant pas de règles de droit international privé appropriées pour les cessions, ou ne disposant d'aucune règle, d'avoir recours à celles prévues au chapitre V. Ces règles traduisent certes des principes généraux auxquels il faudrait adjoindre d'autres principes de droit international privé, mais, tout en ayant un caractère général, elles peuvent être utiles à de nombreux États et permettre de clarifier certaines questions (relatives à la priorité, notamment) au sujet desquelles demeurent, en droit international privé, beaucoup d'incertitudes. Les États qui disposent de règles appropriées pour les cessions peuvent toujours choisir de ne pas appliquer le chapitre V.

3. Quant à savoir s'il convient, du point de vue législatif, d'introduire des dispositions de droit international privé dans un texte de droit matériel, le Groupe de travail voudra peut-être noter que les opérations de financement complexes, comme celles qui se font au moyen de cessions, ne peuvent être efficacement réglementées que par un texte qui traite de façon aussi cohérente et complète que possible des aspects tant de droit matériel que de droit international privé. À moins que les questions de droit international privé ne soient traitées au chapitre V, de nombreuses incertitudes subsisteront concernant toutes les questions qui, par nécessité, ne sont pas visées par le projet de Convention et relèvent de la loi applicable en dehors du projet (une liste de ces questions figure dans la remarque 2 relative au projet d'article 8, dans le document A/CN.9/WG.II/WP.98). En outre, une fois que les règles de priorité énoncées aux projets d'articles 24 à 26 seront généralement acceptables, il n'y aura aucune raison d'en restreindre l'application en vertu des notions de droit matériel exposées au chapitre premier, ce qui priverait de la possibilité de clarifier une question sur laquelle les textes de droit international privé en vigueur laissent peser de grandes incertitudes.

4. Si le Groupe de travail choisissait cette option, il faudrait supprimer le premier membre de phrase des projets d'articles 27 à 29 et reformuler le paragraphe 3 du projet d'article premier (qui pourrait être placé en tête du chapitre V), par exemple de la façon suivante: "Les dispositions du chapitre V s'appliquent indépendamment des dispositions du chapitre premier. Toutefois, elles ne s'appliquent pas si un État fait une déclaration au titre de l'article 34."

5. Il faut peut-être aussi trancher la question de la hiérarchie entre les règles de droit matériel et les règles de droit international privé du projet de Convention, c'est-à-dire décider qu'un État contractant appliquerait d'abord les dispositions de droit matériel puis, au cas seulement où le problème ne serait pas résolu par ces dispositions, les dispositions de droit international privé. Il serait envisageable d'inclure au début du chapitre V une formule telle que: "Si les dispositions de la présente Convention en dehors du chapitre V ne s'appliquent pas à une cession, les dispositions du chapitre V s'appliquent." Ainsi, si l'État du for est un État contractant, c'est le chapitre V qui s'applique et non les règles de droit international privé en vigueur dans ledit État.

6. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi envisager de conserver le chapitre V sans le projet d'article 27 relatif aux aspects contractuels de la cession, ce qui n'est pas le thème principal du projet de Convention et qui est peut-être déjà suffisamment réglementé (même s'il est possible que le principe de la liberté de choix de la loi applicable ne soit pas commun à tous les systèmes). Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'autres solutions, comme limiter l'application du chapitre V aux opérations internationales telles que définies au chapitre premier sans les autres limitations prévues à ce même chapitre (un précédent a été établi aux articles 21 et 22 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres

de crédit stand-by), ou aux seules opérations internationales, avec toutes les limitations territoriales et autres prévues au chapitre premier. Dans ce dernier cas: pour les raisons susmentionnées, le projet d'article 27 pourrait être supprimé; le projet d'article 29 pourrait également être supprimé, puisque la question de la priorité serait régie de façon satisfaisante par les projets d'articles 24 à 26; et les projets d'articles 30 et 31 pourraient être formulés dans le contexte des projets d'articles 24 à 26. Dans cette éventualité, le Groupe de travail voudra peut-être se poser la question de savoir s'il faudrait déplacer le projet d'article 28 à la section II du chapitre IV, sans qu'il soit possible d'opter contre son application, étant donné qu'il exprime des principes généralement acceptables.

Article 27 [29][9]. *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 concessionnaire 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.

*Remarques*

Afin de faire apparaître plus clairement les questions qui devraient relever de l'autonomie des parties, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de remplacer l'expression "le contrat de cession" par l'expression "la conclusion et la validité du contrat de cession ainsi que les droits et obligations du cédant et du cessionnaire en vertu dudit contrat". Il pourra en outre réfléchir à la nécessité de conserver le paragraphe 2. En effet, si l'idée maîtresse du projet d'article 27 est de reconnaître l'autonomie des parties sans entrer dans les détails, le paragraphe 2 n'est peut-être pas absolument indispensable, en particulier si l'on considère que les opérations que l'on veut viser ici sont négociées de façon très poussée, par des parties très averties, qui prévoient normalement dans leurs contrats une clause sur le choix de la loi. Si le paragraphe 2 est maintenu et qu'une définition du terme "situé" telle que celle proposée plus haut (voir la remarque 4 relative au projet d'article 5) est adoptée, les troisième et quatrième phrases du paragraphe 2 pourraient être supprimées. S'agissant du paragraphe 3, le Groupe de travail voudra peut-être se poser la question de savoir s'il est utile, alors qu'il ne contient aucune règle détaillée concernant les facteurs de rattachement pertinents (comme la prestation caractéristique mentionnée au paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention de Rome, avec le mécanisme auxiliaire prévu au paragraphe 5 de ce même article pour le cas où la prestation caractéristique ne peut être déterminée). Par ailleurs, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de traiter, au chapitre V, de la forme de la cession (le paragraphe 1 vise uniquement la validité quant au fond; voir les remarques relatives au chapitre III).

Article 28 [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.

*Remarques*

1. Le Groupe de travail voudra peut-être revoir sa décision de ne pas aborder la question de la loi régissant le droit à compensation (voir le paragraphe 197 du document A/CN.9/456). Il est fréquent que le débiteur ait envers le cessionnaire des droits à compensation, et ceux-ci influent sur la disponibilité et le coût du crédit.

2. S'agissant des droits contractuels à compensation, le principe général est qu'ils sont régis par la loi du contrat dont ils découlent, ce qui signifie que la loi régissant le droit à compensation sera la même que la loi régissant la créance si le droit à compensation découle du contrat original, mais qu'elle sera différente si le droit à compensation découle d'un autre contrat. Une règle exprimant cette idée apporterait une plus grande certitude et pourrait avoir des retombées positives sur le coût du crédit. Il serait possible d'envisager un libellé tel que: "Les droits à compensation découlant du contrat original sont régis par la loi régissant la créance. Les droits à compensation découlant de tout autre contrat sont régis par la loi régissant cet autre contrat."

3. Il faudrait noter qu'en cas de cessibilité légale appliquer la loi régissant la créance ne serait pas approprié et risquerait d'avoir pour conséquence indirecte de permettre au cédant et au débiteur de transgresser d'éventuelles limitations légales renvoyant à des questions de règles impératives ou d'ordre public, en choisissant une judicieuse loi pour régir la créance. Les limitations légales peuvent viser à protéger le cédant (comme dans le cas d'une limitation légale de la cessibilité des salaires et retraites) ou le débiteur (comme dans le cas d'une limitation de la cession de créances dues par un débiteur souverain). Le Groupe de travail se rappellera qu'il avait décidé de n'inclure dans le projet d'article 28 aucune disposition supplémentaire dans la mesure où les limitations légales de la cessibilité de créances, qui découleraient normalement de règles impératives, seraient maintenues en vertu du projet d'article 30 (voir le paragraphe 117 du document A/CN.9/455).

4. Que le premier membre de phrase soit conservé ou non, si le chapitre V avait un champ d'application plus large que le chapitre premier, le projet d'article 28 régirait la cessibilité légale et la cessibilité contractuelle d'un éventail plus

[9]Le numéro entre crochets indique à quel article cette disposition correspond dans l'annexe du document A/CN.9/455, d'où sont tirées les dispositions des chapitres V et VI, à l'exception du texte souligné au chapitre VI.

large d'opérations que celles visées par le projet de Convention, tandis que le projet d'article 10 régirait la cessibilité contractuelle pour les opérations visées par le projet de Convention. Si le premier membre de phrase était conservé et que le chapitre V était subordonné au chapitre premier, le projet d'article 10 régirait la cessibilité contractuelle tandis que le projet d'article 28 s'appliquerait à la cessibilité légale (voir le paragraphe 95 du document A/CN.9/455).

[Article 29 [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.]

*Remarques*

Si le chapitre V, y compris le projet d'article 29, est retenu, il faudra harmoniser l'alinéa *d* avec le paragraphe 5 du projet d'article 25 (si ce dernier est lui-même retenu). Comme cela a été proposé, il faudra peut-être supprimer l'alinéa *e* du paragraphe 5 du projet d'article 25 (voir la remarque 3 relative au projet d'article 25).

Article 30 [32]. *Règles impératives*

1. Aucune disposition des articles 27 et 28 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 27 et 28 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 31 [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 VI. CLAUSES FINALES

Article 32 [41]. *Dépositaire*

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est le dépositaire de la présente Convention.

Article 33 [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.

*Remarques*

Des conflits pourraient surgir avec la Convention d'Ottawa, la Convention de Rome et la Convention de l'Union européenne sur l'insolvabilité (s'agissant des conflits potentiels avec le projet de Convention d'Unidroit, voir les remarques 8 à 16 concernant le projet d'article 4). Les risques de conflit avec la Convention d'Ottawa sont minimes puisque le champ d'application de cette dernière est plus étroit que celui du projet de Convention et que, de toute façon, les dispositions du projet de Convention sont, dans une large mesure, analogues à celles de la Convention d'Ottawa (à l'exception notamment de la réserve à la règle relative aux limitations contractuelles de la cession et de la règle relative à la restitution, par le cessionnaire, des sommes versées par le débiteur). Les risques de conflit avec la Convention de Rome sont également minimes, étant donné que les projets d'articles 27 et 28 sont presque identiques à l'article 12 de ladite Convention. Pour ce qui est de la loi régissant les questions de priorité, l'avis qui prévaut est que l'article 12 ne règle pas ce point. Toutefois, même si le projet d'article 12 traite de certaines questions de priorité, aucune des lois applicables en vertu de cet article (à savoir la loi choisie par les parties ou la loi régissant la créance) n'est appropriée (sauf, peut-être, en cas de cession de créances présentes uniques). La Convention de l'Union européenne sur l'insolvabilité ne devrait donner lieu à aucun conflit notable. La notion d'administration centrale est presque identique à celle de centre des intérêts principaux utilisée dans la Convention de l'Union européenne (voir la remarque 10 au sujet du projet d'article 5), et cette dernière Convention est sans effet sur les droits réels dans une procédure principale d'insolvabilité (voir l'article 5). Si la Convention de l'Union européenne sur l'insolvabilité peut avoir des effets sur les droits réels dans une procédure secondaire d'insolvabilité (voir l'alinéa *g* de l'article 2, l'article 4 et l'article 28), le paragraphe 4 du projet d'article 25, quant à lui, suffirait à préserver, par exemple, le droit qu'ont les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité d'invalider la cession au motif qu'elle constitue un transfert frauduleux ou préférentiel. Quoi qu'il en soit, les

droits des créanciers du cédant et de l'administrateur de l'insolvabilité seraient préservés si les alinéas 3 et 4 du projet d'article 25 étaient remplacés par les projets d'articles 30 et 31. Dans ce cas, à la loi de l'État dans lequel est situé le cédant pourrait se substituer la *lex concursus* ou la *lex fori* (voir la remarque 2 relative au projet d'article 24).

Article 34 [42 *bis*]. *Application du chapitre V*

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre V.

*Remarques*

Si le Groupe de travail décide de supprimer les projets d'articles 27 et 29 à 31, et de déplacer le projet d'article 28 à la section II du chapitre IV, le projet d'article 34 peut être supprimé (et un nouvel article prévoyant une réserve aux projets d'articles 10 et 11 concernant les débiteurs souverains pourrait être inséré ici même; voir les remarques concernant le projet d'article 12).

[Article 35 [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.*][10]

Article 36 [43]. *Application de l'annexe*

Un État peut déclarer à tout moment qu'il sera lié soit par [les sections I et II, soit par la section III] de l'annexe à la présente Convention.

*Remarques*

Si le Groupe de travail substitue à l'annexe les dispositions sur la révision et les amendements du projet de Convention (voir les remarques relatives à l'annexe ci-dessous), le projet d'article 36 peut être supprimé. Si l'annexe est conservée, il faudra peut-être réviser le projet d'article 36 pour faire en sorte qu'un État puisse opter pour les règles de priorité fondées sur l'enregistrement (section I) ou pour les règles concernant l'enregistrement (section II), ou pour les deux (A/CN.9/455, par. 122 et 131).

[Article 37 [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.]

*Remarques*

Le paragraphe 4 du projet d'article 25 étant formulé de façon générale, le Groupe de travail jugera peut-être que le projet d'article 37 n'est pas nécessaire et qu'il peut être supprimé.

[10]Le texte souligné dans les dispositions du chapitre VI fait suite aux propositions formulées par le secrétariat dans le document A/CN.9/WG.II/WP.102.

Article 38 [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.

*Remarques*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être réfléchir au délai pendant lequel le projet de Convention devrait être ouvert à la signature des États. Il peut être rappelé que, dans les conventions élaborées par la CNUDCI, ce délai est d'un à deux ans. Lors de ses travaux, le Groupe de travail pourra prendre en compte, d'une part, la nécessité de laisser aux États suffisamment de temps pour leur permettre de décider s'ils entendent signer le projet de Convention, ce qui donnerait des indications sur leur intention de le ratifier, et, d'autre part, la nécessité de ne pas prévoir un délai trop long, qui pourrait involontairement donner l'impression qu'il n'est pas urgent que le projet de Convention soit ratifié et entre en vigueur rapidement.

Article 39 [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, *à tout moment*, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à 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 40 [47]. *Effets des déclarations*

1. Les déclarations faites en vertu des articles 34 à 37 et du paragraphe 1 de l'article 39 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 34 à 37 et du paragraphe 1 de l'article 39 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.

[5. *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 41 [48]. *Réserves*

Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention.

### Article 42 [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 43 [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.

[3. *La présente Convention reste applicable aux cessions effectuées avant la date à laquelle la dénonciation prend effet.*]

## ANNEXE

*Remarques*

1. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'annexe répond bien à son objet qui est de donner aux États des orientations en vue de la mise en place d'un régime de priorité fondé sur le droit matériel. Étant donné que l'annexe ne renferme pas un mais deux régimes de priorité recommandés, qui tous deux doivent être complétés par un nombre important de dispositions supplémentaires, il se pourrait que l'annexe ne réponde pas à l'objectif fixé.

2. C'est pourquoi le Groupe de travail voudra peut-être développer l'annexe pour en faire un ensemble plus complet de règles législatives types, ou, si l'élargissement de l'annexe semble dépasser les limites de l'actuel projet, la reformuler en une ou plusieurs dispositions en vertu desquelles la mise en place d'un système international d'enregistrement relèverait d'une procédure normalement prévue pour réviser et amender une convention internationale.

3. Les dispositions qui pourraient être ajoutées aux dispositions finales pourraient s'inspirer des articles 32 et 33 de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg) comme suit (les modifications apportées à ces articles sont soulignées):

"Article *X*. *Révision et amendements*

1. À la demande d'un tiers au moins des États contractants à la présente Convention, le dépositaire convoque une conférence des États contractants ayant pour objet de réviser ou d'amender la présente Convention.

2. Tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion déposé après l'entrée en vigueur d'un amendement à la présente Convention sera réputé s'appliquer à la Convention telle qu'elle aura été amendée.

Article *Y*. *Révision du régime de priorité*

1. Nonobstant les dispositions de l'article *X*, une conférence *des États contractants* ayant pour seul objet *d'établir un régime international pour le dépôt public des notifications afin de régler les questions de priorité apparaissant dans le contexte de la cession de créances en vertu de la présente Convention* sera convoquée par le dépositaire conformément au paragraphe 2 du présent article.

2. Une Conférence de révision sera convoquée par le dépositaire à la demande d'un quart au moins des États contractants. *Le dépositaire demandera à tous les États contractants invités à la conférence de soumettre les propositions qu'ils souhaitent voir examiner par cette dernière et communiquera à tous les États contractants invités l'ordre du jour provisoire et toutes les propositions soumises.*

3. Toute décision de la conférence sera prise à la majorité des deux tiers des États participants. *La conférence pourra adopter toutes les mesures nécessaires à l'établissement d'un régime international efficace pour le dépôt public des notifications afin de régler les questions de priorité apparaissant dans le contexte de la cession de créances en vertu de la présente Convention. Aucun État ne sera tenu de participer directement ou indirectement au régime international ainsi établi.*

4. Tout amendement adopté sera communiqué par le dépositaire à tous les États contractants pour acceptation et à tous les États signataires de la Convention pour information. L'amendement entre en vigueur le premier jour du mois qui suit l'an-

née écoulée à compter de son acceptation par les deux tiers des États contractants. L'acceptation sera effectuée par le dépôt d'un instrument formel à cet effet auprès du dépositaire.

5. Après l'entrée en vigueur d'un amendement, un État contractant qui aura accepté l'amendement sera en droit d'appliquer la Convention telle qu'elle aura été amendée dans ses relations avec les États contractants qui, dans un délai de six mois après l'adoption de l'amendement, n'auront pas notifié au dépositaire qu'ils ne sont pas liés par ledit amendement.

6. Tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion déposé après l'entrée en vigueur d'un amendement à la présente Convention sera réputé s'appliquer à la Convention telle qu'elle aura été amendée."

### *Section I. Règles de priorité fondées sur l'enregistrement*

Article 1 [34][11]. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

*Entre des cessionnaires des mêmes créances du même cédant, la priorité est déterminée par l'ordre dans lequel certaines informations concernant la cession sont enregistrées en vertu de la présente Convention, quel que soit le moment du transfert des créances. Si aucune cession n'est enregistrée, la priorité est déterminée en fonction du moment de la cession.*

Article 2 [35]. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant*

[*Sous réserve des paragraphes 3 et 4 de l'article 25 de la présente Convention et de l'article 4 de la présente annexe*,] un cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si:

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

*b)* la priorité tient à des motifs autres que les dispositions de la présente Convention.

### *Section II. Enregistrement*

Article 3 [36]. *Création d'un système d'enregistrement*

*Un système d'enregistrement est créé pour l'enregistrement des données concernant les cessions au titre de la présente Convention et les règles devant être promulguées par le conservateur du registre et l'autorité de supervision. Les règles prescrivent la manière exacte dont le système d'enregistrement fonctionne, ainsi que la procédure de règlement des litiges relatifs à l'enregistrement.*

Article 4 [37]. *Enregistrement*

1. Toute personne peut enregistrer dans le registre des données se rapportant à une cession conformément à la présente Convention et au règlement d'enregistrement. Les données enregistrées sont le nom et l'adresse du cédant et du cessionnaire et une description succincte des créances cédées.

2. *Le même enregistrement peut porter sur:*

a) *la cession par le cédant au cessionnaire de plus d'une créance;*

b) *une cession non encore effectuée;*

c) *la cession de créances n'existant pas au moment de l'enregistrement.*

3. L'enregistrement, *ou sa modification*, produit ses effets à compter du moment où les données visées au paragraphe 1 sont accessibles aux utilisateurs. L'enregistrement, *ou sa modification*, produit ses effets pendant le délai spécifié par la partie qui enregistre. *En l'absence d'une telle spécification, l'enregistrement produit ses effets pour une période de [cinq] ans. Un règlement précisera de quelle manière l'enregistrement peut être reconduit, modifié ou supprimé.*

4. Toute anomalie, irrégularité, omission ou erreur dans le nom du cédant qui empêche une recherche faite à partir du nom du cédant d'aboutir aux données enregistrées invalide l'enregistrement.

Article 5 [38]. *Recherches dans le registre*

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

2. Le résultat d'une recherche par écrit qui est censé émaner du registre est recevable à titre de preuve et, en l'absence de preuve contraire, atteste les données sur lesquelles porte la recherche, notamment:

*a)* la date et l'heure de l'enregistrement; et

*b)* le rang de l'enregistrement.

### *Section III. Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession*

Article 6 [39]. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

1. *Si une créance est cédée plusieurs fois, le droit sur cette créance est acquis par le cessionnaire qui bénéficie du contrat de cession le plus ancien.*

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

3. *Si une créance est transférée de plein droit, le bénéficiaire de ce transfert l'emporte sur un cessionnaire se prévalant d'un contrat de cession antérieur.*

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

Article 7 [40]. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant*

[*Sous réserve des paragraphes 3 et 4 de l'article 25 de la présente Convention et de l'article 4 de la présente annexe,] un cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si:*

a) *les créances ont été cédées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la saisie; ou*

b) *la priorité tient à des motifs autres que les dispositions de la présente Convention.*

[11]Les numéros entre crochets renvoient aux numéros des articles pertinents dans le document A/CN.9/WG.II/WP.96, d'où sont tirées les dispositions de l'annexe. Le texte souligné correspond aux propositions du secrétariat qui sont expliquées dans ledit document.

## C. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa trente et unième session: commentaire relatif au projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement (première partie): note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.105) [Original: anglais]

### TABLE DES MATIÈRES


| | *Pages* |
|---|---|
| INTRODUCTION | 271 |
| TITRE ET PRÉAMBULE | 272 |
| CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION | 272 |
| Article premier. Champ d'application | 272 |
| Article 2. Cession de créances | 274 |
| Article 3. Internationalité | 278 |
| Article 4. Exclusions | 278 |
| CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES | 279 |
| Article 5. Définitions et principes d'interprétation | 279 |
| Article 6. Autonomie des parties | 281 |
| Article 7. Principes d'interprétation | 281 |
| CHAPITRE III. EFFETS DE LA CESSION | 282 |
| Forme de la cession | 282 |
| Article 8. Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures et de fractions de créances | 283 |
| Article 9. Date de la cession | 284 |
| Article 10. Limitations contractuelles à la cession | 285 |
| Article 11. Transfert de sûretés | 286 |
| Article 12. Limitations concernant les gouvernements et autres entités publiques | 287 |


### INTRODUCTION

1. À sa vingt-huitième session (1995), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a décidé de confier au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux le soin d'élaborer une loi uniforme sur la cession de créances à des fins de financement[1]. À cette même session, la Commission était saisie d'un 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). Il a été convenu que ce rapport, qui énonçait les préoccupations et les objectifs implicites dans le projet envisagé et qui exposait le contenu que pourrait avoir la loi uniforme, fournirait une base utile au Groupe de travail pour ses délibérations[2].

2. Le Groupe de travail a commencé ses travaux à sa vingt-quatrième session (novembre 1995) en examinant le rapport du Secrétaire général susmentionné[3]. De sa vingt-cinquième à sa trente et unième session, le Groupe de travail a examiné des projets d'articles révisés établis par le secrétariat[4], et, de sa vingt-neuvième à sa trente et unième session, il a adopté le projet de Convention sur la cession de créances dans le commerce international (le titre exact reste à déterminer)[5].

3. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission s'est déclarée satisfaite du travail effectué et a prié le Groupe de travail de poursuivre avec diligence ses travaux afin que le projet de Convention ainsi que le rapport de la

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

[2] Ibid., par. 379. À ses vingt-sixième et vingt-septième sessions, la Commission avait examiné deux autres rapports du Secrétaire général (A/CN.9/378/Add.3 et A/CN.9/397). Pour l'examen que la Commission a consacré à ces rapports, voir ibid., *quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 297 à 301, et *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), par. 208 à 214 respectivement.

[3] Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-quatrième session (A/CN.9/420).

[4] Les projets d'articles établis par le secrétariat figurent dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.87, A/CN.9/WG.II/WP.89, A/CN.9/WG.II/WP.93, A/CN.9/WG.II/WP.96, A/CN.9/WG.II/WP.98, A/CN.9/WG.II/WP.102 et A/CN.9/WG.II/WP.104. Les rapports du Groupe de travail sont publiés sous les cotes A/CN.9/420, A/CN.9/432, A/CN.9/434, A/CN.9/445, A/CN.9/447, A/CN.9/455, A/CN.9/456 et A/CN.9/466.

[5] A/CN.9/455, par. 17; A/CN.9/456, par. 18; et A/CN.9/466, par. [...].

session suivante du Groupe de travail puissent être distribués aux gouvernements en temps voulu pour observations et qu'elle puisse examiner le projet de Convention pour adoption à sa trente-troisième session (2000). S'agissant de la procédure ultérieure d'adoption du projet de Convention, la Commission a noté qu'elle devrait décider à cette session si elle en recommanderait l'adoption par l'Assemblée générale ou par une conférence diplomatique convoquée spécialement par l'Assemblée générale à cette fin[6].

4. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux étant entendu que le secrétariat préparerait un commentaire sur le projet de Convention qui aiderait les gouvernements à élaborer leurs propres commentaires sur le projet de texte puis à examiner le projet de Convention pour adoption[7].

5. La présente note, qui, pour tenir compte des délais de traduction et de distribution, ne renferme que la première partie du commentaire, a été établie en conséquence (la seconde partie sera rédigée peu de temps après la première). Elle récapitule les raisons qui ont motivé l'adoption de telle ou telle disposition, ses principaux objectifs, ainsi que des explications et interprétations de termes particuliers. Elle ne rend pas entièrement compte des travaux préparatoires, ni des diverses propositions et projets de disposition qui n'ont pas été retenus. Pour les lecteurs qui chercheront davantage de renseignements sur le processus d'élaboration d'une disposition donnée, le commentaire renvoie aux parties pertinentes des rapports des huit sessions consacrées par le Groupe de travail à cette question[8].

6. En préparant le commentaire, le secrétariat a tenu compte du fait qu'il ne s'agissait pas d'un commentaire sur un texte définitif et que son objectif essentiel et immédiat était d'aider le Groupe de travail à revoir le texte et à le finaliser. Lorsque cela aura été fait, le secrétariat établira un commentaire révisé pour aider les gouvernements à élaborer leurs propres commentaires sur le projet de Convention puis à examiner ce projet pour adoption. Conformément aux instructions applicables en vue d'un contrôle et d'une limitation plus stricts des documents de l'Organisation des Nations Unies, le texte du projet de Convention, accompagné de commentaires, n'est pas reproduit ici. Il est publié sous la cote A/CN.9/WG.II/WP.104, avec les remarques et propositions du secrétariat sur la manière dont pourraient être abordées les questions en suspens. Ces questions sont signalées dans le texte du projet de Convention par des crochets au début et à la fin des dispositions pertinentes. Le secrétariat a pris la liberté de noter dans le commentaire des questions supplémentaires et de faire de nouvelles propositions sur la manière dont ces questions pourraient être abordées.

[6]Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 330.

[7]Voir, par exemple, A/CN.9/456, par. 40, 58 et 59, 143, 150 et 215; et A/CN.9/455, par. 80, 84, 87 et 103.

[8]Pour éviter toute confusion, il n'est pas fait référence aux précédents numéros des articles qui, durant l'élaboration du projet de Convention, ont été modifiés plusieurs fois. Toutefois, ces numéros ressortiront à l'évidence de l'examen correspondant dans le rapport de session.

## TITRE ET PRÉAMBULE

*Références:*

A/CN.9/420, par. 14 à 18
A/CN.9/434, par. 14 à 16
A/CN.9/445, par. 120 à 124
A/CN.9/455, par. 157 à 159
A/CN.9/456, par. 19 à 21 et 60 à 65

### *Commentaire*

7. Le titre et le préambule du projet de Convention n'ont pas encore été adoptés. La principale question est de savoir si la référence au financement sera maintenue (pour les arguments en faveur de l'une ou l'autre solution, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au titre et au préambule).

8. L'objet du préambule est d'exposer les principes généraux sur lesquels se fonde le projet de Convention et qui, en vertu du projet d'article 7, peuvent être utilisés pour combler les lacunes laissées dans le projet de Convention. Ces principes sont notamment les suivants: faciliter l'octroi de crédits à des fins commerciales et de consommation à des taux plus abordables, et ce dans l'intérêt de toutes les parties en jeu, cédants, cessionnaires et débiteurs; principe de la protection du débiteur, selon lequel la situation juridique du débiteur n'est pas affectée à moins que cela ne soit expressément prévu dans le projet de Convention; promotion de la circulation transfrontière des marchandises et des services; amélioration du degré de certitude et de prévisibilité quant au droit des parties à des opérations portant sur des cessions; modernisation et harmonisation des lois nationales et internationales sur la cession au niveau tant des règles de droit matériel que des règles de droit international privé; encouragement de nouvelles pratiques et prévention des entraves aux pratiques en vigueur; prévention des entraves à la concurrence.

## CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION

### Article premier. *Champ d'application*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 19 à 32
A/CN.9/432, par. 13 à 38
A/CN.9/434, par. 17 à 41
A/CN.9/445, par. 45 à 48 et 125 à 145
A/CN.9/447, par. 143 à 146
A/CN.9/455, par. 41 à 46 et 160 à 173
A/CN.9/456, par. 22 à 37

### *Commentaire*

*Structure du chapitre premier*

9. Au chapitre premier, les questions relatives au champ d'application sont traitées dans différentes dispositions par souci de clarté et de simplicité. En effet, une seule disposition serait trop longue et compliquée. Le projet d'article

premier définit le champ d'application matérielle, uniquement en termes généraux, ainsi que le champ d'application territoriale du projet de Convention. Les projets d'articles 2 et 3 définissent le champ d'application matérielle de façon plus détaillée (définition de la cession et de l'internationalité respectivement). Le projet d'article 5 ne fait pas partie du chapitre premier, puisque les termes définis dans cet article soulèvent non pas des questions liées au champ d'application mais des questions d'interprétation touchant à diverses dispositions du projet de Convention.

*Champ d'application matérielle*

10. En vertu du projet d'article premier, les cessions de créances internationales sont visées, que les cessions soient internationales ou nationales, alors que les cessions de créances nationales ne sont visées que si les cessions sont internationales. En d'autres termes, la cession de créances est visée, que ces créances naissent ou non dans le contexte du commerce international ou national, à condition que la cession proprement dite soit internationale (pour les commentaires sur l'internationalité, voir les paragraphes 40 et 41). Ainsi, des opérations telles que l'affacturage et le forfaitage de créances internationales, ainsi que la titrisation de créances nationales seraient prises en compte (pour une liste non exhaustive et une brève description des pratiques visées, voir les paragraphes 31 à 39).

11. Le projet de Convention s'applique aussi aux cessions subséquentes effectuées, par exemple, dans le contexte d'opérations internationales d'affacturage, de titrisation et de refinancement, sous réserve que toute cession antérieure soit régie par le projet de Convention (principe de *continuatio juris*). En vertu du principe de *continuatio juris*, même une cession nationale de créances nationales peut entrer dans le champ d'application du projet de Convention s'il s'agit d'une cession subséquente à une cession internationale. Toutefois, à moins que toutes les cessions dans une série de cessions ne soient soumises à un seul et même régime juridique, il serait très difficile d'aborder les questions associées aux cessions de façon uniforme. Le projet de Convention s'applique également aux cessions subséquentes qui en soi relèvent de l'alinéa *a* du projet d'article premier, qu'une cession antérieure soit régie ou non par le projet de Convention. Il s'ensuit que, dans une série de cessions, le projet de Convention ne peut s'appliquer qu'à certaines d'entre elles. D'où une rupture avec le principe de *continuatio juris*. Toutefois, le Groupe de travail a jugé nécessaire de suivre cette approche, étant entendu que les parties à des cessions dans des opérations de titrisation, où la première cession peut être une cession nationale, ne devraient pas être privées des avantages que pourrait dégager l'application du projet de Convention. Cette approche repose sur l'hypothèse qu'il ne faudrait pas indûment entraver des pratiques nationales (à ce sujet, voir les paragraphes 12, 18, 20 et 30). Le Groupe de travail n'a pas adopté une proposition tendant à limiter le principe de *continuatio juris* aux cas dans lesquels l'internationalité serait évidente, car une telle approche pourrait introduire un degré inacceptable d'incertitude dans l'application du projet de Convention.

12. La prise en compte dans le projet de Convention des cessions internationales de créances nationales, ou même de cessions nationales de créances nationales effectuées dans le cadre de cessions subséquentes, permettrait aux parties commerciales à des opérations nationales d'avoir un accès plus large aux marchés financiers internationaux et, de ce fait, à un crédit potentiellement meilleur marché. Par ailleurs, les intérêts des cessionnaires nationaux ne seraient pas lésés, car, pour qu'un conflit entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger soit visé par le projet de Convention, le cédant devrait être situé dans un État contractant (alinéa *a* du projet d'article premier), et cet État, selon la définition retenue dans le cas d'une cession nationale d'une créance nationale (projet d'article 3), serait l'État dans lequel le débiteur national et le cessionnaire national seraient situés (pour les problèmes qui pourraient se poser si référence était faite dans le projet d'article 24 au lieu de l'administration centrale et non à l'établissement, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 5 relatives au projet d'article premier). En outre, le fait que le cédant choisisse de céder les créances à un cessionnaire étranger n'assujettirait pas le débiteur à un nouveau régime juridique peut-être inconnu, dans la mesure où le projet de Convention ne pourrait s'appliquer aux droits et obligations du débiteur que si celui-ci a son établissement dans un État contractant (par. 3 du projet d'article premier; pour le sens attribué au lieu où est situé le débiteur, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 4 relative au projet d'article 5). En tout état de cause, les droits du débiteur ne seraient pas lésés puisque le projet de Convention établit une norme de protection du débiteur suffisamment élevée (à savoir les projets d'articles 17 à 23).

*Champ d'application territoriale*

13. Le champ d'application territoriale du projet de Convention est défini par référence au lieu où est situé le cédant (il n'a pas encore été décidé s'il s'agissait du lieu de l'établissement, du lieu de l'immatriculation ou du lieu de l'administration centrale; les propositions du secrétariat à cet égard sont évoquées dans les remarques 4 à 19 relatives au projet d'article 5 dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104). Les dispositions traitant des droits et obligations du débiteur (à savoir la section II du chapitre IV) ont une application territoriale différente dans la mesure où, pour que ces dispositions s'appliquent, le débiteur également doit être situé dans un État contractant. S'agissant du débiteur, pour assurer un degré de prévisibilité suffisant dans l'application du projet de Convention, le Groupe de travail est convenu que le lieu où est situé le débiteur devait être défini par référence à son établissement (A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 4 relative au projet d'article 5).

14. Cette approche de l'application territoriale du projet de Convention repose sur l'hypothèse selon laquelle les principaux litiges que le projet de Convention serait appelé à trancher seraient pris en compte si le cédant (et, uniquement dans le cadre de l'application des dispositions intéressant le débiteur, le débiteur également) était situé dans un État contractant. Ces litiges pourraient surgir dans les cas suivants: droits du cessionnaire opposés au cédant pour manquement à une garantie; exécution des créances par le cessionnaire contre le débiteur; libération du débiteur; exceptions opposées par le débiteur au cessionnaire; droits relatifs du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant; droits de priorité relatifs du cessionnaire

et d'un cessionnaire concurrent; et efficacité des cessions subséquentes. Les autres raisons justifiant cette approche sont notamment les suivantes: l'exécution interviendrait normalement là où est situé le cédant ou le débiteur, et il n'est donc pas nécessaire de faire référence au lieu où est situé le cessionnaire; l'application des dispositions du projet de Convention autres que celles énoncées à la section II du chapitre IV n'aurait pas d'incidence sur le débiteur, et il n'est donc pas nécessaire d'exclure l'application de toutes les dispositions du projet de Convention si le débiteur n'est pas situé dans un État contractant.

15. Grâce à cette approche, l'application territoriale du projet de Convention est suffisamment vaste, et il n'est donc pas nécessaire de l'étendre au cas où aucune partie ne serait située dans un État contractant. Une telle extension de l'application territoriale peut être obtenue conformément à la loi d'un État contractant applicable en vertu des règles de droit international privé du for. Le Groupe de travail a estimé que l'élargissement de l'application territoriale dans ce sens pourrait donner lieu à des incertitudes dans la mesure où le droit international privé relatif à la cession n'était pas uniforme. Il a également estimé que, en tout état de cause, le degré de certitude ne serait pas renforcé par une telle référence aux règles de droit international privé, puisque les parties ne sauraient pas, au moment de la conclusion d'une opération, où un conflit risquerait de surgir et, partant, quelles règles de droit international privé pourraient s'appliquer. Toutefois, la situation est différente en ce qui concerne la loi régissant les questions intéressant le débiteur, puisqu'il existe un niveau de consensus suffisant pour que ces questions soient réglées par la loi régissant la créance (à savoir la loi régissant le contrat d'où découle la créance). Ainsi, le paragraphe 3 du projet d'article premier fait référence à cette loi, élargissant l'application territoriale des dispositions du projet de Convention relatives à la protection du débiteur pour prendre en compte les situations dans lesquelles le débiteur ne serait pas situé dans un État contractant.

16. Les paragraphes 4 et 5 du projet d'article premier n'ont pas encore été adoptés (pour les commentaires du secrétariat sur ces dispositions, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 1 à 6 relatives au chapitre V et 1 à 3 relatives à l'annexe du projet de Convention).

*Forme de l'instrument en cours d'élaboration*

17. Le Groupe de travail est convenu qu'une convention serait préférable à une loi type, car elle permettrait d'obtenir un niveau plus élevé de certitude. D'une manière générale, on a estimé que cette certitude était nécessaire pour réaliser les principaux objectifs du projet de Convention, à savoir faciliter l'accès à un crédit moins onéreux. En outre, il a été admis qu'une convention pourrait être mieux à même d'atteindre l'objectif qui était d'établir, parallèlement à la Convention sur l'affacturage international (qui a été élaborée par l'Institut international pour l'unification du droit privé, ci-après dénommé "Unidroit", et adoptée lors d'une conférence diplomatique convoquée par le Gouvernement canadien, à Ottawa en 1988, ci-après dénommée la "Convention d'Ottawa"), un régime juridique plus complet pour régir les opérations relatives aux cessions.

*"Option positive"/"renonciation"*

18. Le Groupe de travail a décidé de ne pas limiter l'application du projet de Convention aux cas où le cédant et le cessionnaire choisissent de soumettre leurs relations au projet de Convention. Il a été généralement admis qu'une telle limitation du champ d'application du projet de Convention était inutile. Le projet de Convention ne vise pas à remplacer des règles nationales régissant les cessions, mais plutôt à faciliter les pratiques internationales qui, actuellement, ne sont pas suffisamment développées, compte tenu des incertitudes existant dans les législations nationales (pour ce qui est de l'effet que le projet de Convention pourrait produire sur les pratiques nationales, voir les paragraphes 11, 12, 20 et 30). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les parties à une cession qui ne relève pas du champ d'application du projet de Convention pourraient choisir d'appliquer ce dernier. Ce droit d'option positive peut exister ou ne pas exister en vertu des règles de droit international privé applicables au projet de Convention, du moins dans la mesure où ce choix pourrait avoir une incidence sur des tiers, ce qui risquerait de créer des incertitudes (un précédent de disposition énonçant expressément une clause d'option positive figure au paragraphe 2 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by).

19. Le projet d'article 6 reconnaît le droit des parties à la cession ou au contrat donnant naissance à une créance d'exclure l'application du projet de Convention ou de déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou de la modifier, sous réserve qu'une telle mesure n'ait pas d'incidences sur les droits des tiers. Cette approche repose sur l'hypothèse selon laquelle les effets d'opérations de cession sur des tiers seraient normalement régis par les règles nationales du droit impératif auxquelles il serait impossible de déroger ou qui ne pourraient être modifiées par convention entre les parties (au sujet de l'autonomie des parties, voir les paragraphes 59 et 60).

### Article 2. *Cession de créances*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 33 à 44
A/CN.9/432, par. 39 à 69 et 257
A/CN.9/434, par. 62 à 77
A/CN.9/445, par. 146 à 153
A/CN.9/456, par. 38 à 43

#### *Commentaire*

*"Transfert par convention"*

20. La cession est définie comme un "transfert par convention". Cela signifie que le projet de Convention porte essentiellement sur la cession en tant que moyen de transférer des droits de propriété sur des créances. Le contrat de cession ou le contrat de financement ne sont visés que dans les cas où cela est expressément prévu (par exemple, projets d'articles 13 à 16 et 27; le Groupe de travail voudra peut-être confirmer que le chapitre III traite de l'efficacité de la cession en tant que transfert de droits de

propriété mais non du contrat de cession). Toutefois, d'autres pratiques impliquant le transfert de droits de propriété sur des créances, comme la subrogation contractuelle ou le nantissement, sont prises en compte. Une telle approche convient bien compte tenu en particulier du fait que, dans certains systèmes juridiques, d'importantes opérations de financement par cession de créances, comme l'affacturage, impliquent une subrogation contractuelle ou un nantissement plutôt qu'une cession de créances proprement dite. Une référence expresse à de telles opérations, qui figurait dans une version antérieure du projet d'article 2 (A/CN.9/WG.II/WP.93), a été supprimée au motif qu'en dressant une liste de ces pratiques on risquait d'en exclure indirectement certaines (A/CN.9/445, par. 151). Comme cela a déjà été mentionné plus haut (voir les paragraphes 11, 12 et 18), le projet de Convention vise non pas tant à créer un nouveau type de cession qu'à offrir des règles uniformes sur les cessions et sur les pratiques liées aux cessions comportant un élément international, qui, bien que régies en théorie par la législation nationale actuellement en vigueur, ne sont peut-être pas suffisamment développées compte tenu des incertitudes existant dans les législations nationales. La référence à une convention a pour objet d'exclure les cessions de plein droit (par exemple, subrogation légale).

21. Afin d'éviter toute ambiguïté sur le point de savoir si le mot "transfert" comprend les cessions à titre de garantie, la question est expressément exposée dans la deuxième phrase de l'alinéa *a* du projet d'article 2 qui crée la fiction juridique selon laquelle, aux fins du projet de Convention, la création de droits sur des créances à titre de garantie est considérée comme un transfert. Toutefois, le projet de Convention ne définit pas les cessions pures et simples et les cessions à titre de garantie. Cette question est régie par d'autres lois applicables en dehors du projet de Convention, car, compte tenu des grandes divergences existant entre les systèmes juridiques dans la classification des transferts, une cession à titre de garantie pourrait en fait posséder les attributs d'une vente, alors qu'une vente pourrait être utilisée à titre de sûreté (pour une liste des questions régies par d'autres lois, voir le paragraphe 64).

*"D'une personne à une autre personne"*

22. Le cédant et le cessionnaire peuvent être des personnes morales ou des particuliers, commerçants ou consommateurs. Ainsi la cession entre particuliers est-elle visée, à moins qu'il ne s'agisse de deux consommateurs et que la cession ne soit effectuée à des fins de consommation communes aux deux (alinéa *a* du projet d'article 4). De ce fait, la cession de créances sur cartes de crédit dans les opérations de titrisation, qui permet d'abaisser le coût du crédit offert aux fabricants, aux détaillants et aux consommateurs, est prise en compte. La cession de prêts garantis par des biens immobiliers dans la titrisation des hypothèques est également prise en compte. Compte tenu du fait que, dans le projet de Convention, le singulier englobe le pluriel et réciproquement, une cession effectuée par de nombreuses personnes (par exemple, les propriétaires conjoints de créances) à de nombreuses personnes (par exemple, un consortium de financiers) est également prise en compte. Toutefois, dans la détermination du champ d'application territoriale ou de l'internationalité, il faudrait faire abstraction de la multiplicité des cédants ou des cessionnaires et il faudrait examiner la cession de chaque cédant ou à chaque cessionnaire indépendamment des cessions effectuées par une autre personne ou en faveur d'une autre personne (la question de savoir si le lieu où sont situés plusieurs cédants ou cessionnaires pourrait être déterminé en fonction du lieu où est situé leur agent doit encore être examinée par le Groupe de travail, voir A/CN.9/WG.II/WP.102, remarque 14 relative au projet d'article premier; pour les cas mettant en jeu plusieurs débiteurs, voir le paragraphe 26).

*"Droit contractuel du cédant au paiement d'une somme d'argent"*

23. Le mot "contractuel" est employé pour faire en sorte que les créances nées de tout type de contrat soient visées, alors que les créances nées de l'effet de la loi, comme les créances extracontractuelles, les créances fiscales ou les créances fixées par décision de justice, sont exclues à moins qu'elles ne soient confirmées dans un règlement conventionnel. Les créances contractuelles, dont la cession est visée par le projet de Convention, incluent les créances nées en vertu de contrats de vente de marchandises ou de fourniture de services, que ces contrats soient des opérations commerciales ou à des fins de consommation, ainsi que les créances sous forme de redevances découlant de l'octroi de licences touchant à la propriété intellectuelle et aux créances sous forme de soldes créditeurs sur des comptes de dépôt ou d'opérations sur valeurs mobilières (pour une brève description des pratiques en cause, voir les paragraphes 31 à 39).

24. La cession d'autres droits contractuels, non monétaires, n'est pas visée (par exemple, la cession du droit à exécution ou du droit à déclarer la résolution du contrat; quant au droit du cédant de demander des dommages-intérêts pour contravention au contrat ou des intérêts pour retard de paiement, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 2 et 3). Si le droit à exécution, par exemple le droit du vendeur sur toute marchandise restituée, n'est pas une créance, le cessionnaire l'obtient dans la mesure où toute marchandise restituée par l'acquéreur remplace la créance cédée. La question est abordée dans les projets d'articles 16 et 26, selon lesquels le paiement comprend le paiement à la fois en espèces et en nature. Toutefois, afin de préciser ce point, le Groupe de travail voudra peut-être faire référence, dans les projets d'articles 16 et 26, au droit du cessionnaire sur tout ce qui est reçu en paiement "ou autre forme de libération" de la créance cédée (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 1 relative au projet d'article 16). La cession de contrats, qui implique la cession de droits contractuels et la délégation d'obligations, n'est pas visée non plus. Si de telles opérations peuvent faire partie d'arrangements financiers, le financier devrait en principe faire fond essentiellement sur les créances. S'agissant de la délégation d'obligations, le Groupe de travail a estimé que cette question allait bien au-delà du champ d'application souhaitable du projet de Convention.

*"[Due par] une troisième personne"*

25. Hormis le cédant et le cessionnaire, le débiteur également pourrait être une personne morale ou un particulier, commerçant ou consommateur. Dans la mesure où elles ont une nature contractuelle, les créances de consommateurs sont visées par le projet de Convention, à moins

qu'elles ne soient cédées d'un consommateur à un autre consommateur et qu'elles ne servent, de ce fait, que des fins personnelles, familiales ou domestiques (voir les projets d'articles 2 et 4 *a*; à ce sujet, voir également les paragraphes 35 et 43).

26. La cession de créances, en totalité ou par fraction, détenues conjointement et solidairement par plusieurs débiteurs est également visée, sous réserve que le contrat dont découlent les créances cédées (ci-après dénommé le "contrat initial') soit régi par la loi d'un État contractant. Si, toutefois, le contrat initial n'était pas régi par la loi d'un État contractant et qu'un débiteur ou plus, mais pas tous, étaient situés dans un État contractant, chaque opération devrait être considérée comme une opération indépendante, et, de ce fait, les débiteurs qui ne seraient pas situés dans un État contractant ne devraient pas être touchés par le projet de Convention. Autrement, la prévisibilité concernant l'application du projet de Convention aux droits et obligations des débiteurs, qui est l'un des principaux objectifs du projet, pourrait être compromise.

*Contrat de cession, contrat de financement ou d'autres services, contrat initial*

27. Le projet de Convention reconnaît le droit des parties à structurer leurs relations contractuelles librement de manière à satisfaire leurs divers besoins financiers, l'objectif étant de rester compétitif sur un marché mondial en mutation rapide (projet d'article 6). Ainsi, le projet de Convention n'a pas d'incidence: sur le contrat de cession, sauf lorsque cela est expressément prévu (par exemple, projets d'articles 13 à 16 et 27); sur le contrat de financement ou d'autres services (qui peut être le même que le contrat de cession, comme dans l'affacturage, ou un contrat distinct, comme dans la titrisation); ni sur le contrat initial entre le cédant et le débiteur d'où découlent les créances cédées, sauf lorsque le projet de Convention le prévoit expressément (par exemple, projet d'article 19).

28. La référence aux mots "d'une contrepartie, d'un crédit ou de services connexes fournis" en échange des créances cédées, qui figurait dans une version précédente de la définition du mot "cession" (A/CN.9/WG.II/WP.96, projet d'article 2), a été supprimée, dans la mesure où la contrepartie, le crédit ou les services font partie du contrat de financement plutôt que de la cession. Toutefois, la suppression de ces mots ne change pas le fait que les cessions sont visées, qu'il s'agisse de cessions pures et simples dans lesquelles une contrepartie est fournie ou promise par le cessionnaire au cédant ou à une autre personne associée au cédant ou envers laquelle le cédant a une dette, ou de cessions à titre de garantie dans lesquelles des crédits sont fournis ou promis, ou de cessions dans lesquelles sont offerts non pas un financement, mais des services (par exemple, comptabilité, services de recouvrement ou assurance contre la défaillance du débiteur, qui sont souvent le principal ou l'unique élément des opérations internationales d'affacturage). La cession de créances serait visée, que cette contrepartie, ce crédit ou ces services soient fournis ou promis non seulement au moment de la cession, mais aussi à une date antérieure. De ce fait, les opérations de cession qui impliquent le réaménagement des dettes d'un débiteur qui connaît des difficultés financières à l'exception de l'insolvabilité seraient également visées par le projet de Convention.

29. Au début de ses travaux, le Groupe de travail s'est demandé si l'application du projet de Convention devrait être limitée aux cessions qui, par leur nature ou en raison du contexte, sont des opérations commerciales ou de financement. Il a décidé qu'une telle limitation ne serait pas appropriée, car: elle créerait inopportunément encore un autre régime spécial de cession, même si un tel régime était nécessaire, et aurait indirectement pour effet de désunifier encore la législation régissant les cessions; elle donnerait lieu à des incertitudes dans la mesure où les mots "de financement" et "commerciales" n'étaient pas universellement interprétés de la même manière, et qu'il n'était pas non plus possible ni souhaitable d'essayer de les définir de façon uniforme dans une convention internationale; et elle exclurait inutilement du champ d'application du projet de Convention des opérations importantes telles que les cessions effectuées dans les opérations internationales d'affacturage, où seuls des services pouvaient être fournis (par exemple, comptabilité, services de recouvrement ou assurance contre la défaillance du débiteur). Le Groupe de travail a préféré partir d'un vaste champ d'application et exclure les opérations qui étaient déjà bien réglementées.

30. S'agissant de l'incidence possible d'une telle approche sur le droit national, comme mentionné ci-dessus (voir les paragraphes 11, 12, 18 et 20), le projet de Convention a pour objet les cessions comprenant un élément international et ne porte pas préjudice aux cessions nationales de créances nationales (à ce sujet, voir également A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 5 relatives au projet d'article premier; s'agissant des conflits qui pourraient surgir avec la Convention d'Ottawa, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 33).

*Opérations visées*

31. Le projet de Convention vise une grande diversité d'opérations financières. En premier lieu, il vise des méthodes de financement traditionnelles telles que l'affacturage, le forfaitage et l'escompte de factures. Dans ces types d'opération, les cédants cèdent à un financier leurs droits sur des créances procédant de la vente de biens ou services des cédants. La cession, dans ce type d'opération, peut s'effectuer soit à titre de garantie, soit par transfert pur et simple avec ajustement du prix d'achat en fonction du risque et du temps requis pour le recouvrement de la créance sous-jacente. Au-delà de leurs formes traditionnelles, ces opérations ont développé plusieurs variantes adaptées pour répondre aux divers besoins des parties aux opérations commerciales internationales. Par exemple, outre le financement, ou en lieu et place du financement, plusieurs services peuvent être fournis — recouvrement, comptabilité et assurance contre la défaillance du débiteur. Des services d'assurance sont souvent fournis dans le domaine de l'affacturage international, où des créances sont cédées à un facteur dans le pays du cédant ("facteur exportateur"), puis par le facteur exportateur à un autre facteur dans le pays du débiteur ("facteur importateur") à des fins de recouvrement, alors que les facteurs n'ont pas de recours contre le cédant en cas de défaillance du débiteur (affacturage sans recours). Toutes ces opérations sont visées dans le projet de Convention indépendamment de leur forme.

32. Compte tenu de la large définition d'une "créance" dans le projet d'article 2 *a* ("droit contractuel au paiement d'une somme d'argent"), la Convention couvre également de nombreuses autres formes d'opérations financières utilisées dans le commerce international moderne. Il s'agit notamment de méthodes de financement innovantes telles que la titrisation, le financement de projets et les swaps, ainsi que les opérations comprenant la vente financée de matériel mobile de grande valeur (sur le fait de savoir si certaines de ces pratiques devraient être traitées différemment ou complètement exclues du champ d'application du projet de Convention, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 16 relatives au projet d'article 4).

33. Dans une opération de titrisation, un cédant crée des créances par sa propre action. Le cédant peut être un industriel vendant des marchandises; il peut aussi être une banque accordant des prêts. Le cédant cède ces créances généralement par transfert pur et simple à une entité spécialement créée pour acheter les créances et en payer le montant avec l'argent reçu d'investisseurs auxquels elle vend les créances ou des valeurs mobilières garanties par les créances. Cette "entité spéciale" n'a ainsi comme actifs que les créances qui lui ont été transférées. Cette séparation des créances des autres actifs du cédant permet de fixer le prix du crédit accordé pour le transfert du cédant à l'entité spéciale uniquement sur la base du crédit des créances cédées, sans tenir compte des autres actifs du cédant. Immédiatement après ou concurremment à ce transfert, l'entité spéciale cède un droit indivis sur les créances aux investisseurs ou émet des valeurs mobilières garanties par les créances. Comme indiqué plus haut, le prix payé par les investisseurs pour ce droit (ou l'argent prêté, qui est utilisé pour rembourser le cédant initial) est lié à la solidité financière des créances cédées, et non à la solvabilité du cédant. Ainsi, le cédant peut être en mesure d'obtenir davantage de crédit que cela ne se justifierait sur la base de sa propre cote de crédit. En outre, en accédant aux marchés internationaux des valeurs mobilières, le cédant peut obtenir un crédit à un coût qui serait inférieur au coût moyen des crédits accordés par les banques commerciales. De surcroît, la cession des créances par le cédant initial à une entité établie à la seule fin d'émettre des valeurs mobilières garanties par les créances réduit le risque d'insolvabilité et, partant, le coût du crédit.

34. De même, le projet de Convention s'appliquera à la cession des futurs flux de trésorerie d'un projet. Dans les grands projets d'infrastructure générateurs de recettes, les promoteurs mobilisent les capitaux d'investissement initiaux grâce à des emprunts garantis par les futures recettes du projet. Ainsi, les barrages hydroélectriques sont financés par la future obligation qu'ont les consommateurs de payer l'électricité, les systèmes téléphoniques sont payés par les futures recettes provenant des redevances de télécommunication et les autoroutes sont construites à l'aide de fonds obtenus par la cession des futures recettes de péage. Étant donné que le projet de Convention peut s'appliquer aux futures créances, ces types de financement de projets peuvent se ramener au transfert, généralement à titre de garantie, des futures créances qui seront produites par le projet en cours de financement.

35. Dans ce contexte, il faut souligner que l'exclusion par le projet de Convention des cessions effectuées à des fins personnelles, familiales ou domestiques n'entraînera pas l'exclusion des créances de consommateurs (l'opération par laquelle la créance naît, par exemple la création par un consommateur d'une obligation telle que celle représentée par une facture de service public, n'est pas une cession). Seul le transfert du droit de percevoir ce paiement est une cession, et le transfert par la société de service public à un financier ou à une entité spéciale ne s'effectuerait pas à des fins personnelles, familiales ou domestiques (à ce sujet, voir les paragraphes 25 et 43). En outre, on notera que les recettes des routes à péage seraient des créances contractuelles entrant dans le champ d'application du projet de Convention, dans la mesure où elles naissent de contrats conclus de facto entre des exploitants et des usagers d'autoroutes.

36. Les swaps et les opérations dérivées entreront également dans le champ d'application du projet de Convention. Un "swap" est essentiellement une opération bilatérale dans laquelle sont mises à profit la solvabilité et la disposition des différentes parties à prendre des risques financiers. En général, une entité solvable emprunte de l'argent à un taux fixe. Une entité moins sûre emprunte une somme similaire, mais sa situation financière lui permet uniquement d'emprunter sur les marchés de crédit à un taux variable. Par le truchement d'un intermédiaire financier, les deux entités "échangent" leurs obligations respectives et conviennent de se garantir et de se mettre hors de cause dans l'éventualité d'une défaillance de l'une d'entre elles. L'échange est rémunéré par une commission, le résultat étant que l'entité la moins solvable peut obtenir, moyennant commission, un crédit à taux fixe. Vu que les financiers qui prêtent l'argent sont invariablement partie à ces opérations (faute de quoi le swap constituerait probablement un cas de défaillance), le transfert par eux de ces droits de percevoir de l'argent place ces types d'opérations dans le champ d'application du projet de Convention.

37. Les opérations dérivées sont comparables aux swaps en ce que les obligations des débiteurs sont divisées et vendues entre des entités financières et autres. Par exemple, les cinq premières années de versement d'intérêts sur une obligation de 30 ans peuvent être groupées et vendues à des investisseurs, tout comme les cinq dernières années de ces versements. Étant donné les différences de période, ces flux de paiement présentent différents risques qui attirent les investisseurs, ce qui crée un marché pour ce type d'instrument. L'échange de ces droits en argent entre directement dans le champ d'application du projet de Convention.

38. Même des opérations moins traditionnelles sont couvertes par le projet de Convention. Les consortiums de prêts et les participations, par exemple, sont des formes complexes de cession de l'obligation contractuelle qu'a le débiteur de régler sa dette. Toutes les formes de consortiums de prêts, dans lesquelles le participant reçoit un certain droit sur l'obligation contractuelle qu'a le débiteur de payer, entrent dans le champ d'application du projet de Convention. L'opération peut prendre la forme courante d'un prêt bancaire, ou celle d'un financement public d'un projet ou de l'acquisition d'un équipement. Ainsi, les transferts de certificats de reconnaissance de dette (qui sont des obligations contractuelles de payer) garantis par des aéronefs

seraient couverts par le projet de Convention, de même que les participations dans les nantissements de matériel. En effet, si le financement initial de matériel mobile tel que des aéronefs est garanti par des recettes futures, le projet de Convention s'appliquera également, car le transfert de ces créances à titre de garantie constituera effectivement un transfert de l'obligation contractuelle qu'a le client de payer. Dans ce contexte, on notera que si les titres négociables représentent l'obligation de payer, leur transfert n'est pas visé par le projet de Convention, qui exclut, au projet d'article 4, le transfert des effets de commerce.

39. De même, les cessions de comptes bancaires (représentant l'obligation, pour la banque dépositaire, d'effectuer des versements sur ces comptes) ou les cessions de polices d'assurance (représentant l'obligation conditionnelle, pour la compagnie d'assurances, de régler en cas de perte) seront également visées. Ici encore, ces transferts peuvent être des transferts purs et simples, comme lorsque des portefeuilles de comptes bancaires ou de polices d'assurance sont transférés entre des sociétés ou au sein d'une structure d'entreprise. Ils peuvent également être des transferts à titre de garantie, tels les avances de primes d'assurance ou les prêts garantis par un dépôt dans une banque commerciale.

### Article 3. *Internationalité*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 26 à 29
A/CN.9/432, par. 19 à 25
A/CN.9/445, par. 154 à 167
A/CN.9/456, par. 44 et 45 et 226 et 227

#### *Commentaire*

40. Aux termes du projet de Convention, une fois qu'une créance est internationale, sa cession est toujours visée par le projet de Convention. Cependant, même lorsqu'une créance est nationale, sa cession peut être visée par le projet de Convention si elle est internationale ou si elle fait partie d'une série de cessions qui comprend une cession internationale antérieure (à ce sujet, voir le paragraphe 10, ainsi que le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 3). Le Groupe de travail n'a pas encore pris de décision concernant la signification des mots "situation géographique" et la situation géographique de cédants et cessionnaires multiples (les propositions du secrétariat relatives à cette question figurent dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 10 relatives au projet d'article 5).

41. L'internationalité d'une créance est déterminée lors de la conclusion du contrat initial. Cette approche repose sur l'hypothèse qu'à ce moment-là le créancier (cédant potentiel) aurait besoin de savoir quelle loi pourrait s'appliquer afin d'être en mesure d'évaluer les risques encourus dans une opération et de déterminer s'il peut accorder un crédit au débiteur et à quelles conditions. Cependant, du fait de cette approche, les parties à une cession peuvent ne pas être en mesure de déterminer au moment de la cession si le projet de Convention s'appliquera si de futures créances entrent en jeu (c'est-à-dire des créances naissant de contrats n'existant pas au moment de la cession). L'internationalité d'une cession, en revanche, est déterminée au moment où elle s'effectue. Ainsi, les parties seront toujours en mesure de prévoir au moment de la cession si le projet de Convention s'appliquera ou non.

### Article 4. *Exclusions*

*Références:*

A/CN.9/432, par. 18, 47 à 52, 106 et 234 à 238
A/CN.9/434, par. 42 à 61
A/CN.9/445, par. 168 à 179
A/CN.9/456, par. 46 à 52

#### *Commentaire*

42. Compte tenu de sa décision selon laquelle le champ d'application du projet de Convention devrait être aussi large que possible, le Groupe de travail est convenu que certaines pratiques qui n'avaient pas besoin d'être réglementées devraient être exclues.

*Cessions effectuées à des fins de consommation*

43. L'alinéa *a* a pour objet d'exclure du champ d'application du projet de Convention les cessions de consommateur à consommateur, puisque ces cessions ne revêtent aucune importance pratique (voir dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 1 relative au projet d'article 4, une proposition du secrétariat tendant à reformuler l'alinéa *a*, ou même à le supprimer). Cependant, l'alinéa *a* n'exclut pas les cessions d'un consommateur à un commerçant. Ces cessions de créances de consommateurs font partie de pratiques importantes telles que la titrisation de créances sur cartes de crédit, dont la facilitation peut permettre aux fabricants, détaillants et consommateurs d'accéder plus facilement à un crédit moins onéreux et peut, par conséquent, favoriser le commerce international de biens de consommation. S'il couvre la cession de créances de consommateurs, le projet de Convention n'a pas pour objet de déroger à la législation sur la protection des consommateurs. Au besoin, il fait explicitement référence à ce principe. Par exemple, aux termes des projets d'articles 21-1 et 23, un consommateur débiteur ne peut renoncer à invoquer des exceptions et droits à compensation, et il a le droit de recouvrer des paiements auprès du cessionnaire, si la législation sur la protection des consommateurs applicable dans le pays du débiteur le prévoit (voir, pour ce qui concerne les clauses de non-cession dans le cas de consommateurs, les paragraphes 83 et 86).

*Cession d'effets de commerce*

44. L'alinéa *b* exclut les cessions effectuées par endossement et remise d'un effet de commerce tel qu'une lettre de change, un billet à ordre ou un chèque, ou par la simple remise d'un instrument tel qu'un titre au porteur. La raison sous-jacente de cette exclusion est la nécessité d'éviter toute interférence avec des pratiques bien réglementées dans la législation nationale et les textes internationaux. Le projet de Convention fait référence à la forme du transfert plutôt qu'à la nature documentaire de la créance, car: cette

référence suffit à protéger la négociabilité d'un instrument et les intérêts d'un détenteur protégé; il serait très difficile de parvenir à un accord sur une définition uniforme de l'expression "créance documentaire"; et il n'est pas besoin d'exclure la cession de créances contractuelles au seul motif qu'elles ont été incorporées dans un effet de commerce afin d'obtenir paiement selon une procédure en référé le cas échéant.

*Cession de créances lors de l'achat d'entreprises*

45. L'alinéa *c* vise à exclure les cessions effectuées dans le cadre de la vente d'une entreprise en exploitation si elles s'effectuent du vendeur à l'acheteur. Ces cessions sont exclues car elles sont normalement régies différemment par les lois nationales traitant de l'achat d'entreprises et ne sont pas de nature financière. Cependant, les cessions effectuées en faveur d'une institution finançant la vente ne sont pas exclues.

*Autres cessions*

46. Dans le cadre de ses travaux, le Groupe de travail a examiné l'exclusion d'autres types de cessions tels que les cessions naissant par l'effet de la loi, les cessions effectuées à titre de don, les cessions de salaires, les cessions de droits contractuels en général, les cessions de primes d'assurance, les cessions de loyers provenant de biens immobiliers ou de matériels et les cessions de soldes de comptes de dépôt. En ce qui concerne les cessions naissant par l'effet de la loi, on notera qu'elles sont exclues en vertu de la définition de la "cession" par référence à un "transfert par convention". Vu que la contrepartie était censée relever du contrat de cession, qui, à l'exception des projets d'articles 13 à 16 et 27, n'est pas visé par le projet de Convention, le Groupe de travail a décidé de ne pas aborder les cessions effectuées à titre de don. Quant à la cession de salaires, le Groupe de travail a décidé qu'elle devrait être régie par une autre loi. Si de telles cessions sont interdites par la loi nationale, le projet de Convention ne modifie pas cette interdiction. Si, cependant, ces cessions ne sont pas interdites par la loi nationale, afin de préserver d'importantes pratiques telles que le financement de services d'emploi temporaire, le projet de Convention ne les invalide aucunement (pour ce qui est de la loi applicable à la cessibilité légale, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 et 4 relatives au projet d'article 28). Le Groupe de travail a décidé de prendre en compte les cessions de primes d'assurance et de loyers provenant de la location de biens immobiliers ou de matériels, ainsi que les cessions de soldes créditeurs de comptes de dépôt (cependant, pour ce qui est du traitement exact de certaines de ces opérations et des exceptions éventuelles, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 16 relatives au projet d'article 4).

47. Pour mieux faire accepter le projet de Convention, le paragraphe 2, qui figure entre crochets, car il n'a pas encore été adopté par le Groupe de travail, vise à faire en sorte que les États aient la possibilité d'exclure d'autres pratiques. Cette démarche peut être nécessaire si l'on ne parvient pas à un accord sur les pratiques à exclure au paragraphe 1 ou pour lever les inquiétudes qui pourraient naître à l'avenir. Cependant, l'un des inconvénients possibles de cette démarche serait que le champ d'application du projet de Convention pourrait varier d'un État à l'autre et, vu la multiplicité des parties et la possibilité qu'un ou que plusieurs, mais pas la totalité des États intéressés, aient fait une déclaration, il pourrait en résulter que le champ d'application exact du projet de Convention ne soit pas facile à déterminer. Cette conséquence pourrait, en soi, accroître le coût juridique et, partant, le coût final d'une opération (sur ce point, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 7 à 16 relatives au projet d'article 4).

## CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

### Article 5. *Définitions et principes d'interprétation*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 52 à 60
A/CN.9/432, par. 70 à 72 et 94 à 105
A/CN.9/434, par. 78 à 85, 109 à 114, 167 et 244
A/CN.9/445, par. 180 à 190
A/CN.9/456, par. 53 à 78

***Commentaire***

*"contrat initial"*

48. Ce terme est défini car il y est fait référence aux projets d'articles 5 *b*, 5 *k* iii, 17-1, 17-2 *a* et *b*, 18-1, 19-1, 20-2, 22-2 *b* et 23. Avec le contrat de cession et le contrat de financement ou d'autres services, qui peut être le même contrat ou un contrat différent, le contrat initial fait partie de la chaîne principale des relations contractuelles entrant en jeu dans une opération liée à une cession. Sauf si cela est expressément prévu (projet d'article 19, par exemple), le projet de Convention n'a pas d'incidence sur les droits et obligations du débiteur énoncés dans le contrat initial (projet d'article 17).

*"réputée naître au moment où le contrat initial est conclu"*

49. Afin d'améliorer le degré de certitude, le projet de Convention prévoit une règle uniforme applicable au moment où une cession est réputée naître. Cette règle est essentielle pour déterminer l'internationalité d'une créance et l'efficacité de la cession d'un ensemble de créances. Le moment où le contrat initial est conclu est le moment le plus approprié, parce qu'à ce point l'identité du créancier et du débiteur, ainsi que la source juridique de la créance et son montant sont connus. Il a été estimé que le moment où une créance devient exigible ou le moment où le contrat initial devient exécutoire était inapproprié à cet égard, car le fait de retarder le moment où une créance naît et peut être utilisée pour obtenir un crédit risquerait d'avoir un impact négatif sur l'offre de crédit. Le terme "conclu" renvoie à la conclusion du contrat, dont on laisse à la loi applicable en dehors du projet de Convention le soin de donner la signification exacte. Quoi qu'il en soit, "conclusion" ne renvoie pas à l'exécution du contrat (on trouvera, dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 1 relative au projet d'article 5, une proposition du secrétariat visant à supprimer l'alinéa *b* et à se référer directement, dans les projets d'articles 3 et 8-1 *b* et 8-2, au moment de la conclusion du contrat initial).

*créance "existante" et "future"*

50. Les termes créance "existante" et "future" sont évoqués dans les projets d'articles 8 (efficacité de la cession) et 9 (date de la cession). Le projet de Convention n'introduit aucune limite quant aux types de créances futures dont la cession est visée. Ainsi, toutes les créances futures sont couvertes dans la définition, y compris les créances conditionnelles (c'est-à-dire les créances qui pourraient naître en fonction d'un événement futur qui pourrait survenir ou non) et les créances purement hypothétiques (c'est-à-dire les créances qui pourraient naître d'une activité non commencée par le cédant à la date de la cession). Cependant, le projet d'article 8 introduit une limite quant à l'efficacité de la cession d'une créance future, en exigeant que la créance future soit, à la date de conclusion du contrat initial, identifiable comme étant celle faisant l'objet de la cession. Une fois cette exigence satisfaite, la créance future est réputée transférée à la date de conclusion du contrat de cession. Ce résultat, cependant, ne doit pas préjuger des droits des tiers (voir le paragraphe 70).

*"financement par cession de créances"*

51. Cette définition, qui figure entre crochets, n'a pas été adoptée par le Groupe de travail (voir dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 1 relative au projet d'article 5, une proposition du secrétariat tendant à supprimer cette définition et, éventuellement, à se référer au financement par cession de créances dans le préambule).

*"écrit"*

52. Cette définition est destinée à inclure les moyens de communication autres que le papier qui peuvent assumer la même fonction que la communication sur papier (par exemple, donner des preuves tangibles, servir d'avertissement aux parties s'agissant des conséquences, fournir une communication lisible, une authentification et des assurances suffisantes quant à son intégrité). Elle s'inspire des articles 6 et 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et reflète les deux notions distinctes d'"écrit" et de "signature" (ou "écrit signé").

53. Le projet de Convention exige un écrit pour la notification de la cession et un écrit signé pour le renoncement du débiteur à invoquer des exceptions (le paragraphe 3 du projet d'article 21, cependant, devrait peut-être préciser si la signature du cédant et du débiteur est requise ou seulement celle du débiteur; voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque relative au projet d'article 21). Un écrit est également exigé pour les déclarations faites par les États et pour certains actes liés à l'enregistrement. Cette démarche part du principe que la nécessité d'assurances renforcées quant à l'authenticité des communications devrait être évaluée différemment en fonction du contexte dans lequel la communication s'effectue.

54. "Accessible" revient à dire que la communication est lisible et interprétable; "utilisable" renvoie à l'utilisation non seulement par une personne physique, mais également par un ordinateur; et "référence ultérieure" établit une norme analogue à celle qu'implique une notion telle que la durabilité (sans se référer à la stricte interprétation donnée de la notion de durabilité dans certains systèmes juridiques comme équivalent de non-altérabilité), mais plus objective que celle qu'impliquent des notions telles que lisibilité ou intelligibilité (voir le Guide pour l'incorporation de la Loi type, par. 50). La signature est définie par référence à l'identification du signataire et à l'indication de l'approbation, par le signataire, du contenu de la communication.

*"notification de la cession"*

55. En vertu de l'alinéa *f*, une notification répond aux exigences du projet de Convention si elle s'effectue par écrit et donne une description suffisante des créances cédées. Le fait de savoir ce qu'est une description suffisante reste à déterminer en fonction des circonstances. Le mot "suffisant", cependant, qualifierait des descriptions du type: "toutes mes créances procédant de mon entreprise automobile" et "toutes mes créances à l'égard de mes clients dans les pays A, B et C". Il n'est pas exigé que la notification identifie la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle ou à l'adresse de laquelle le débiteur est tenu de payer. Ainsi, une notification ne contenant aucune instruction de paiement produit ses effets en vertu du projet de Convention. Vu, cependant, qu'en vertu de ce dernier une notification modifie la façon dont le débiteur peut s'acquitter de sa dette, les parties avisant le débiteur seraient encouragées à inclure dans leur notification une telle instruction de paiement. Le Groupe de travail a fondé la libération du débiteur sur la notification plutôt que sur les instructions de paiement afin d'éviter d'embrouiller le débiteur dans les cas où les deux communications seraient envoyées séparément ou lorsque plusieurs communications seraient envoyées au débiteur par plusieurs personnes.

*"administrateur de l'insolvabilité" et "procédure d'insolvabilité"*

56. Les alinéas *g* et *h* s'inspirent des définitions de "procédure étrangère" et de "représentant étranger" figurant à l'article 2 *a* et *d* de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Ils sont également alignés sur les articles 1-1, 2 *a* et *b* de la Convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité. En se référant à l'objet d'une procédure ou à la fonction d'une personne, plutôt qu'en recourant à des expressions techniques qui pourraient avoir différentes significations dans différents systèmes juridiques, les définitions sont suffisamment larges pour englober une grande diversité de procédures d'insolvabilité, y compris les procédures provisoires. Cette démarche est destinée à éviter qu'un État contractant reconnaisse comme procédure ou administrateur de l'insolvabilité une procédure non appropriée ou une personne non habilitée en vertu de la *lex loci concursus*, ou ne soit pas en mesure de reconnaître comme procédure ou administrateur de l'insolvabilité une procédure appropriée ou une personne habilitée en vertu de la *lex loci concursus.*

*"priorité"*

57. Dans le projet de Convention, on entend par priorité le fait qu'une partie a la préférence sur les autres créanciers lorsqu'elle demande paiement de sa créance, à la condition implicite qu'existe une cession valide entre le cédant et le cessionnaire et que le cessionnaire ait accordé un crédit au cédant (pour ce qui est de la question de savoir si le terme "priorité" doit aussi permettre de déterminer si un cessionnaire a un droit *in rem* ou *ad personam*, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 3 relative au projet d'article 5). Pour

établir si la personne qui a la priorité peut conserver l'intégralité du produit du paiement ou doit remettre tout solde restant à la personne qui la suit dans l'ordre de priorité ou encore au cédant, il faut savoir si la cession est une cession pure et simple ou une cession à titre de garantie; cette question doit être réglée par la loi applicable en dehors du projet de Convention. La définition ne porte pas sur le droit à paiement dans la mesure où, si cette expression peut être appropriée pour les cessions à titre de garantie, elle peut être restrictive pour les cessions pures et simples dans lesquelles le cessionnaire peut, par exemple, avoir un droit à recevoir tout bien restitué par le débiteur au cédant. Toutefois, le Groupe de travail voudra peut-être envisager l'insertion à l'alinéa *i* de termes tels que "le droit à paiement ou à une autre forme de libération", qui pourrait peut-être régler cette question de façon plus satisfaisante.

*"situation géographique"*

58. Le Groupe de travail n'a pas encore pris de décision quant à la signification de la notion de "situation géographique" (pour les suggestions du secrétariat, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 4 à 10 relatives au projet d'article 5).

### Article 6. *Autonomie des parties*

*Références:*

A/CN.9/432, par. 33 à 38
A/CN.9/434, par. 35 à 41
A/CN.9/445, par. 191 à 194
A/CN.9/456, par. 79 et 80

#### *Commentaire*

59. L'article 6, qui est inspiré de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980; dénommée ci-après "la Convention des Nations Unies sur les ventes") reconnaît largement le principe de l'autonomie des parties. Toutefois, contrairement à ce dernier, il ne permet pas au cédant et au cessionnaire d'exclure l'ensemble du projet de Convention, car, du fait que celui-ci porte sur les droits des parties autres que le cédant et le débiteur, une exclusion de son application porterait atteinte aux droits des tiers (c'est-à-dire, dans le cas d'une convention entre le cédant et le cessionnaire, le débiteur, les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité, et, dans le cas d'une convention entre le cédant et le débiteur, le cessionnaire, les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité). Un tel résultat non seulement dépasserait toute notion acceptable de l'autonomie des parties, mais introduirait en outre un degré d'incertitude non souhaitable et pourrait par conséquent aller à l'encontre de l'objet principal du projet de Convention, qui est de faciliter et d'accroître l'accès à des crédits meilleur marché tout en établissant un système adéquat de protection du débiteur. C'est pourquoi le cédant et le cessionnaire peuvent uniquement déroger aux articles 13 à 16 et 27 ou les modifier, alors que le cédant et le débiteur sont libres de déroger aux articles 17 à 23 ou de les modifier, à condition de ne pas porter atteinte aux droits du cessionnaire ou d'autres tiers.

60. Tout comme l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, le projet d'article 6 de la présente Convention exige une convention, c'est-à-dire deux déclarations d'intention correspondantes, pour que la dérogation au projet de Convention ait effet. Cette convention peut-être explicite ou implicite. Un exemple type de dérogation implicite est le cas où les parties se réfèrent à la loi d'un État non contractant ou à la loi nationale d'un État contractant. La dérogation a effet si le choix des parties est valide en vertu des règles du for de droit international privé. Si le choix de la loi n'est pas valide, on peut, en l'absence de toute indication, supposer, en général, que les parties entendaient déroger à la Convention, que leur choix de la loi ait été ou non valide. Il est également impossible de supposer de manière générale que, si les parties avaient su que leur choix ne serait pas valide, elles auraient souhaité que le droit des contrats approprié s'applique à leur contrat. Pour qu'une dérogation ait effet, il n'est pas nécessaire que les parties s'accordent sur la loi applicable aux questions pour lesquelles elles ont dérogé aux dispositions du projet de Convention. Dans un tel cas, il convient de partir du principe que les parties ne souhaitent pas avoir recours à la législation nationale mais souhaitent que toute lacune soit comblée conformément au paragraphe 2 du projet d'article 7. Si les parties sont convenues de la loi applicable aux questions pour lesquelles elles ont dérogé au projet de Convention, l'application de cette loi devrait être conforme au projet de Convention, sauf si la dérogation est si importante qu'il n'est plus possible de considérer qu'une question particulière entre dans le champ d'application du projet de Convention.

### Article 7. *Principes d'interprétation*

*Références:*

A/CN.9/432, par. 76 à 81
A/CN.9/434, par. 100 et 101
A/CN.9/445, par. 199 et 200
A/CN.9/456, par. 82 à 85

#### *Commentaire*

61. Le présent article, qui s'inspire de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, porte sur la manière d'interpréter le projet de Convention et de combler ses lacunes. En ce qui concerne l'interprétation du projet de Convention, le paragraphe 1 du projet d'article 7 énonce trois principes, à savoir le caractère international du texte, l'uniformité et le respect de la bonne foi dans le commerce international. Ces principes sont communs à la plupart des textes de la CNUDCI. La référence au caractère international ou à la source du texte devrait amener un tribunal à éviter d'interpréter le projet de Convention sur la base de notions du droit interne, sauf si le sens d'un mot employé dans le projet de Convention est manifestement analogue au sens qui lui est donné dans une loi nationale particulière. Il est possible de satisfaire au besoin de préserver l'uniformité uniquement si les tribunaux judiciaires ou arbitraux appliquent les principes généraux qui sous-tendent le projet de Convention et prennent en considération les décisions des tribunaux judiciaires et arbitraux d'autres pays. Le Recueil de jurisprudence concer-

nant les textes de la CNUDCI, système qui consiste à recueillir des décisions judiciaires et des sentences arbitrales fondées sur les textes de la CNUDCI, a été établi par la Commission précisément dans le souci de préserver l'uniformité (le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI est disponible sous forme de papier dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies et sur le site de la CNUDCI sur Internet, http://www.uncitral.org, en anglais, espagnol et français; les versions dans les autres langues seront ajoutées à l'avenir, en fonction des ressources disponibles).

62. La référence à la bonne foi peut s'appliquer non seulement à l'interprétation du projet de Convention, mais également à la conduite des parties. Toutefois, alors que ce principe pourrait s'appliquer à juste titre à la relation contractuelle entre le cédant et le cessionnaire ou entre le cédant et le débiteur, il risquerait de compromettre la certitude attachée au projet de Convention s'il était appliqué à la relation entre le cessionnaire et le débiteur ou le cessionnaire et tout autre ayant droit. Par exemple, si l'on appliquait le principe de la bonne foi prévalant dans l'État du for à la relation cessionnaire-débiteur ou cessionnaire-tiers: le débiteur, qui pourrait avoir payé le cessionnaire après notification, pourrait avoir à le faire de nouveau si, par exemple, il était au courant d'une cession antérieure; et la loi applicable au titre du projet d'article 24 pourrait ne pas être prise en considération si elle n'était pas compatible avec le principe de bonne foi tel que pouvant être interprété dans l'État du for.

63. Pour ce qui est de combler les lacunes, la règle est la suivante: si les questions sont régies par le projet de Convention (chapitre premier) mais ne sont pas expressément tranchées par lui, elles doivent être réglées selon les principes généraux dont il s'inspire. Ces principes comprennent en particulier ceux qui sont expressément mentionnés dans le préambule ou consacrés dans un certain nombre de dispositions du projet de Convention (par exemple, le principe de facilitation d'un accès accru à un crédit meilleur marché et le principe de la protection du débiteur). Un recours aux règles du droit international privé n'est autorisé que dans les deux cas suivants: s'il n'existe aucun principe sur la base duquel une question particulière peut être résolue, ou si la question n'est pas du tout régie par le projet de Convention.

64. Les questions non régies par le projet de Convention et devant donc l'être par d'autres lois sont les suivantes: la signification d'une cession pure et simple ou d'une cession à titre de garantie; la forme du contrat de cession; le caractère accessoire ou indépendant d'une sûreté, qui sert de base pour déterminer si cette sûreté est transférée automatiquement avec les créances dont elle garantit le paiement, ou si un nouvel acte de transfert est nécessaire; les conséquences du non-respect des garanties données par le cédant; dans une large mesure, la cessibilité d'une créance (le projet de Convention couvre dans une certaine mesure cette question puisqu'il précise un certain nombre de créances cessibles, y compris les créances futures et les créances non individualisées et puisqu'il traite des limitations contractuelles à la cession mais ne s'étend pas à d'autres types de créances et d'autres limitations légales à la cession); la question de savoir si le cédant est responsable à l'égard du débiteur de la cession de ses créances en contravention d'une clause de non-cession; l'obligation du débiteur de payer (le projet de Convention ne porte que sur la libération du débiteur); la libération du débiteur dans les cas autres que ceux qui sont énoncés dans le projet de Convention (par exemple, par le paiement à l'ayant droit si la notification reçue ne remplit pas les conditions du projet de Convention); les exceptions et les droits à compensation que le débiteur peut faire valoir contre le cessionnaire (le projet de Convention prévoit que le débiteur peut invoquer à l'encontre du cessionnaire les mêmes exceptions et droits à compensation que ceux qu'il pourrait invoquer à l'encontre du cédant sans, toutefois, les préciser); les conventions entre le débiteur et le cessionnaire en vertu desquelles le débiteur renonce aux exceptions et aux droits à compensation qu'il peut invoquer à l'encontre du cessionnaire; 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; et la question de savoir si le droit du cessionnaire au produit est un droit *ad personam* ou *in rem.*

65. Étant donné qu'il peut être difficile de déterminer si une matière est régie mais non expressément tranchée par le projet de Convention ou si elle n'est aucunement régie, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il serait approprié d'inclure dans le projet de Convention une disposition du type de l'article 4 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, mentionnant expressément les matières visées.

66. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également préciser si les lacunes que présentent les dispositions de droit international privé du projet de Convention doivent être comblées en renvoyant aux principes de droit matériel ou de droit international privé dont celui-ci s'inspire. À défaut, elles seraient comblées en renvoyant au droit international privé de l'État du for.

## CHAPITRE III. EFFETS DE LA CESSION

### *Forme de la cession*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 75 à 79
A/CN.9/432, par. 82 à 86
A/CN.9/434, par. 102 à 106
A/CN.9/445, par. 204 à 210
A/CN.9/456, par. 86 à 92

#### *Commentaire*

67. Le Groupe de travail a passé en revue une grande variété de conditions de forme, allant de la forme écrite (avec ou sans obligation de signature) à l'absence de forme (il a également été envisagé que cette question soit régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention). Si l'avis qui a de loin prévalu était que les cessions purement verbales devraient être invalidées, tout au moins à l'égard des tiers, le Groupe de travail n'est pas parvenu

à s'accorder sur la question et a décidé de supprimer la disposition relative à la forme. Il a pris sa décision étant entendu que la question était traitée: pour ce qui est des intérêts mutuels du cédant et du cessionnaire, au projet d'article 6, qui consacre le principe de l'autonomie des parties; en ce qui concerne les intérêts du débiteur, au projet d'article 19 (qui dispose qu'à défaut de notification écrite de la cession le droit qu'a le débiteur de se libérer de son obligation conformément au contrat initial n'est pas affecté, et qui consacre le principe général de la protection du débiteur); et s'agissant du respect des intérêts des tiers, aux projets d'articles 24 à 26 (règles de priorité).

68. Cela dit, il n'apparaît pas clairement, aux projets d'articles 24 à 26, que la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit les questions de forme. En conséquence, et compte tenu du fait que la validité quant à la forme est une condition préalable à la priorité, le cessionnaire, pour s'assurer la priorité, devrait satisfaire aux exigences de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant et de la loi régissant la validité quant à la forme, qui risquent d'être difficiles à déterminer (on trouvera dans les remarques relatives au chapitre III, dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, une proposition du secrétariat tendant à inclure dans le texte une disposition de droit international privé relative à la forme). Spécifier la loi applicable à la validité quant à la forme permettrait d'avoir un certain degré de certitude. Toutefois, resteraient régies par la loi applicable: la question de savoir si les cessions purement verbales seraient valides, ce qui autoriserait d'éventuels abus ou collusions entre un cessionnaire et le cédant, en particulier dans les cas où le cédant risque de devenir insolvable; la question de savoir si des droits de timbre doivent être acquittés pour que le contrat de cession soit valide, ce qui aurait une incidence sur le coût global de l'opération; et la question relative à la forme d'une cession de créances garanties par une sûreté, à laquelle pourrait s'appliquer la loi régissant la sûreté (sur ce point, voir le paragraphe 93).

### Article 8. *Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures et de fractions de créances*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 45 à 60
A/CN.9/432, par. 93 à 112 et 254 à 258
A/CN.9/434, par. 122 et 124 à 127
A/CN.9/445, par. 211 à 214
A/CN.9/456, par. 93 à 97

#### *Commentaire*

*Paragraphe 1*

69. En principe, le projet d'article 8 valide les cessions (c'est-à-dire les transferts, et non les contrats de cession) de créances futures, les cessions d'un ensemble de créances et les cessions de fractions de créances ou de tout droit indivis sur lesdites créances. Il existe certaines restrictions à ce principe. Tandis que la cession a effet à l'égard du débiteur à partir du moment où elle a lieu, le débiteur peut, tant qu'il n'a pas reçu de notification par écrit, refuser de payer le cessionnaire et s'acquitter de sa dette en effectuant un paiement conformément au contrat initial (le débiteur peut s'acquitter de sa dette en effectuant un paiement au cessionnaire, même avant d'avoir reçu une notification écrite; dans ce cas, toutefois, il prend le risque de devoir payer deux fois s'il est par la suite prouvé qu'aucune cession n'a eu lieu).

70. Une deuxième restriction au principe mentionné ci-dessus est que l'efficacité d'une cession à l'égard des tiers est régie par la loi applicable à la priorité conformément aux projets d'articles 24 à 26. Ainsi, le projet d'article 8 n'a pas pour objet: de valider la première cession en date en invalidant toute cession postérieure des mêmes créances par le même cédant; ou de faire en sorte que le cessionnaire ait priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité au seul motif que la cession a eu lieu avant la date effective d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Afin d'éviter qu'involontairement la question de l'efficacité des cessions futures ne soit entièrement régie par la loi applicable à la priorité, le Groupe de travail a décidé de supprimer du projet d'article 8 tous les termes qui feraient que cet article, ainsi que le projet d'article 9 seraient subordonnés aux projets d'articles 24 à 26. Cette décision a été prise étant entendu que l'application combinée des projets d'articles 8 à 12 et 24 à 26 mènerait au même résultat, à savoir que les dispositions du chapitre III n'ont pas pour objet d'influer sur les questions de priorité, ces dernières étant traitées aux projets d'articles 24 à 26.

*"créances existantes ou futures"*

71. La cession d'ensembles de créances futures est au cœur des pratiques modernes de financement par cession de créances. Il demeure toutefois une grande incertitude quant à la validité de telles cessions. Le projet de Convention accorde donc beaucoup d'importance à l'efficacité de la cession de créances futures et d'ensembles de créances en particulier. Au début de ses travaux, le Groupe de travail avait noté que la validation d'une cession de créances conditionnelles et de créances purement hypothétiques pouvait avoir pour conséquence qu'une personne morale de droit commercial céderait l'ensemble de ses créances pour toute la durée de son existence, pratique qui risquait d'aller à l'encontre de l'ordre public dans certains pays (concernant les différents types de créances futures visées, voir le paragraphe 49). Toutefois, le Groupe de travail a estimé qu'une exclusion générale des créances conditionnelles ou hypothétiques du champ d'application du projet de Convention pourrait faire obstacle à des pratiques importantes, comme celles qui consistent à céder les flux de trésorerie d'un projet d'infrastructure publique à des fins de financement. Après avoir examiné attentivement la question, le Groupe de travail a décidé d'ajouter la condition figurant au paragraphe 1 du projet d'article 8, à savoir que les créances doivent être identifiables, au moment où elles naissent (c'est-à-dire au moment où le contrat initial est conclu), comme étant celles faisant l'objet de la cession. Cette condition a pour objet de tenir compte comme il se doit, d'une part, de la nécessité économique d'autoriser les cessions d'ensembles de divers types de créances futures et, d'autre part, de la nécessité de protéger les cédants contre les risques qui pourraient découler de la capacité illimitée de céder toutes les créances futures imaginables.

*"une ou plusieurs"*

72. Si le projet de Convention porte avant tout sur la cession d'un volume important de créances de faible valeur (comme dans les cas, par exemple, de l'affacturage de créances commerciales ou de la titrisation de créances sur cartes de crédit), la cession de créances uniques de grande valeur (comme dans le cas d'un consortium de prêts) n'en est pas moins également validée (quant au point de savoir si les clauses de non-cession et les questions de priorité devraient être traitées différemment dans le cas d'une cession de créances uniques, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 7 relatives au projet d'article 4).

*"a effet"*

73. Le résultat de l'efficacité d'une cession varie selon qu'il s'agit d'une cession pure et simple ou d'une cession à titre de garantie, question régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention. Dans le cas d'une cession pure et simple, l'expression "a effet" signifie que la cession transfère un droit de propriété intégral sur la créance, en conséquence de quoi le cessionnaire a le droit de garder tout excédent restant après exécution de sa créance à l'encontre du cédant; et, en cas de défaillance du débiteur, le cessionnaire n'a aucun recours contre le cédant. Dans le cas d'une cession à titre de garantie, l'expression "a effet" signifie que le cessionnaire doit verser tout excédent restant à l'ayant droit suivant dans l'ordre de priorité ou au cédant, et que, si le débiteur ne paie pas, le cessionnaire peut se retourner contre le cédant et demander paiement pour le crédit ou les services accordés au cédant en échange des créances cédées.

74. Du point de vue du vocabulaire, il a été jugé préférable d'utiliser l'expression "a effet" plutôt que l'expression "est valide", étant donné que la première renvoie plus exactement à l'idée d'efficacité *erga omnes*, et que la seconde n'est pas universellement comprise de la même manière.

*"désignées"*

75. Le terme "désignées"(*"described"* en anglais) vise à établir une norme moins élevée que celle qui serait établie avec, en anglais, le terme *"specified"*. Ainsi, une description générique de la créance, dans laquelle l'identité du débiteur ou le montant de la créance ne seraient pas spécifiés ("toutes les créances procédant de mon entreprise automobile", par exemple), suffirait.

*"individuellement"/"de toute autre manière"*

76. Ces deux expressions visent à faire en sorte qu'une cession de créances existantes et futures ait effet, que les créances soient décrites une à une ou de toute autre manière qui suffise à les identifier comme celles faisant l'objet de la cession.

*Paragraphe 2*

77. En vue d'accélérer le processus de prêt et de réduire le coût de l'opération, le paragraphe 2 dispose de fait qu'un accord-cadre suffit à transférer les droits sur un ensemble de créances futures. Si un nouveau document était exigé à chaque fois qu'une nouvelle créance naissait, les coûts de gestion d'un programme de prêt s'en trouveraient sensiblement accrus, et le temps qui serait alors nécessaire pour obtenir des documents en bonne et due forme et pour examiner ces documents ralentirait le processus de prêt au détriment du cédant.

78. Au titre du paragraphe 2, qui prévoit que l'accord-cadre suffit à transférer un ensemble de créances futures, et du projet d'article 9, qui dispose qu'une créance future est transférée à la date de la conclusion du contrat de cession, les droits sur les créances futures sont transférés directement au cessionnaire sans passer par la masse des biens du cédant. Toutefois, la question de savoir si la cession a effet à l'égard des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité doit être traitée conformément à la loi régissant la priorité au titre des projets d'articles 24 à 26.

### Article 9. *Date de la cession*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 51 et 57
A/CN.9/432, par. 109 à 112 et 254 à 258
A/CN.9/434, par. 107 et 108 et 115 à 121
A/CN.9/445, par. 221 à 226
A/CN.9/456, par. 76 à 78 et 98 à 103

#### *Commentaire*

79. Le projet d'article 9 a pour objet: de reconnaître le droit du cédant et du cessionnaire de convenir de la date à laquelle une cession est transférée, dans la mesure où leur convention ne porte pas atteinte aux droits de tiers; de fixer une règle par défaut selon laquelle, en l'absence de convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, la date à laquelle une cession est transférée est la date de conclusion du contrat de cession; et de préciser la signification d'autres dispositions pertinentes telles que les projets d'articles 6, 8, 19 et 24 à 26.

80. Le projet d'article 9 reconnaît et, dans le même temps, limite l'autonomie des parties. La date spécifiée par le cédant et le cessionnaire lie les tiers, point qui n'est peut-être pas suffisamment clair dans le projet d'article 6. Pour qu'une telle convention, cependant, lie des tiers, elle doit fixer une date de transfert qui n'est pas antérieure à la date de conclusion du contrat de cession. Cette démarche est conforme au principe énoncé au projet d'article 6, puisqu'une convention fixant une date antérieure risquerait d'affecter l'ordre de priorité entre plusieurs ayants droit.

81. En l'absence d'une convention entre le cédant et le cessionnaire fixant la date de transfert des droits sur les créances cédées, la date de ce transfert est la date de conclusion du contrat de cession, élément qui ne peut être modifié. Si cette démarche est évidente pour ce qui est des créances existant à la date où elles sont cédées, une fiction juridique est créée pour ce qui concerne les créances futures (c'est-à-dire des créances naissant de contrats inexistants à la date de la cession). Dans la pratique, le cessionnaire acquerrait des droits sur des créances futures seulement si celles-ci étaient en fait créées, mais, sur le plan juridique, la date de transfert

remonterait à la date de conclusion du contrat de cession. Cette approche est destinée à aider le cédant à mobiliser des créances futures en vue d'obtenir un crédit ou des services connexes meilleur marché.

82. S'il fixe la date de transfert d'une créance, le projet d'article 9 n'a pas pour objet d'énoncer une règle de priorité stipulant qu'une cession a effet à l'égard de tiers à la date où elle s'effectue, car une telle règle serait incompatible avec les projets d'articles 24 à 26. Si des créances futures étaient effectivement transférées à l'égard de tiers à la date à laquelle elles étaient cédées, elles seraient retirées des biens en liquidation ou assorties d'une sûreté indépendamment de tout acte de publicité exigé par la loi régissant la priorité.

Article 10. *Limitations contractuelles à la cession*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 61 à 68
A/CN.9/432, par. 113 à 126
A/CN.9/434, par. 128 à 137
A/CN.9/445, par. 49 à 51 et 227 à 231
A/CN.9/447, par. 148 à 152
A/CN.9/455, par. 47 à 51
A/CN.9/456, par. 104 à 116

***Commentaire***

83. Le projet d'article 10 a principalement pour but de valider les cessions effectuées malgré l'existence d'une clause de non-cession dans le contrat initial, dans le contrat de cession ou dans tout contrat de cession subséquent. Le principe sous-jacent est qu'il est plus avantageux pour chacun de faciliter la cession de créances et de réduire le coût de l'opération plutôt que de faire en sorte que le débiteur n'ait pas à payer une personne autre que le créancier initial (cédant). Les clauses de non-cession peuvent soit aller à l'encontre de l'objectif d'une opération de financement ou d'offre de service, car elles peuvent invalider des cessions, soit, pour le moins, accroître le coût d'une opération dans une mesure telle que les financiers devraient vérifier un nombre potentiellement important de contrats afin de s'assurer qu'ils ne contiennent pas de clause de non-cession. Dans ses délibérations, le Groupe de travail a tenu compte du fait que les petits débiteurs, tels que les consommateurs, ne seraient pas lésés par une telle règle, car ils ne disposaient généralement pas d'un pouvoir de négociation leur permettant d'insérer des clauses de non-cession dans leurs contrats et que, dans tous les cas, ils continueraient souvent de payer sur le même compte bancaire ou sur la même boîte postale, dont le contrôle passerait du cédant au cessionnaire sans que le débiteur en ait connaissance. Le Groupe de travail a également tenu compte du fait qu'en aucun cas le projet d'article 10 ne porterait atteinte aux intérêts des consommateurs débiteurs dans la mesure où ces intérêts étaient visés par les limitations légales contenues dans les lois sur la protection des consommateurs, étant entendu que le projet d'article 10 ne traitait pas des limitations légales. S'agissant des grands débiteurs, le Groupe de travail a estimé qu'ils ne seraient pas lésés par la règle énoncée dans le projet d'article 10, car ils avaient un pouvoir de négociation suffisant et pouvaient prendre soin de leurs propres intérêts. Le Groupe de travail a également pensé que le projet d'article 10 instituait une règle appropriée en n'autorisant pas ces grands débiteurs à empêcher les petites et moyennes entreprises d'obtenir un crédit ou des services meilleur marché sur la base de leurs créances. Le projet d'article 12 introduit une exception en ce qui concerne les débiteurs souverains (voir les paragraphes 94 à 96; pour d'éventuelles exceptions supplémentaires, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 7 relatives au projet d'article 4).

84. Le projet d'article 10 a donc pour objet d'accorder au cessionnaire la priorité vis-à-vis des créanciers du cédant en cas de défaillance de ce dernier et d'habiliter le cessionnaire à recouvrer les sommes dues directement auprès du débiteur, sans toutefois priver celui-ci de ses droits et exceptions ou de toute action qu'il serait fondé à invoquer à l'encontre du cédant pour contravention au contrat, voire à l'encontre du cessionnaire pour faute non contractuelle. Cette approche représente un compromis entre les systèmes juridiques qui invalident les cessions effectuées en violation de clauses de non-cession et les systèmes juridiques qui invalident les clauses de non-cession. Elle tente ainsi de contrebalancer la nécessité de préserver l'autonomie des parties et la nécessité de faciliter les opérations de financement et d'offre de services dans l'intérêt du commerce en général. Le Groupe de travail a estimé que le fait d'invalider les clauses de non-cession préserverait les intérêts du cessionnaire plus efficacement dans la mesure où celui-ci serait protégé contre le risque d'encourir une responsabilité et contre le risque de voir le contrat initial déclaré résolu par le débiteur pour cause de violation d'une clause de non-cession. Il a été largement estimé, cependant, qu'une approche fondée sur l'invalidation des clauses de non-cession porterait excessivement atteinte à l'autonomie des parties et ferait inopportunément pencher la balance en faveur des intérêts du cessionnaire. En revanche, pour faire un pas supplémentaire dans le sens de la protection du débiteur, le Groupe de travail a également envisagé la possibilité d'autoriser le débiteur à continuer d'effectuer des paiements conformément au contrat initial. Cette approche permettrait au cessionnaire de prévaloir dans un conflit de priorité avec les créanciers du cédant, mais le priverait du droit de demander paiement au débiteur. Le Groupe de travail a noté qu'en vertu de l'article 16 de l'International Factoring Customs promulgué par Factors Chain International, le cédant était autorisé, en cas de clause de non-cession, à percevoir des paiements en tant qu'agent du cessionnaire. Tout en reconnaissant qu'une telle règle pourrait être acceptable au sein de groupes d'institutions souscrivant au même code de conduite, le Groupe de travail a décidé de ne pas étendre son application à d'autres pratiques, car le fait de priver le cessionnaire du droit de demander paiement au débiteur accroîtrait le risque de non-paiement et, partant, le coût du crédit.

85. La responsabilité contractuelle que le cédant peut avoir à l'égard du débiteur, en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention, du fait d'une cession effectuée en violation d'une clause de non-cession, n'est pas affectée. Par définition, le cessionnaire ne peut pas avoir de responsabilité contractuelle pour une contravention à un contrat auquel il n'est pas partie. La responsabilité délictuelle que peut avoir le cessionnaire à l'égard du dé-

biteur en vertu d'une autre loi n'est pas non plus affectée. Dans ce contexte, le Groupe de travail est convenu qu'il devrait sanctionner les comportements malveillants de la part du cessionnaire et que la simple connaissance de l'existence d'une clause de non-cession ne devrait pas suffire à établir sa responsabilité. En pénalisant le cessionnaire qui accepterait une cession tout en ayant connaissance de la clause de non-cession, on l'inciterait indirectement à passer outre au critère de diligence raisonnable. Si le cessionnaire faisait preuve de diligence, il découvrirait l'existence de la clause de non-cession et n'accepterait pas les créances ou les accepterait à une valeur sensiblement réduite vu le risque élevé de non-paiement (une proposition du secrétariat quant à la façon dont cette idée pourrait être expressément énoncée dans le projet d'article 10 figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 2 et 3 relatives au projet d'article 10).

86. Le projet d'article 10 est complété par un régime juridique introduisant un niveau suffisamment élevé de protection du débiteur dans le projet de Convention. Hormis l'obligation de payer le cessionnaire (dans l'État et dans la monnaie de paiement spécifiés dans le contrat initial), le projet de Convention (projet d'article 17) ne modifie pas la situation juridique du débiteur. La notification de la cession ne peut invalider que les droits à compensation du débiteur découlant de contrats autres que le contrat initial. Ce résultat serait acceptable, car le débiteur, ayant conscience de cet effet de la notification, pourrait prendre des dispositions en conséquence. Il peut, par exemple, éviter d'encourir de nouvelles obligations. Dans des situations exceptionnelles, lorsque, par exemple, une cession en violation d'une clause de non-cession constitue une contravention fondamentale au contrat initial, le débiteur peut même déclarer le contrat initial résolu. Cette résolution du contrat, cependant, qui priverait le cessionnaire du droit de demander paiement au débiteur, ne devrait être possible que dans des circonstances exceptionnelles, faute de quoi le risque de résolution du contrat risquerait, en soi, d'avoir un impact négatif sur le coût du crédit. Dans ces situations, le débiteur serait habilité à recouvrer les paiements auprès du cédant, mais non auprès du cessionnaire (projet d'article 23). Ce résultat est approprié, car même en l'absence d'une cession, le débiteur supporterait le risque d'insolvabilité de son partenaire contractuel. Qui plus est, tout bien restitué par le débiteur à la suite de la résolution du contrat initial échoirait au cessionnaire qui aurait offert au cédant une contrepartie en échange des créances annulées. Étant entendu que le projet de Convention introduit un régime juridique comportant un niveau suffisamment élevé de protection du débiteur, le Groupe de travail a décidé que les États ne devraient pas être autorisés à émettre des réserves au sujet du projet d'article 10 (pour une exception à l'égard des débiteurs souverains, voir une proposition du secrétariat concernant le projet d'article 12 dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 12). Cette conclusion du Groupe de travail a été motivée par le fait que les États qui envisageraient d'adopter le projet de Convention devraient mettre en balance, d'une part, l'inconvénient que pourrait présenter, pour le débiteur, le fait d'avoir à payer une personne différente et, d'autre part, l'avantage que présenterait, pour les débiteurs et les cédants, une offre accrue de crédit meilleur marché, susceptible de stimuler l'économie en général.

87. Le projet d'article 10 s'applique à toute clause contractuelle limitant la cession de quelque façon que ce soit (et non seulement aux clauses de non-cession), mais ne s'applique ni aux limitations légales à la cession, ni aux limitations relatives à la cession de droits autres que des créances (clauses de confidentialité, par exemple). Quant aux limitations légales, le Groupe de travail a envisagé la possibilité de résoudre cette question en validant la cession, tout en autorisant le débiteur à acquitter sa dette en payant conformément au contrat initial. Cette approche permettrait au cessionnaire de prévaloir sur d'autres créanciers du cédant en cas de défaillance de ce dernier, tout en protégeant les intérêts du débiteur. Le Groupe de travail, cependant, n'est pas parvenu à un accord sur ce point, car il n'a pas pu trouver un moyen d'opérer une distinction entre les limitations légales visant à protéger le débiteur (interdisant la cession de créances dues par des débiteurs souverains, par exemple) et les limitations légales visant à protéger le cédant (interdisant la cession de salaires, par exemple).

88. Le projet de Convention, cependant, a déjà rejeté les limitations légales à la cession dans la mesure où elles renvoient à des créances futures ou à la cession d'ensembles de créances. Ainsi, le Groupe de travail voudra peut-être faire en sorte, par exemple, que le projet d'article 8 ne se réfère pas aux salaires futurs. En outre, il souhaitera peut-être envisager une règle limitée traitant des limitations légales visant à protéger le débiteur. Une telle règle pourrait, par exemple, valider une cession entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard de tiers, mais non à l'égard du débiteur. De plus, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'introduire la même règle pour les cessions de créances uniques (qui seraient normalement des créances de grande valeur), dans lesquelles un critère de diligence raisonnable ne risquerait pas d'accroître le coût du crédit. Cette approche permettrait de prendre en compte la nécessité d'effectuer, par exemple, des cessions dans le cadre de consortiums de prêts et de participations sous réserve du consentement du débiteur (pour une analyse des approches à envisager en la matière, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 7 relatives au projet d'article 4 et remarque 1 relative au projet d'article 10).

### Article 11. *Transfert de sûretés*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 69 à 74
A/CN.9/432, par. 127 à 130
A/CN.9/434, par. 138 à 147
A/CN.9/445, par. 232 à 235
A/CN.9/456, par. 117 à 126

#### *Commentaire*

89. Le projet d'article 11 reflète le principe généralement accepté selon lequel les sûretés accessoires sont transférées automatiquement avec les créances qu'elles garantissent. La question du caractère accessoire ou indépendant de la sûreté et les critères de fond ou de procédure à respecter pour la création d'une telle sûreté relèvent de la loi qui

régit cette dernière. Le projet d'article 11 n'essaie pas de préciser la loi applicable aux sûretés, compte tenu de la grande diversité des sûretés qu'il est destiné à couvrir (y compris, par exemple, des garanties, des nantissements et des hypothèques) et des divergences sensibles qui existent à cet égard entre les différents systèmes juridiques.

90. Le texte reconnaît également le droit qu'ont le cédant et le cessionnaire de convenir qu'une sûreté accessoire n'est pas transférée au cessionnaire et s'éteint de ce fait. Cette convention reflète peut-être l'absence de volonté, de la part du cessionnaire, d'accepter la responsabilité et le coût afférents à l'entretien et à la garde de la garantie (taxes et frais d'assurance dans le cas de biens immobiliers ou frais d'entreposage et d'assurance dans le cas de matériel). Le projet d'article 11 crée également l'obligation, pour le cédant, de transférer au cessionnaire toute sûreté indépendante garantissant le paiement des créances cédées ainsi que le produit de cette sûreté. En ce qui concerne les garanties indépendantes ou les lettres de crédit stand-by, cette disposition part du principe que le droit de demander paiement au garant/émetteur n'est pas une créance. De ce fait, les droits du garant/émetteur ne sont pas affectés par la cession de l'engagement indépendant, tandis que le cessionnaire possède un droit sur le produit, ce qui revêt une importance particulière en cas d'insolvabilité du cédant.

91. Le paragraphe 2 vise à faire en sorte que toute clause de non-cession convenue entre le cédant et le débiteur ou une autre personne constituant une sûreté n'invalide pas la cession. Conformément au paragraphe 3, la responsabilité que le cédant peut avoir du fait d'une contravention au contrat en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention n'est pas affectée, mais elle ne s'étend pas au cessionnaire (cette approche est conforme à celle adoptée dans le projet d'article 10). Le principe sous-jacent est que les sûretés devraient être traitées, en ce qui concerne les clauses de non-cession, de la même façon que des créances, car souvent la contrepartie sur laquelle compte le cessionnaire réside dans la sûreté et non dans la créance proprement dite. Dans une titrisation, par exemple, où des créances sont cédées par le créancier initial à une entité spéciale intégralement détenue par ce dernier, la contrepartie sur laquelle comptent les investisseurs achetant les valeurs émises par l'entité spéciale et garanties par les créances peut résider dans la garantie du cédant. Dans le cas de garants tiers souverains, cependant, conformément au projet d'article 12, la clause de non-cession invalide la cession, mais seulement à l'encontre du garant tiers souverain.

92. Que le transfert d'une sûreté soit ou non interdit par convention, si le transfert entraîne un transfert de possession de la garantie et si ce transfert cause des préjudices au débiteur ou à la personne accordant la sûreté, la responsabilité pouvant exister en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention n'est pas affectée. Le paragraphe 4 envisage, par exemple, un transfert d'actions nanties qui pourrait habiliter un cessionnaire étranger à exercer les droits d'un actionnaire au détriment du débiteur ou de toute autre personne qui aurait pu nantir les actions.

93. Aux termes du paragraphe 5, il n'est pas porté atteinte aux règles de droit applicable en dehors du projet de Convention à la forme du transfert des sûretés. En conséquence, un document authentifié et un enregistrement peuvent être nécessaires au transfert effectif d'une hypothèque, tandis qu'un transfert de possession ou un enregistrement peuvent être requis pour le transfert d'un gage. Le projet de Convention n'a pas non plus pour objet d'influer sur les conditions de forme d'une cession de créances garanties par un actif (enregistrement d'une cession garantie par un bien immobilier, par exemple). Si le Groupe de travail incluait, cependant, une règle sur la forme de la cession, soumettant cette forme à la loi applicable là où est situé le cédant (voir la proposition du secrétariat dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au chapitre III), cette règle devrait s'aligner sur le paragraphe 5 (par exemple, en prévoyant que la loi applicable là où est situé le cédant régirait la forme, à moins que les créances ne soient garanties par une sûreté, auquel cas la loi régissant cette sûreté régirait la forme).

### Article 12. *Limitations concernant les gouvernements et autres entités publiques*

*Références:*

A/CN.9/432, par. 117
A/CN.9/455, par. 48
A/CN.9/456, par. 115 et 116

#### *Commentaire*

94. Le projet d'article 12 vise à faire en sorte qu'il ne soit pas porté atteinte aux débiteurs souverains par des cessions effectuées en violation de clauses de non-cession contenues dans des contrats de marchés publics ou autres contrats analogues. Le Groupe de travail a décidé d'adopter cette approche pour ne pas rendre le projet de Convention moins acceptable pour les États qui ne seraient pas en mesure de protéger leurs intérêts par une limitation légale.

95. En vertu du projet d'article 12, une cession de créances détenues par un débiteur souverain n'a pas d'effets à l'égard du débiteur souverain qui peut continuer de payer conformément au contrat initial. En outre, il n'est pas porté atteinte aux exceptions et droits à compensation du débiteur souverain, qu'ils découlent du contrat initial ou de tout autre contrat. La cession, cependant, continue d'avoir effet à l'égard du cédant et des créanciers du cédant, ce qui revêt une importance particulière en cas d'insolvabilité du cédant.

96. Le champ d'application exact du projet d'article 12, c'est-à-dire le fait de savoir si ce projet d'article s'appliquera aux cessions de créances naissant de contrats conclus par l'autorité centrale, les autorités locales, des entités commerciales publiques ou des entités publiques agissant à titre commercial, reste à déterminer par le Groupe de travail (sur cette question, ainsi que sur la question d'une éventuelle transformation du projet d'article 12 en réserve, voir les propositions du secrétariat dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 12).

## D. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa trente et unième session: commentaire relatif au projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement (deuxième partie): note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.106) [Original: anglais]

### TABLE DES MATIÈRES


*Pages*

INTRODUCTION ..... 288

CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS ..... 288

Section I. Cédant et cessionnaire ..... 288

Article 13. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire ..... 289

Article 14. Garanties dues par le cédant ..... 289

Article 15. Droit de notifier la cession au débiteur ..... 291

Article 16. Droit du cessionnaire à recevoir paiement ..... 292

Section II. Débiteur ..... 293

Article 17. Principe de la protection du débiteur ..... 293

Article 18. Notification de la cession au débiteur ..... 294

Article 19. Paiement libératoire du débiteur ..... 295

Article 20. Exceptions et droit à compensation du débiteur ..... 298

Article 21. Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droit à compensation ..... 299

Article 22. Modification du contrat initial ..... 300

Article 23. Restitution des paiements ..... 301

Section III. Autres parties ..... 302

Article 24. Droits concurrents de plusieurs cessionnaires ..... 302

Article 25. Droits concurrents du cessionnaire et des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité ..... 304

Article 26. Droits concurrents sur le produit de la cession ..... 306

CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS ..... 307

Article 27. Loi applicable au contrat de cession ..... 307

Article 28. Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur ..... 308

Article 29. Loi applicable aux conflits de priorité ..... 309

Article 30. Règles impératives ..... 309

Article 31. Ordre public ..... 309


### INTRODUCTION

Le présent document contient la deuxième partie du commentaire relatif au projet de Convention sur la cession de créances à des fins de financement (le titre du projet de Convention n'a pas encore été adopté par le Groupe de travail; voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au titre et au préambule). La deuxième partie du commentaire commence là où s'est terminée la première, à savoir par le projet d'article 13, et va jusqu'au projet d'article 31 (la première partie du commentaire est contenue dans le document A/CN.9/WG.II/WP.105). Le commentaire relatif aux dispositions finales et à l'annexe, si elles sont conservées (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives à l'annexe), sera établi après l'adoption du projet de Convention dans son ensemble par le Groupe de travail.

### CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS

#### Section I. Cédant et cessionnaire

*Commentaire*

1. À la différence des autres dispositions du projet de Convention qui traitent de la cession comme transfert de droits patrimoniaux sur des créances, les dispositions contenues dans la présente section traitent de questions qui intéressent généralement le contrat de cession ou toute autre convention entre le cédant et le cessionnaire. L'utilité de ces dispositions réside dans le fait qu'elles reconnaissent l'autonomie des parties et répartissent les risques en l'absence d'une convention entre le cédant et le cessionnaire.

Article 13. *Droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

*Références:*

A/CN.9/432, par. 131 à 144
A/CN.9/434, par. 148 à 151
A/CN.9/447, par. 17 à 24
A/CN.9/456, par. 127 et 128

***Commentaire***

2. Le projet d'article 13 a principalement pour objet de réaffirmer, dans le contexte de la relation qui existe entre le cédant et le cessionnaire, le principe de l'autonomie des parties, principe déjà énoncé en termes généraux au projet d'article 6. Le cédant et le cessionnaire sont libres de structurer leurs droits et obligations réciproques de façon à répondre à leurs besoins particuliers. Ils sont également libres d'incorporer dans leur convention toute règle ou condition en s'y référant de manière générale, plutôt qu'en les reproduisant dans leur convention. Les conditions aux termes desquelles les parties peuvent exercer leur liberté et les conséquences juridiques correspondantes relèvent de la loi régissant leur convention.

3. Le projet d'article 13, qui s'inspire de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après dénommée "Convention des Nations Unies sur les contrats de vente"), énonce aux paragraphes 2 et 3 un principe qui ne sera peut-être pas reconnu dans tous les systèmes juridiques, à savoir que, dans l'interprétation des contrats de cession, les usages et habitudes en matière d'échanges commerciaux doivent être pris en compte. Le paragraphe 2 établit une distinction nette entre les usages et les habitudes dans la mesure où les premiers doivent être convenus comme liant les parties, tandis que les secondes sont contraignantes en l'absence de convention spécifique, à moins que les parties n'en conviennent autrement. Ces usages et habitudes produisent des droits et des obligations pour le cédant et pour le cessionnaire. Ils ne peuvent lier, cependant, des tiers tels que le débiteur ou les créanciers du cédant, pas plus qu'ils ne peuvent lier des cédants ou cessionnaires subséquents. Toutes ces parties n'auraient pas nécessairement connaissance des usages et habitudes convenus par le cédant et le cessionnaire initiaux.

4. Étant donné que le paragraphe 1 reconnaît l'autonomie des parties, les parties auraient toujours le droit de convenir autrement de la nature contraignante des habitudes qui se sont établies entre elles. Les mots "sauf convention contraire" énoncés au paragraphe 2 peuvent donc ne pas être nécessaires. Ces mots, qui n'apparaissent pas au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente, avaient été inclus initialement dans le paragraphe 2, puisque, contrairement à la hiérarchie des règles juridiques établie dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente, le projet de Convention prévaut sur toute convention des parties. Le paragraphe 1 se limitant désormais aux droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire, la règle concernant la prévalence du projet de Convention a été supprimée, et l'écart par rapport au libellé du paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente ne se justifie plus.

5. Le paragraphe 3 définit le champ d'application des questions couvertes par un usage international. En vertu de ce paragraphe, les usages internationaux lient uniquement les parties à des cessions internationales. Cette restriction n'a pas été jugée nécessaire dans l'article 9, puisque la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente ne s'applique qu'aux ventes internationales. Elle a en revanche été jugée nécessaire dans le projet d'article 13, étant donné le fait que le projet de Convention peut s'appliquer aux cessions nationales de créances internationales. En outre, en vertu du paragraphe 3 comme en vertu du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente, les usages ne s'appliquent qu'à l'opération en question. Cela signifie qu'un usage d'affacturage international ne peut s'appliquer à une cession effectuée dans le cadre d'opérations de titrisation. Cependant, à la différence du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente, le paragraphe 3 ne se réfère pas à la connaissance subjective, réelle ou constructive des parties, mais seulement aux critères objectifs selon lesquels les usages doivent être largement connus et régulièrement observés. Le Groupe de travail a estimé que, si une telle référence à la connaissance subjective des parties pourrait être utile dans une relation bipartite, elle serait inappropriée dans une relation tripartite, car il serait extrêmement difficile pour des tiers de déterminer ce dont le cédant et le cessionnaire avaient ou auraient dû avoir connaissance.

Article 14. *Garanties dues par le cédant*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 80 à 88
A/CN.9/432, par. 145 à 158
A/CN.9/434, par. 152 à 161
A/CN.9/447, par. 25 à 40
A/CN.9/456, par. 129 et 130

***Commentaire***

6. Les garanties données par le cédant ont pour objet de réduire le risque lié à une transaction quant au fait de savoir si le cessionnaire sera en mesure de recouvrer, en cas de besoin, les créances auprès du débiteur (dans une cession à titre de garantie, le cessionnaire n'a pas besoin de recouvrer les sommes dues, à moins que le cédant ne fasse défaut, et dans une titrisation ou un escompte de factures non divulgué, le cédant continue de se faire payer par le débiteur en tant qu'agent du cessionnaire). En conséquence, les garanties constituent un critère important sur lequel se fonde le cessionnaire pour déterminer le montant du crédit à accorder au cédant et le coût de ce crédit.

7. Vu l'importance qu'elle revêtent pour la détermination du prix d'une transaction, les garanties sont fortement négociées et explicitement fixées entre le cédant et le cessionnaire. Prenant acte de cette réalité, le projet d'article 14

consacre le principe de l'autonomie des parties à l'égard des garanties du cédant. Ces garanties peuvent résulter du contrat de financement, du contrat de cession (s'il s'agit d'un contrat distinct), ou de tout autre contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire. En vertu des paragraphes 2 et 3 du projet d'article 13, elles peuvent également résulter d'usages et d'habitudes en matière d'échanges commerciaux.

8. Outre le fait qu'il reconnaît le principe de l'autonomie des parties, le projet d'article 14 a pour objet d'énoncer une règle par défaut répartissant les risques entre le cédant et le cessionnaire en l'absence de convention des parties quant à cette question. En répartissant les risques, le projet d'article 14 vise globalement à mettre en balance la nécessité d'équité et la nécessité de faciliter l'accès à un crédit à coût réduit. L'équité est assurée dans la mesure où le projet d'article 14 reflète un équilibre souvent établi par la convention des parties. Normalement, dans les accords de financement, le cédant garantit l'existence de la créance cédée, mais non sa propre solvabilité. D'autre part, l'accès à un crédit à coût réduit est facilité dans la mesure où, si les parties n'ont pas convenu de garanties, le risque de non-paiement serait, en l'absence d'une règle s'inspirant du libellé du projet d'article 14, plus élevé. Cette situation pourrait faire échouer une transaction (si le risque est trop élevé) ou, du moins, réduire le montant du crédit offert et rehausser le coût du crédit. Dans la mesure où le cédant peut répercuter ce coût sur le débiteur, les marchandises ou services du cédant seraient plus onéreux, voire inaccessibles pour le débiteur.

9. En vertu du paragraphe 1, le cédant garantit qu'il a le droit de céder la créance, qu'il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire, et que le débiteur ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation. Compte tenu de la nécessité pour le cessionnaire de pouvoir estimer le risque lié à une transaction avant d'accorder un crédit, le paragraphe 1 dispose que les garanties doivent être données et prendre effet au moment de la conclusion du contrat de cession. Ces garanties sont considérées comme étant données non seulement au cessionnaire immédiat, mais également à tout cessionnaire subséquent. En conséquence, tout cessionnaire subséquent peut se retourner contre le cédant et lui intenter une action pour violation des garanties. Si les garanties étaient considérées comme n'étant données qu'au cessionnaire immédiat, tout cessionnaire subséquent n'aurait recours que contre son cédant immédiat, ce qui accroîtrait le risque et, partant, le coût des transactions comprenant des cessions subséquentes.

10. Les alinéas *a* à *c* introduisent des garanties que l'on pourrait globalement décrire comme des garanties se rapportant à "l'existence" de la créance (ou à sa cessibilité). Si le cédant n'est pas habilité à céder les créances, les a déjà cédées, ou les a dénuées de toute valeur en exécutant de façon incorrecte le contrat conclu avec le débiteur, la créance n'"existe" pas. À cet égard, on a craint, pendant les délibérations du Groupe de travail, qu'en autorisant les parties à modifier des garanties relatives à l'existence même des créances cédées le projet d'article 14 n'aille à l'encontre des normes de bonne foi. Afin de lever cette inquiétude, il a été proposé soit de supprimer le projet d'article 14 dans son ensemble, soit de ne pas le soumettre à l'autonomie des parties, soit, du moins, de le soumettre à des modifications effectuées uniquement par convention explicite des parties. Le Groupe de travail, cependant, a décidé de conserver le projet d'article 14 inchangé. Il a été largement estimé que, s'il importait de conformer la pratique commerciale aux normes de bonne foi, cela ne devait pas se faire aux dépens de l'aptitude des parties à convenir d'une répartition des risques et, partant, des coûts dans les opérations de financement. En conséquence, il a été décidé que l'autonomie des parties ne devrait pas être limitée, et que l'interprétation des contrats dans le cas d'une convention implicite devrait relever de la loi régissant le contrat.

11. Le cédant viole la garantie quant à son droit de céder, introduit à l'alinéa *a*, s'il n'a pas la capacité ou l'autorité pour agir, ou s'il existe une quelconque restriction légale à la cession. Cette démarche se justifie par le fait que le cédant est mieux placé pour savoir si oui ou non il a le droit de céder la créance. Le cédant ne se rend pas coupable d'une violation de garantie, cependant, si le contrat initial contient une clause de non-cession. Le Groupe de travail a décidé qu'aucune référence explicite à cette règle n'était nécessaire à l'alinéa *a*, puisqu'elle est implicite dans le projet d'article 10, en vertu duquel la cession produit des effets même lorsqu'elle viole une clause de non-cession.

12. La garantie contenue à l'alinéa *b*, selon laquelle le cédant n'a pas déjà cédé la créance, a pour objet de tenir le cédant responsable envers le cessionnaire si, du fait d'une cession précédente effectuée par le cédant, le cessionnaire n'a pas la priorité. Cette situation peut se produire si le cessionnaire n'a pas de moyen objectif de déterminer si une cession précédente a eu lieu ou non. L'alinéa *b*, cependant, n'exige pas du cédant qu'il garantisse qu'il ne cédera pas les créances à un autre cessionnaire après la première cession. Une telle garantie irait à l'encontre de la pratique moderne de financement selon laquelle le droit, qu'a le cédant de proposer à différents prêteurs des parties des mêmes créances à titre de garantie pour obtenir des crédits, est absolument essentiel. Ce type de garantie de nantissement négative se retrouve généralement dans certaines transactions exceptionnelles telles que des accords de subordination par lesquels les ayants droit de mêmes créances règlent les conflits de priorité.

13. L'alinéa *c* fait porter sur le cédant le risque d'exceptions ou de droit à compensation cachés opposables par le débiteur, qui pourraient faire échouer en totalité ou en partie la demande du cessionnaire. Cette disposition part du principe qu'en exécutant correctement son contrat conclu avec le débiteur le cédant pourra empêcher que de telles exceptions soient opposées. Dans le contexte de la vente de marchandises, en particulier, qui inclut des éléments de service et d'entretien, une telle démarche rendrait le cédant davantage responsable de la bonne exécution de son contrat avec le débiteur. Cette disposition part également de l'hypothèse que, dans tous les cas, le cédant sera mieux placé pour savoir si oui ou non le contrat sera correctement exécuté, même s'il n'est que le vendeur de marchandises fabriquées par un tiers. Dans aucun de ces cas il n'est nécessaire que le cédant ait réellement connaissance de l'existence d'exceptions.

14. L'alinéa *c* a un champ d'application étendu qui englobe les exceptions et droit à compensation, qu'ils aient une origine contractuelle ou non contractuelle et qu'ils aient trait à des créances existantes ou futures. Il couvre également le droit à compensation découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial. S'agissant des garanties relatives à l'absence d'exceptions opposables à des créances futures cédées par ensembles à titre de garantie, le Groupe de travail a estimé que la garantie introduite à l'alinéa *c* reflétait correctement la pratique actuelle. Selon cette pratique, dans les cessions d'ensembles de créances exemptes ou frappées d'exceptions, les cédants ne reçoivent normalement qu'un crédit correspondant au montant des créances non susceptibles de faire l'objet d'exceptions et doivent rembourser un montant plus élevé. En outre, en cas de non-paiement par le débiteur, le cédant doit reprendre les créances que le cessionnaire ne parvient pas à se faire payer par le débiteur et les remplacer par d'autres créances ou à rembourser le prix des créances impayées ("financement avec recours").

15. Les conséquences juridiques d'une violation de garanties par le cédant sont régies par la loi applicable en dehors du projet de Convention. Le Groupe de travail s'est penché, en particulier, sur la question de savoir si, en cas de violation de garanties par le cédant, les créances sont automatiquement retransférées vers le cédant ou si, dans ce cas, un acte de retransfert est nécessaire. L'importance pratique de cette question réside dans le fait que, si les créances que le cessionnaire n'est pas en mesure de se faire payer sont automatiquement retransférées et si le cédant est, dans l'entrefait, devenu insolvable, le cessionnaire a une meilleure chance de séparer le prix payé pour les créances du patrimoine de l'insolvabilité ou, du moins, de se faire payer sur le produit des créances avant les créanciers non garantis. Si, en revanche, un acte de transfert est nécessaire et si le cédant est devenu insolvable, le retransfert ne sera pas accepté par l'administrateur de l'insolvabilité. Le Groupe de travail a décidé de ne pas traiter les conséquences juridiques d'une violation de garanties, estimant que cette question représente une rupture du contrat de financement ou du contrat de cession (s'il s'agit d'un contrat différent) et devrait relever de la loi régissant ce contrat. Les raisons citées par le Groupe de travail à l'appui de cette démarche sont les suivantes: les questions relatives au contrat financier sous-jacent sortent du champ d'application du projet de Convention; et, dans tous les cas, il serait très difficile au Groupe de travail de parvenir à un accord sur des questions telles que la responsabilité en matière de violation de garanties.

16. Le paragraphe 2 reflète le principe généralement accepté selon lequel le cédant ne garantit pas la solvabilité du débiteur. En conséquence, le risque de défaillance du débiteur repose sur le cessionnaire, fait que le cessionnaire prend en compte lorsqu'il détermine s'il peut ou non accorder un crédit et à quelles conditions. Reconnaissant le droit qu'ont les parties à des transactions financières de convenir d'une répartition différente des risques, en vue de fixer différemment le prix de la transaction, le paragraphe 2 autorise le cédant et le cessionnaire à convenir autrement. Le paragraphe 2 dispose également qu'une telle convention peut être implicite ou explicite. La question de savoir ce qui constitue une convention implicite relève des règles d'interprétation prévues par la loi régissant le contrat.

Article 15. *Droit de notifier la cession au débiteur*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 89 à 94 et 119 à 122
A/CN.9/432, par. 159 à 164 et 175
A/CN.9/434, par. 162 à 165
A/CN.9/447, par. 41 à 47
A/CN.9/456, par. 131 à 144 et 193

### *Commentaire*

17. Le projet d'article 15 traite de la question de savoir qui, du cédant ou du cessionnaire, a le droit de notifier la cession au débiteur et d'envoyer des instructions de paiement. Il n'a pour objet de définir ni les conditions qu'une notification doit remplir pour produire des effets à l'encontre du débiteur, qui sont définies au projet d'article 18, ni la question de savoir qui le débiteur doit payer afin d'être dûment libéré, ce qui fait l'objet du projet d'article 19, ni enfin les autres conséquences juridiques de la notification, qui sont traitées dans les projets d'articles 20 et 22 (sur ces questions, voir le paragraphe 33).

18. Le projet d'article 15 a principalement pour objet de reconnaître au cessionnaire le droit de notifier la cession au débiteur et d'envoyer des instructions de paiement, sans la coopération ni l'autorisation du cédant. Le Groupe de travail a admis que, dans certaines pratiques, il est normal que le cédant informe le débiteur au moment où une cession s'effectue et lui envoie des instructions de paiement au cessionnaire (en cas d'affacturage, par exemple). Dans le même temps, cependant, le Groupe de travail était conscient du fait que, dans d'autres pratiques, il était important que le cessionnaire puisse notifier la cession au débiteur indépendamment du cédant, qu'il y ait défaillance ou non. Il a été largement estimé que, par principe, le cessionnaire, en sa qualité de nouveau créancier, devrait avoir, vis-à-vis du cédant, le droit de notifier la cession au débiteur et d'envoyer des instructions de paiement. Il a été jugé que la protection du débiteur contre le risque de se voir notifier une cession et de se voir demander de payer une personne potentiellement inconnue était une question différente qui pourrait être résolue en autorisant le débiteur, en cas de notification adressée par le cessionnaire, à demander des preuves suffisantes (voir par. 47).

19. Il a été jugé important, sur le plan pratique, d'accorder au cessionnaire le droit autonome de notifier la cession au débiteur, en particulier dans la mesure où le cédant pourrait ne pas souhaiter ou, en cas d'insolvabilité, ne pas pouvoir coopérer avec le cessionnaire. De surcroît, il a été estimé que, du moins dans les systèmes juridiques où la priorité est déterminée par la date de notification au débiteur, le cédant, agissant d'intelligence avec un ayant droit à l'encontre d'un autre ayant droit, pourrait déterminer l'ordre de priorité, à moins que chaque ayant droit ne soit autorisé à notifier la cession au débiteur indépendamment du cédant. Le Groupe de travail a confirmé que le cédant peut toujours notifier la cession au débiteur indépendamment de tout cessionnaire, même si cette notification violait une convention entre le cédant et le cessionnaire. De

l'avis général, le débiteur devrait pouvoir s'acquitter de son obligation de la façon indiquée par le cédant dans la notification et ne devrait pas se préoccuper des arrangements privés existant entre le cédant et le cessionnaire (après notification de la cession, cependant, le débiteur se libère en payant le cessionnaire ou conformément aux instructions données par ce dernier; voir la modification que le secrétariat a proposé d'introduire au paragraphe 2 du projet d'article 19 dans A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 8 relative au projet d'article 19).

20. Afin de tenir compte des pratiques de non-notification, la notification est formulée, au paragraphe 1, comme un droit et non comme une obligation. Dans ces pratiques, le débiteur ne reçoit normalement pas notification de la cession, et le cédant reçoit le paiement au nom du cessionnaire. Le projet d'article 15 a également pour objet de reconnaître des pratiques dans lesquelles le débiteur continue de payer comme avant la cession, tandis que le cédant et le cessionnaire s'entendent sur le contrôle du compte ou de l'adresse (boîte postale, par exemple) sur lequel ou à laquelle le paiement s'effectue. Dans ces pratiques, afin d'éviter au débiteur tout inconvénient qui pourrait résulter d'une interruption du flux normal des paiements, le débiteur n'est soit pas notifié du tout, soit notifié et prié de continuer de payer le cédant (cette notification a normalement pour objet d'empêcher le débiteur d'acquérir, après notification, un droit à compensation découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial). Il n'y a que dans des situations exceptionnelles (par exemple, en cas de défaillance) que la créance est notifiée au débiteur, qui reçoit alors différentes instructions de paiement (payer le cessionnaire ou une autre personne ou sur un compte différent ou à une adresse différente).

21. Si le projet d'article 15 accorde au cessionnaire le droit autonome de notifier la cession au débiteur et d'envoyer des instructions de paiement, il reconnaît également au cédant et au cessionnaire le droit de négocier et de s'entendre sur la question de la notification au débiteur de façon à répondre à leurs besoins particuliers. Le cédant et le cessionnaire, par exemple, peuvent convenir qu'aucune notification ne sera envoyée au débiteur aussi longtemps que le flux des paiements ne sera pas interrompu (par exemple, dans l'escompte de factures non divulgué). Pour s'assurer qu'il n'y ait pas besoin de convention spécifique, les mots d'ouverture du paragraphe 1 sont formulés de façon négative ("Sauf convention contraire").

22. La définition de la "notification" figurant au projet d'article 5 ne comprend aucune référence à l'identification du bénéficiaire, et le projet d'article 15 fait référence, de façon distincte, à la notification et à la demande de paiement. Cette approche est destinée à faire valoir la différence, tant dans l'objet que dans le temps, entre une notification et une instruction de paiement, et à valider des pratiques dans lesquelles une notification est envoyée sans aucune instruction de paiement. En vertu de cette approche, la simple notification d'une cession suffit pour abolir le droit à compensation du débiteur découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial, et pour changer la façon dont le cédant et le débiteur peuvent modifier le contrat initial. Cependant, pour éviter de compliquer la libération du débiteur, le Groupe de travail a décidé de ne pas définir l'expression "instruction de paiement", ni de fonder la libération du débiteur sur la réception d'une instruction de paiement. En vertu du paragraphe 1, une instruction de paiement peut être envoyée soit par le cédant avec la notification, soit, subséquemment à une notification, par le cessionnaire. Le paragraphe 1, à la différence du projet d'article 19, renvoie au moment où la notification est "envoyée" (et non "reçue"), car ni le cédant ni le cessionnaire n'ont le moyen de déterminer le moment de réception. Cette question peut être importante pour la libération du débiteur, traitée au projet d'article 19, mais non pour ce qui est de savoir qui, du cédant ou du cessionnaire, a le droit d'envoyer une instruction de paiement.

23. Le paragraphe 2 traite de la production d'effets d'une notification envoyée en violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire. La règle, introduite dans la première phrase du paragraphe 2, est que, si une notification est envoyée en violation d'une telle convention et que le débiteur paie, le débiteur est libéré (comme il s'agit là d'une question de libération du débiteur, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de déplacer la première phrase du paragraphe 2 au projet d'article 19; voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 15). Le fait de savoir si la personne violant cette convention est responsable d'une rupture de contrat en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention est une autre question et ne devrait pas remettre en cause la libération du débiteur, qui n'est pas partie à cette convention. En aucun cas, cependant, une notification envoyée en violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire n'abolit tout droit à compensation du débiteur découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial (projet d'article 20), ne change la façon dont le cédant et le débiteur peuvent modifier le contrat initial (projet d'article 22), ou ne constitue une base pour déterminer la priorité en vertu de la loi applicable aux questions de priorité (projets d'articles 24 à 26). Le Groupe de travail a estimé que de tels résultats conféreraient un avantage indu au cessionnaire qui notifierait de façon abusive la cession au débiteur. La formulation négative du paragraphe 2 ("n'invalide pas") a pour objet de s'assurer que la simple violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire, d'une part, n'invalide pas la notification aux fins de la libération du débiteur, mais surtout, d'autre part, qu'elle ne porte pas atteinte au droit contractuel quant aux conditions exigées pour qu'une telle convention soit effective.

### Article 16. *Droit du cessionnaire à recevoir paiement*

*Références:*

A/CN.9/447, par. 48 à 68
A/CN.9/456, par. 145 à 159

#### *Commentaire*

24. Les projets d'articles 2, 8 et 15 établissent, entre le cédant et le cessionnaire, le droit du cessionnaire à demander paiement. Il est, par conséquent, soumis au principe général de l'autonomie des parties consacré au projet d'article 6 et est formulé comme une règle par défaut applica-

ble en l'absence de convention entre le cédant et le cessionnaire. Il est également soumis aux dispositions relatives à la protection du débiteur et à la priorité du projet de Convention. Le projet d'article 16 ne définit pas le produit, mais est formulé de manière générale de façon à englober à la fois le produit de créances et le produit de produits, ainsi que le paiement tant en espèces qu'en nature, par exemple sous la forme de marchandises retournées (pour une proposition de définition du "produit" et de référence au "paiement ou autre forme de libération", voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 1 relative au projet d'article 16).

25. Le droit du cessionnaire sur le produit est indépendant de toute notification de la cession. Cette démarche se justifie par la nécessité de s'assurer que, si un paiement est effectué en faveur du cessionnaire avant la notification, le cessionnaire puisse conserver le produit du paiement et que, si un paiement est effectué en faveur du cédant après la notification (ce qui ne libère pas le débiteur), le cessionnaire ait un droit sur ces paiements. Ce droit revêt une importance particulière si le cédant ou le débiteur deviennent insolvables. Si le paiement est effectué en faveur du cédant après la notification, le cessionnaire est en principe fondé, en vertu de l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 16, à se faire payer par le cédant ou, en vertu du paragraphe 2 du projet d'article 19, par le débiteur. Dans la pratique, cependant, le cessionnaire ne réclamerait pas un second paiement du débiteur, à moins que le cédant ne soit devenu insolvable. Dans ce cas, toute demande de paiement que le débiteur pourrait former contre le patrimoine du cédant insolvable (par exemple, sur la base du principe d'enrichissement sans cause) serait normalement insignifiante, puisqu'il est improbable que des ayants droit formant des demandes personnelles puissent obtenir paiement. Cependant, ce résultat est approprié dans la mesure où le débiteur, qui paie le cédant après la notification, prend le risque d'avoir à payer deux fois.

26. Le projet d'article 16 couvre les situations dans lesquelles un paiement a été effectué en faveur du cessionnaire, du cédant ou d'une autre personne. Dans ce dernier cas, le droit du cessionnaire est soumis à priorité. Dans ce contexte, le Groupe de travail a décidé de s'abstenir de toute référence générale à un quelconque "droit supérieur en vertu de la loi applicable", qui engloberait le droit d'une institution dépositaire sur les paiements reçus de bonne foi. Le Groupe de travail a estimé que le cessionnaire ne devrait pas pouvoir réclamer à l'institution dépositaire de tels paiements reçus de bonne foi et en copropriété avec d'autres biens (pour une proposition tendant à préciser, au paragraphe 2, que le droit à demander paiement d'un tiers est un droit entre le cédant et le cessionnaire soumis à l'autonomie des parties, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 2 relative au projet d'article 16).

27. En vertu du paragraphe 2, le cessionnaire peut réclamer l'intégralité du produit du paiement, mais ne peut conserver qu'un montant égal au montant dû augmenté de tout intérêt éventuel (il faudra peut-être traiter explicitement du droit du cédant sur les intérêts; voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 3 relative au projet d'article 16). Cette démarche a pour objet de tenir compte de la pratique normale, dans les cessions effectuées à titre de garantie, selon laquelle le cessionnaire peut être fondé à recouvrer l'intégralité de la créance, mais doit rendre compte et rendre au cédant ou à ses créanciers tout solde restant après paiement de la somme due au cessionnaire. Le Groupe de travail souhaitera peut-être réexaminer la question de savoir si l'expression "valeur de son droit" reflète correctement l'intention du paragraphe 2.

28. S'agissant de l'interaction entre les projets d'articles 12 et 16, on notera que le débiteur souverain pourrait s'acquitter de sa dette en payant le cédant, le cessionnaire étant fondé à réclamer le produit du paiement auprès du cédant. La question de savoir si ce droit est un droit *in rem* ou *ad personam* relève de la loi régissant la priorité.

## Section II. Débiteur

### Article 17. *Principe de la protection du débiteur*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 101
A/CN.9/432, par. 33 à 38, 89 à 90, 206 et 244
A/CN.9/434, par. 86 à 95
A/CN.9/445, par. 195 à 198
A/CN.9/456, par. 21, 81 et 168 à 176

#### *Commentaire*

29. L'objectif premier de toute loi relative à la cession peut être d'établir un équilibre approprié entre la nécessité, d'une part, de permettre aux parties de mobiliser leurs créances afin d'obtenir des crédits et des services et, d'autre part, de faire en sorte que la situation juridique du débiteur ne s'en trouve pas affectée. Pour faire ressortir à quel point il est important de protéger le débiteur de manière évidente, le Groupe de travail a décidé d'en faire mention dans le préambule et d'énoncer ce principe d'une importance fondamentale pour le projet de Convention dans le projet d'article 17. Le principe de la protection du débiteur est appliqué de façon plus spécifique dans les dispositions de la section II du chapitre IV. C'est aussi la raison pour laquelle le paragraphe 2 du projet d'article premier dispose que, pour que s'appliquent les dispositions du projet de Convention ayant des incidences sur les droits et obligations du débiteur (c'est-à-dire le chapitre III et la section II du chapitre IV), il faut que ce dernier soit situé dans un État contractant. C'est en vertu de ce même principe que le droit du cédant et du cessionnaire de ne pas appliquer l'intégralité du projet de Convention est limité (projet d'article 6). En effet, une telle option négative pourrait neutraliser le système de protection du débiteur prévu par le projet de Convention. La nécessité d'accorder une protection particulière aux débiteurs souverains est aussi à la base du projet d'article 12. Le projet d'article 28, qui soumet un certain nombre de questions relatives au débiteur à la loi qui régit la créance constitue également une application particulière du principe général consacré dans le projet d'article 17. Cette loi sera celle qui régit le contrat initial et sera probablement celle qui a été choisie par le cédant et le débiteur au moment où ils auront contracté leurs obligations initiales.

30. La règle fondamentale du paragraphe 1 est que le projet de Convention ne vise pas à porter atteinte aux droits et obligations du débiteur. Il n'a pas pour objet, en particulier, de modifier les conditions de paiement stipulées dans le contrat initial (par exemple, le montant dû, le moment et le lieu du paiement). Cette règle fondamentale admet trois exceptions. Premièrement, le débiteur peut négocier avec le cédant ou le cessionnaire et accepter de renoncer à ses exceptions ou droit à compensation. Une telle convention peut lui permettre d'obtenir un avantage, tel qu'un crédit plus élevé, un délai de remboursement plus long ou un taux d'intérêt plus bas. Le projet d'article 21 porte sur une telle convention entre le cédant et le débiteur et prévoit certaines limitations. En revanche, il ne porte pas sur les clauses de non-recours convenues entre le cessionnaire et le débiteur, qui doivent être régies par une autre loi. La question de savoir si une clause de non-recours doit être interprétée comme un consentement ou une confirmation du consentement du débiteur à la cession doit également être tranchée par une autre loi (voir par. 56).

31. La deuxième exception figure dans les dispositions du projet de Convention qui influent effectivement sur la situation juridique du débiteur. Ces dispositions sont les suivantes: projet d'article 10 (une cession prend effet nonobstant toute clause de non-cession); projet d'article 19 (après notification, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou à une instruction de paiement ultérieure donnée par le cessionnaire); paragraphe 2 du projet d'article 20 (après notification, le débiteur ne peut opposer au cessionnaire aucun droit à compensation découlant de contrats qui n'ont pas de lien avec le contrat initial); paragraphe 3 du projet d'article 20 (le débiteur ne peut invoquer contre le cessionnaire aucun droit pour violation par le cédant d'une clause de non-cession); projet d'article 22 (après notification, le droit du débiteur de modifier le contrat initial sans le consentement du cessionnaire est limité); et projet d'article 23 (le débiteur ne peut pas, en cas de non-exécution du contrat par le cédant, recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée; il devra la recouvrer auprès du cédant et supporter par conséquent le risque d'insolvabilité du cocontractant).

32. La troisième exception à la règle établie au paragraphe 1 figure au paragraphe 2. En vertu de ce paragraphe, une instruction de paiement, qu'elle soit donnée avec la notification ou ultérieurement, peut être modifiée en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le paiement doit être effectué. Toutefois, une instruction de paiement ne peut pas modifier la monnaie de paiement. Elle ne peut pas non plus modifier le pays où le paiement doit être fait, sauf si la modification est à l'avantage du débiteur et permet que le paiement soit effectué dans le pays où le débiteur est situé. Une telle modification du pays de paiement est souvent permise dans les contrats d'affacturage afin de faciliter le paiement par les débiteurs.

### Article 18. *Notification de la cession au débiteur*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 124 et 125
A/CN.9/432, par. 176 et 177, et 187
A/CN.9/434, par. 172 à 175
A/CN.9/447, par. 45 à 47, 158 et 159
A/CN.9/455, par. 59 à 66
A/CN.9/456, par. 177 à 180

#### *Commentaire*

33. Comme il a été mentionné au paragraphe 17, le projet de Convention traite des divers aspects de la notification de la cession dans plusieurs articles. Ainsi, l'alinéa *f* du projet d'article 5 définit la notification aux fins du projet de Convention. Le projet d'article 15 porte sur la notification en tant que droit du cédant et du cessionnaire. Le projet d'article 18 traite des questions relatives à la notification qui ont trait à la situation juridique du débiteur en général. Il fait aussi référence à une instruction de paiement qui, sans être définie dans le projet de Convention, est décrite de manière générale au paragraphe 2 du projet d'article 17. Les projets d'articles 19, 20 et 22 traitent des conséquences juridiques de la notification.

34. L'objectif premier du projet d'article 18 est de rappeler la "règle de la réception", à savoir le fait qu'une notification et une instruction de paiement ont effet lorsqu'elles sont reçues par le débiteur. La principale raison de l'adoption de cette règle par le Groupe de travail est qu'une notification, qu'elle soit ou non accompagnée d'une instruction de paiement, a des conséquences importantes pour la situation juridique du débiteur (elle change la manière dont le débiteur peut s'acquitter de sa dette, elle supprime le droit à compensation découlant des contrats qui n'ont pas de lien avec le contrat initial et elle modifie la manière dont le débiteur peut changer le contrat initial par convention avec le cédant). De telles conséquences peuvent se produire uniquement lorsqu'une notification ou une instruction de paiement est formulée dans un langage "dont il est raisonnable de penser qu'il permet au débiteur d'en comprendre le contenu". Par exemple, lorsque la notification se présente sous forme électronique et n'est pas immédiatement lisible, le débiteur devrait être en mesure de la décoder facilement. Pour éviter de créer des incertitudes, le paragraphe 1 prévoit une règle "refuge", selon laquelle le langage du contrat initial est conforme à la norme requise.

35. À réception d'une notification, si le débiteur n'est pas disposé à accepter un changement pouvant découler d'une cession, il peut, sachant qu'il ne pourra obtenir un droit à compensation supplémentaire, refuser toute nouvelle relation contractuelle avec le cédant. Dans des cas exceptionnels, où la cession constitue une contravention essentielle à une convention de non-cession, le débiteur peut même être en mesure de résoudre le contrat initial. Toutefois, une solution aussi radicale ne devrait être envisagée que lorsqu'une cession entraîne pour le débiteur des difficultés extrêmes. Sinon, le risque de résolution du contrat pourrait en soi avoir un impact négatif sur le coût et la disponibilité du crédit (voir par. 50; voir également le document A/CN.9/WG.II/WP.105, par. 86). Pour éviter d'en arriver là, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de préciser, au projet d'article 10, que tout recours dont dispose le débiteur à l'encontre du cédant pour violation d'une clause

de non-cession sera limité à un droit à dommages-intérêts compensatoires (ou bien que le débiteur ne sera pas autorisé à résoudre le contrat initial au seul motif que le cédant a violé une clause de non-cession). On pourrait de toute façon parvenir à ce résultat dans la mesure où les projets d'articles 10, 20-3 et 22 pourraient être interprétés comme excluant une telle solution aussi radicale, tout au moins après notification de la cession. Autoriser le débiteur à résoudre le contrat au seul motif qu'il y a eu violation d'une clause de non-cession irait à l'encontre du principe selon lequel la cession a effet même si elle est effectuée en violation d'une clause de non-cession et du principe selon lequel, dans un tel cas, le débiteur ne peut invoquer contre le cessionnaire aucun des droits qu'il pourrait opposer au cédant pour contravention au contrat. En outre, si l'on n'autorise pas le minimum, c'est-à-dire une modification du contrat initial, après notification au débiteur sans le consentement du cessionnaire, on ne saurait autoriser le maximum, à savoir l'annulation du contrat.

36. En vertu du paragraphe 2, une notification peut porter sur des créances futures. Cette règle est d'une importance fondamentale. Si une notification ou une instruction de paiement relative à des créances futures ne pouvait être effectivement donnée, le débiteur pourrait refuser de payer le cessionnaire malgré une notification ou une instruction de paiement. En outre, si la loi applicable aux questions de priorité en vertu des projets d'articles 24 à 26 règle les conflits de priorité sur la base du moment de la notification, les cessionnaires ne seront pas en mesure d'adresser effectivement une notification au débiteur et d'établir ainsi la priorité concernant les créances futures (voir par. 78). Un tel résultat irait virtuellement à l'encontre de la disponibilité du crédit sur la base de créances futures.

37. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si, pour protéger le cédant contre le risque de perdre toutes ses créances, l'effectivité d'une notification relative à des créances futures devrait être limitée à une période de temps fixe qui pourrait être éventuellement prolongée par une deuxième notification. Il a décidé de ne pas prévoir une telle limitation. Il a été estimé que de telles restrictions devraient être traitées dans le contrat de financement, domaine sur lequel le projet de Convention devrait éviter d'empiéter. Il a aussi été considéré que tout délai fixe serait arbitraire et perturberait les pratiques commerciales fondées sur des relations à long terme. En particulier, dans les contrats à long terme, l'exigence du renouvellement d'une notification à l'expiration d'un délai donné pourrait être trop lourde à la fois pour le cessionnaire et pour le débiteur. Le cessionnaire aurait des difficultés à établir la date de réception de la notification par le débiteur, date à laquelle le délai fixé commencerait à courir. L'obligation pour le débiteur de vérifier la date à laquelle une notification a été reçue afin de déterminer s'il peut effectuer un paiement libératoire au cessionnaire serait trop lourde.

38. Le paragraphe 3 est l'une des dispositions les plus importantes du projet de Convention, en particulier pour les opérations internationales d'affacturage. Dans ce type d'opérations, le cédant cède normalement les créances à un cessionnaire se trouvant dans son propre pays, à savoir le facteur exportateur, et ce dernier les cède ensuite à un cessionnaire dans le pays du débiteur, à savoir le facteur importateur. Ce type d'arrangement facilite le recouvrement auprès du débiteur dans la mesure où le facteur importateur peut prendre toutes les mesures nécessaires pour que la deuxième cession à l'encontre du débiteur ait effet. Le bon fonctionnement de telles opérations est fondé sur le principe que la première cession a également effet à l'encontre du débiteur. Étant donné que le débiteur est normalement avisé uniquement de la deuxième cession, il est essentiel de veiller à ce que cette notification de la deuxième cession couvre également la première. Sinon, la première cession pourrait ne pas avoir effet à l'encontre du débiteur, ce qui pourrait avoir des répercussions sur l'effectivité de la deuxième cession également. Afin de traiter les cas dans lesquels il y a plus d'une cession subséquente, le paragraphe 3 prévoit qu'une notification couvre toute cession antérieure et pas seulement la dernière (pour ce qui de la question de la libération du débiteur en cas de notifications multiples relatives à des cessions subséquentes, voir le paragraphe 45).

### Article 19. *Paiement libératoire du débiteur*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 98 à 117, 127 à 131, 169 à 173 et 179
A/CN.9/432, par. 165 à 174 et 178 à 204
A/CN.9/434, par. 176 à 191
A/CN.9/447, par. 69 à 93 et 153 à 157
A/CN.9/455, par. 52 à 58
A/CN.9/456, par. 181 à 193

#### *Commentaire*

39. Le projet d'article 19 a un double objectif, à savoir offrir un mécanisme clair concernant le paiement libératoire du débiteur et garantir le paiement de la créance. Il n'a pas pour but de traiter la libération du débiteur en général ou l'obligation de paiement en tant que telle, puisque cette obligation est régie par le contrat initial et par la loi régissant ce contrat. La règle fondamentale est que, tant que le débiteur n'a pas reçu notification d'une cession, il peut effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial, mais, une fois qu'il a reçu notification, il ne peut le faire qu'en se conformant aux instructions données par le cédant, ou par le cessionnaire avec la notification ou ultérieurement. Le projet d'article 19 vise également un certain nombre de cas particuliers: cas où il y a plusieurs notifications; cas où le débiteur reçoit une notification du cessionnaire et n'est pas sûr que ce dernier soit le créancier légitime; cas où le paiement libératoire est régi par une loi applicable en dehors du projet de Convention; et cas où le paiement libératoire est effectué alors que la cession est nulle et non avenue.

40. En vertu du paragraphe 1, tant qu'il n'a pas reçu de notification de la cession, le débiteur est en droit mais non tenu d'effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial (c'est-à-dire en effectuant un paiement en faveur du cédant ou d'une autre personne ou à un compte ou une adresse indiqués dans le contrat initial). Étant donné que la cession a effet à compter de la conclusion du

contrat de cession, le débiteur, ayant connaissance de la cession, peut choisir d'effectuer un paiement libératoire au cessionnaire. Toutefois, en pareil cas, il prend le risque d'avoir à payer deux fois, s'il est prouvé ultérieurement qu'aucune cession n'a eu lieu. Le Groupe de travail a décidé de ne pas faire explicitement référence à la possibilité pour le débiteur de payer soit le cédant soit le cessionnaire afin d'éviter de porter préjudice à des pratiques telles que la titrisation, dans laquelle le débiteur est normalement censé continuer de payer le cédant (toutefois, ce n'est peut-être pas là la façon de résoudre le problème; pour la suggestion du secrétariat à cet égard, voir le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 1 relative au projet d'article 19). En parlant de paiement "conformément au contrat initial" plutôt que de paiement au cédant, on entend protéger le droit du cédant et du débiteur de convenir de tout type de paiement susceptible de répondre à leurs besoins (par exemple, paiement à un compte bancaire sans identification du détenteur du compte ou paiement à un tiers).

41. Le Groupe de travail a consacré beaucoup de temps à la question de savoir si la connaissance d'une cession devrait être considérée comme une notification et entraîner un changement dans la façon dont le débiteur peut s'acquitter de son obligation. On a fait valoir que ce serait aller à l'encontre de la bonne foi que d'autoriser le débiteur à effectuer un paiement libératoire au cédant, en particulier s'il était au courant de la cession, ou au cessionnaire, en particulier s'il savait que quelqu'un d'autre avait un droit supérieur. Le Groupe de travail a décidé que la connaissance d'une cession ne devrait pas avoir d'incidence sur la libération du débiteur. Il a été largement estimé qu'il était certes important de vouloir rendre la pratique commerciale conforme aux normes de la bonne volonté, mais qu'il ne fallait pas le faire au détriment de la certitude. Or la certitude se trouverait réduite si la connaissance d'une cession entraînait un changement dans la manière dont le débiteur pouvait s'acquitter de son obligation. Dans un tel cas, le cédant ou la personne ayant un droit supérieur, qui ne serait pas en possession des moyens de preuves voulus, devrait établir ce que le débiteur savait. Si c'était au débiteur qu'incombait la charge de la preuve, ce dernier ne serait pas en mesure d'obtenir une libération valable, sauf s'il pouvait établir qu'il n'avait pas connaissance de la cession. En pareil cas, il faudrait déterminer ce qu'on entend par connaissance (par exemple, une connaissance générale du fait qu'une cession a eu lieu, ou la connaissance des détails de la cession, tels que le montant exact des créances cédées et, en cas de cession à titre de garantie, des créances garanties). Ce processus serait particulièrement lourd en cas de cessions multiples contradictoires. La certitude nécessaire dans une règle de libération du débiteur s'en trouverait donc sérieusement compromise. Le Groupe de travail a aussi tenu compte du fait que dans certains cas (par exemple, dans la titrisation et l'escompte de factures non divulgué) il est courant, dans la pratique commerciale, que le débiteur continue de payer le cédant même s'il est au courant de la cession, puisque le cessionnaire n'a pas la structure commerciale voulue pour recevoir les paiements.

42. Le Groupe de travail a également examiné la question de savoir si la nullité (par exemple, pour fraude, coercition ou inaptitude) ou la connaissance de la nullité d'une cession devrait être prise en considération dans la libération du débiteur. Au début de ses travaux, il avait examiné une disposition selon laquelle le débiteur devait pouvoir exécuter son obligation même si une des cessions d'une série de cessions était nulle et non avenue (A/CN.9/WG.II/WP.96, projet d'article 27). On a estimé que le débiteur ne devrait pas être exposé au risque d'avoir à payer deux fois simplement parce que des parties qu'ils ne connaissaient pas avaient choisi d'effectuer des cessions subséquentes. Plus récemment, le Groupe de travail a déterminé que la question du paiement à une personne au profit de laquelle a été faite une cession nulle et non avenue ne se posait que dans ces cas exceptionnels et pouvait être régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention (c'est sur cette question qu'est axé le paragraphe 8 de l'article 19; pour les suggestions du secrétariat à cet égard, voir le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 6 à 8 relatives au projet d'article 19).

43. Contrairement au paragraphe 1, le paragraphe 2 ne laisse pas de choix au débiteur quant à la façon de s'acquitter de sa dette. Après notification, il peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou conformément aux instructions de celui-ci. La référence aux instructions de paiement vise à tenir compte des exigences de diverses pratiques. Le cessionnaire peut, par exemple, adresser une notification au débiteur de manière à geler le droit à compensation de ce dernier, sans demander paiement ou en demandant au débiteur de continuer à payer le cédant (c'est le cas, par exemple, dans l'escompte de factures non divulgué ou dans la titrisation). Le Groupe de travail souhaitera peut-être énoncer explicitement au paragraphe 2 ce qui est déjà énoncé au paragraphe 1 du projet d'article 15, à savoir que ces instructions peuvent être données par le cédant ou le cessionnaire en même temps que la notification ou uniquement par le cessionnaire après une notification (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 8 relative au projet d'article 19).

44. Les paragraphes 3 et 5 visent à fournir des règles simples et claires sur la libération en cas de notifications multiples. Le paragraphe 3 traite des cas où le débiteur reçoit plusieurs notifications relatives à plus d'une cession des mêmes créances par le même cédant, ce qui n'implique pas nécessairement une fraude. Il peut s'agir, par exemple, de plusieurs cessions de différentes parties des créances à titre de garantie, auquel cas la principale question est de savoir qui sera payé en premier (en d'autres termes qui a la priorité). Étant convenu que la cession ne devrait pas porter atteinte à la situation juridique du débiteur, le Groupe de travail a établi une distinction claire entre la question de la libération du débiteur et celle de la priorité. Ainsi, le paiement au titre du paragraphe 3, conformément à la première notification, libère le débiteur, même si la personne qui le reçoit n'a pas priorité. Il serait en effet injuste et incompatible avec la politique de protection du débiteur de demander à ce dernier de déterminer lequel des différents créanciers a la priorité et de le faire payer une seconde fois s'il effectue le paiement à la mauvaise personne. Le débiteur aurait très probablement un motif d'action en justice contre cette personne, mais il risquerait de ne pas pouvoir exercer ses droits si cette der-

nière devenait insolvable. Le risque d'insolvabilité du débiteur recevant un paiement devrait être supporté par les divers créanciers et non par le débiteur. Ces créanciers devraient déterminer les droits de chacun d'entre eux sur le produit du paiement conformément à la loi régissant la priorité en vertu du projet de Convention.

45. Le paragraphe 5 traite des notifications relatives à plus d'une cession subséquente. De tels cas sont rares dans la pratique, puisque, normalement, seul le dernier d'une série de cessionnaires adresse une notification au débiteur lui demandant paiement. En tout état de cause, pour éviter toute incertitude quant à la façon dont le débiteur peut s'acquitter de sa dette, le paragraphe 5 prévoit qu'il doit se conformer aux instructions figurant dans la notification de la dernière d'une série de cessions. Pour que cette règle s'applique, il faut que le débiteur puisse facilement déterminer que les notifications reçues se rapportent à des cessions subséquentes, faute de quoi c'est la règle énoncée au paragraphe 3 qui s'appliquerait, et le débiteur pourrait effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue. En tout état de cause, en vertu du paragraphe 6, le débiteur pourrait, en cas de doute, demander aux cessionnaires lui ayant adressé une notification de lui fournir une preuve adéquate (en ce qui concerne la suggestion du secrétariat selon laquelle, tant que le débiteur n'a pas obtenu la preuve demandée, il pourrait effectuer un paiement libératoire au cédant, voir le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 2 relative au projet d'article 19). Si le débiteur reçoit plusieurs notifications relatives à plusieurs cessions des mêmes créances par le même cédant et à des cessions subséquentes, en vertu de l'application combinée des paragraphes 3 et 5, il peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification de la dernière cession.

46. Le paragraphe 4 vise à garantir que le cessionnaire peut modifier ou corriger ses instructions de paiement. Que le débiteur reçoive une notification du cédant ou du cessionnaire, en cas d'envoi d'une nouvelle instruction de paiement concernant une même cession, il ne peut s'acquitter de sa dette qu'en se conformant à cette instruction. La seule condition est que, conformément à la politique qui est à la base du projet d'article 15-1, cette instruction de paiement, qui est donnée après la notification, émane du cessionnaire, seule personne habilitée à disposer des créances. Pour protéger le débiteur contre le risque d'avoir à payer deux fois, le paragraphe 4 prévoit expressément qu'il ne doit pas tenir compte d'une instruction de paiement reçue après le paiement.

47. En vertu du projet d'article 15, la notification peut être adressée par le cédant ou par le cessionnaire indépendamment du cédant. Par conséquent, le débiteur qui reçoit une notification de la cession d'une personne qu'il ne connaît pas nécessairement peut se demander si cette personne est un créancier légitime, à qui il peut effectuer un paiement libératoire. Afin de le protéger de toute incertitude concernant la façon de s'acquitter de sa dette dans ce type de situation, le paragraphe 6 lui donne le droit de demander au cessionnaire de donner une preuve appropriée de la cession dans un délai raisonnable. Le paragraphe 6 n'impose pas d'obligation au débiteur, car le fait de demander des preuves supplémentaires dans tous les cas retarderait inutilement le paiement et augmenterait le coût de la notification. C'est aux tribunaux judiciaires ou arbitraux qu'il incombe de déterminer ce qui constitue une preuve "appropriée" et un délai "raisonnable" en tenant compte des circonstances de l'espèce. Le Groupe de travail a estimé que la souplesse que donnent ces termes était nécessaire, car il a été impossible de trouver une règle qui soit adaptée à tous les cas de figure possibles. En outre, pour éviter toute incertitude que l'emploi de ces termes pourrait créer, il a décidé d'inclure une règle "refuge" en vertu de laquelle une confirmation écrite émanant du cédant constitue une preuve appropriée.

48. La notification n'entraîne pas automatiquement l'obligation de payer, qui demeure soumise au contrat initial et à la loi qui s'y applique. En d'autres termes, le débiteur n'a pas à payer à réception de la notification et ne doit pas verser d'intérêts pour retard de paiement pendant qu'il attend la preuve appropriée qu'il a demandée. Si, toutefois, la créance devient exigible pendant ce délai conformément au contrat initial, se pose alors la question de savoir si l'obligation de paiement est suspendue jusqu'à ce que le débiteur ait reçu la preuve demandée et dispose d'un délai raisonnable pour l'évaluer et agir en conséquence. Si l'obligation de paiement n'est pas suspendue, la protection que le paragraphe 6 accorde au débiteur peut se trouver réduite, dans la mesure où le débiteur qui retarde le paiement, même pour de bonnes raisons, aurait à payer des intérêts. Le Groupe de travail est parti du principe que l'obligation de paiement serait suspendue dans ces cas, mais a choisi de ne pas inclure au paragraphe 6 de libellé explicite, puisque cela n'était pas nécessaire pour obtenir le résultat recherché et puisque tout libellé supplémentaire pourrait indirectement empiéter sur la législation nationale relative aux intérêts. Il souhaitera peut-être reconsidérer cette approche. Toute incertitude sur cette question pourrait réduire l'utilité du paragraphe 6. Il pourrait être préférable d'énoncer explicitement que l'obligation de paiement est suspendue. Pour éviter une suspension qui pourrait désavantager à la fois le cédant et le cessionnaire, le Groupe de travail voudra peut-être prévoir que, si la créance devient exigible pendant que le débiteur attend la preuve du cessionnaire, le débiteur devra effectuer un paiement libératoire au cédant (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 2 relative au projet d'article 19).

49. Le paragraphe 7 vise à garantir que le projet d'article 19 n'exclut pas d'autres moyens de libération du débiteur pouvant exister dans la loi nationale applicable en dehors du projet de Convention. Mais on peut aussi aboutir involontairement à une situation dans laquelle un débiteur, ne tenant pas compte d'une notification adressée en vertu du projet de Convention (par exemple, parce qu'elle porte sur des créances futures, ce qui peut ne pas être autorisé en vertu d'une autre loi), effectue le paiement à une autre personne, conformément à une autre loi. C'est pourquoi le Groupe de travail pourrait souhaiter envisager de valider le paiement au titre d'une autre loi uniquement s'il est effectué en faveur d'un cessionnaire légitime en vertu du projet de Convention, et de limiter la consignation auprès d'un organisme public (tribunal ou autre) aux

cas de notifications multiples (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 5 relatives au projet d'article 19) et, éventuellement, de notification par le cessionnaire. S'il adopte une telle approche, le paragraphe 8 pourrait ne pas être nécessaire puisque, si le débiteur, ayant reçu une notification du cessionnaire, n'est pas certain de la validité de la cession, il peut se libérer par une consignation.

### Article 20. *Exceptions et droit à compensation du débiteur*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 66 à 68 et 132 à 135
A/CN.9/432, par. 205 à 209
A/CN.9/434, par. 194 à 197
A/CN.9/447, par. 94 à 102
A/CN.9/456, par. 194 à 199

#### *Commentaire*

50. Le projet d'article 20 représente une autre application particulière du principe général selon lequel la cession ne doit pas porter atteinte à la situation juridique du débiteur. Ce dernier peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions et le droit à compensation qu'il pourrait invoquer à l'encontre du cédant. Le projet de Convention, cependant, ne précise pas ce que sont ces exceptions et ce droit à compensation, question qui devra être régie par une autre loi.

51. En vertu du paragraphe 1, le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes exceptions découlant du contrat initial, sans aucune limite, à savoir: les droits contractuels qui, dans certains systèmes juridiques, peuvent ne pas être considérés comme des "exceptions"; les droits à résolution du contrat, par exemple pour erreur, fraude ou coercition; l'exemption de responsabilité pour non-exécution, par exemple en raison d'un empêchement imprévu; et les demandes reconventionnelles au titre du contrat initial. Ces exceptions et ce droit à compensation peuvent être invoqués, qu'ils soient opposables au moment de la notification de la cession ou qu'ils le deviennent uniquement après cette dernière. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si le droit à compensation découlant des contrats entre le cédant et le débiteur, qui sont étroitement liés au contrat initial (par exemple, un accord de maintenance ou autre accord de service associé au contrat de vente initial), devrait être traité de la même façon que le droit à compensation découlant du contrat initial.

52. Le paragraphe 2 prévoit un délai pour le droit à compensation découlant de toute source autre que le contrat initial, c'est-à-dire un contrat séparé entre le cédant et le débiteur, une règle de droit (par exemple, une règle extracontractuelle) ou une décision judiciaire ou autre. Un tel droit ne peut pas être invoqué à l'encontre du cessionnaire s'il devient opposable après la notification de la cession. Le principe qui sous-tend cette règle est que les droits d'un cessionnaire diligent qui adresse une notification au débiteur ne devraient pas être subordonnés au droit à compensation découlant à tout moment de transactions séparées entre le cédant et le cessionnaire ou d'autres événements dont on peut raisonnablement s'attendre que le cessionnaire soit informé. D'un autre côté, il n'est pas porté indûment atteinte aux intérêts du débiteur, puisque, si le fait que ce dernier ne peut accumuler des droits à compensation constitue pour lui une difficulté inacceptable, il peut éviter d'effectuer de nouvelles transactions avec le cédant (en ce qui concerne la question de savoir si le débiteur peut résoudre le contrat initial, voir le paragraphe 35). Compte tenu du principe énoncé au paragraphe 2, le droit à compensation découlant de contrats séparés entre le débiteur et le cessionnaire n'est pas affecté. Ce droit peut être opposé au cessionnaire même après notification de la cession, tout comme le droit à compensation découlant du contrat initial. Il convient aussi de noter qu'une notification, qu'elle contienne ou non une instruction de paiement, entraîne le gel du droit à compensation du débiteur. Cette approche vise à tenir compte des pratiques dans lesquelles une simple notification est adressée afin d'empêcher précisément que le débiteur n'acquière un droit à compensation en raison d'actes ou d'omissions du cédant qui échappent au contrôle du cessionnaire, alors que le débiteur est censé continuer de payer le cédant. Du fait du projet d'article 12, en vertu duquel une cession effectuée en dépit d'une clause de non-cession n'a pas d'incidences sur les débiteurs souverains, le projet d'article 20 ne porterait pas atteinte à leurs droits.

53. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à préciser le sens des termes "peuvent être invoqués" en énonçant qu'une exception ou un droit à compensation ne peuvent être exclus si, au moment de la notification, il sont "effectifs et vérifiés". Cette proposition n'a pas été adoptée, car elle entraînerait une limitation inappropriée du droit à compensation que peut invoquer le débiteur à celui qui est quantifié au moment de la notification. Afin d'éviter de laisser cette question totalement en suspens, le Groupe de travail a également examiné diverses suggestions concernant la loi applicable au droit à compensation. Référence a été faite à la loi qui régit la créance et à la loi du lieu où est situé le cédant. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de faire référence, tout au moins en ce qui concerne le droit contractuel à compensation, à la loi qui régit le contrat d'où découle le droit à compensation (voir le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 1 et 2 relatives au projet d'article 28).

54. Le paragraphe 3 a pour objet de garantir que le débiteur ne peut pas invoquer à l'encontre du cessionnaire, à titre d'exception ou de compensation, la violation d'une clause de non-cession par le cédant. Le débiteur peut avoir un motif d'action en justice contre le cédant si, en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention, la cession constitue une contravention au contrat qui entraîne pour lui une perte. Toutefois, la simple existence d'une clause de non-cession ne constitue pas une violation de la garantie énoncée au paragraphe 1 *a* de l'article 14. En l'absence d'une disposition allant dans le sens du paragraphe 3, le projet d'article 10-3, selon lequel le cessionnaire n'est pas responsable d'une contravention au contrat par le cédant, pourrait être privé de toute signification.

Article 21. *Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droit à compensation*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 136 à 144
A/CN.9/432, par. 218 à 238
A/CN.9/434, par. 205 à 212
A/CN.9/447, par. 103 à 121
A/CN.9/456, par. 200 à 204

### *Commentaire*

55. Afin d'obtenir à moindre coût un prix plus élevé pour leurs créances, les cédants garantissent généralement aux cessionnaires l'absence d'exceptions et de droit à compensation opposables par le débiteur. Compte tenu de cette pratique, l'alinéa *c* du paragraphe 1 du projet d'article 14 dispose qu'une telle garantie existe même en l'absence d'une convention à cet égard entre les parties. Dans la pratique, si de telles garanties ne peuvent être données et si les créances sont susceptibles de faire l'objet d'exceptions, ces créances sont soit refusées par les cessionnaires, soit acceptées à un prix considérablement réduit ou ne sont acceptées qu'à titre de recours (c'est-à-dire que si le cessionnaire ne peut pas se faire payer par les débiteurs, il a le droit de retourner les créances et de recouvrer les sommes dues auprès du cédant). Afin d'éviter ces effets néfastes, les cédants, dans la pratique, négocient avec les débiteurs une renonciation aux exceptions et au droit à compensation que les débiteurs pourraient opposer à tout futur cessionnaire. En fonction de cette renonciation, les cessionnaires déterminent les conditions du crédit offert aux cédants, conditions qui influent à leur tour sur celles proposées par les cédants aux débiteurs.

56. Pour permettre aux cédants d'obtenir un crédit à coût réduit, le projet d'article 21 valide cette renonciation aux exceptions et au droit à compensation. En outre, pour lever toute incertitude quant aux conséquences juridiques d'une renonciation et pour éviter qu'un tribunal ne l'annule comme étant inéquitable pour le débiteur, le paragraphe 1 énonce ce qui peut sembler évident dans certains systèmes juridiques, à savoir qu'une renonciation empêche le débiteur d'opposer au cessionnaire des exceptions et un droit à compensation. Compte tenu du fait que, dans la pratique, une renonciation peut être convenue au moment de la conclusion du contrat initial ainsi qu'à une date antérieure ou postérieure, le paragraphe 1 ne fait pas spécifiquement référence au moment auquel une renonciation peut être convenue. Le paragraphe 1 ne dit pas non plus explicitement que l'acceptation d'une cession par le débiteur constitue une renonciation ou la confirmation d'une renonciation. Cette question relève des autres lois applicables. Le paragraphe 1 n'exige pas non plus que les exceptions soient connues du débiteur ou qu'elles soient explicitement énoncées dans la convention de renonciation. Le Groupe de travail a estimé qu'une telle exigence introduirait un élément d'incertitude dans la mesure où le cessionnaire devrait établir ce que le débiteur savait ou aurait pu savoir dans chaque cas particulier.

57. Bien qu'ayant pour objet de faciliter l'accès à un crédit à coût réduit, ce qui est dans l'intérêt du commerce en général, le projet d'article 21 n'en néglige pas pour autant la protection du débiteur. Afin de protéger les débiteurs contre toute pression excessive qu'exerceraient des créanciers pour les faire renoncer à leurs exceptions, le paragraphe 2 introduit des restrictions raisonnables concernant ces renonciations. Ces restrictions ont trait à la forme que peuvent prendre ces renonciations, à certains types de débiteurs et à certains types d'exceptions. Compte tenu du fait que le paragraphe 1 ne s'applique qu'aux renonciations convenues par le cédant et le débiteur, les restrictions contenues au paragraphe 2 ne s'appliquent pas aux renonciations convenues par le débiteur et le cessionnaire. Le Groupe de travail a estimé que le projet de Convention ne devrait pas limiter la capacité qu'a le débiteur de négocier avec le cessionnaire afin d'obtenir un avantage tel qu'une réduction du taux d'intérêt ou un allongement de la période de paiement. Dans le même temps, le Groupe de travail a également estimé, vu que les conventions entre cessionnaires et débiteurs sortent du champ d'application du projet de Convention, que le projet de Convention ne devrait pas habiliter le débiteur à négocier des renonciations avec les cessionnaires si, en vertu de la loi applicable, le débiteur n'avait pas ce pouvoir.

58. Le paragraphe 1 introduit d'autres restrictions. Une renonciation ne peut être un acte unilatéral ou une convention orale; elle doit prendre la forme d'une convention écrite signée de façon à garantir que les deux parties sont bien informées du fait de la renonciation et de ses conséquences, y compris les avantages offerts en retour au débiteur, et à faciliter la production de preuves. En outre, une renonciation ne peut déroger à la loi sur la protection des consommateurs prévalant dans le pays dans lequel le débiteur est situé (ce qui, dans le présent contexte, doit s'entendre comme étant son lieu d'activité). Afin d'éviter toute divergence terminologique ou autre existant entre les différents systèmes juridiques, le paragraphe 1 se réfère aux débiteurs dans des transactions "à des fins principalement personnelles, familiales ou domestiques". Cette référence est assortie du qualificatif "principalement", de façon que la restriction ne s'applique qu'aux transactions à des fins exclusives de consommation (c'est-à-dire aux transactions entre consommateurs), et non aux transactions à des fins à la fois de consommation et commerciales (c'est-à-dire aux transactions entre un consommateur et une entité commerciale). Le Groupe de travail pourra souhaiter reconsidérer cette démarche. Il semblerait cohérent avec le but de protéger les débiteurs consommateurs d'appliquer cette disposition à une transaction visant des fins de consommation à l'égard d'une partie et des fins commerciales du point de vue de l'autre (il en irait de même dans le contexte du projet d'article 23, mais non dans celui du projet d'article 4; voir par. 70 et A/CN.9/WG.II/WP.105, par. 43).

59. De surcroît, aux termes du paragraphe 2, une renonciation ne peut porter sur des exceptions découlant d'actes frauduleux commis par le cessionnaire. Un tel résultat irait à l'encontre des normes fondamentales de bonne foi. Afin de protéger un cessionnaire qui accepte une cession de bonne foi, le Groupe de travail a décidé de ne pas appliquer la même restriction aux exceptions découlant d'actes

frauduleux commis par le cédant. Si le débiteur ne pouvait renoncer à ces exceptions, le cessionnaire devrait s'assurer qu'aucun acte frauduleux n'a été commis par le cédant dans le contexte du contrat initial. La restriction énoncée au paragraphe 2, cependant, s'applique non seulement aux exceptions relatives à un acte frauduleux du cessionnaire seul, mais aussi aux exceptions relatives à un acte frauduleux du cessionnaire agissant en collusion avec le cédant. Dans ce contexte, le Groupe de travail a envisagé d'autres exceptions auxquelles on ne pourrait renoncer. Pour tenir compte de certaines transactions d'exportation, le Groupe de travail a décidé que l'exception relative à l'invalidité du contrat initial ne devrait pas être sujette à renonciation. Quant aux exceptions opposables au détenteur protégé d'un instrument négociable, relatives aux exigences de signature et d'agence (paragraphe 1 *c* de l'article 30 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux), le Groupe de travail a estimé qu'on ne devrait pas établir de parallèle entre une créance et un instrument négociable. Une telle mise en parallèle ne serait pas conforme au paragraphe 1 *b* du projet d'article 4, qui exclut le transfert d'instruments par endossement et remise ou par simple remise. Elle ne serait pas conforme, non plus, à la volonté des parties qui choisissent de ne pas incorporer leurs créances dans un instrument négociable.

60. Conformément au paragraphe 1, le paragraphe 3 exige, en ce qui concerne la modification d'une renonciation, la forme d'une convention écrite signée. Les parties doivent être prévenues des conséquences juridiques d'une telle modification, conséquences qui, en cas de besoin, doivent être facilement prouvées. Afin qu'une modification, qui pourra être convenue par le cédant et le débiteur, ne porte pas atteinte aux droits du cessionnaire, le paragraphe 3 soumet une modification à la procédure prévue au paragraphe 2 du projet d'article 22 concernant la modification du contrat initial après notification de la cession (c'est-à-dire le consentement réel et constructif du cessionnaire; voir par. 65).

### Article 22. *Modification du contrat initial*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 109
A/CN.9/432, par. 210 à 217
A/CN.9/434, par. 198 à 204
A/CN.9/447, par. 122 à 135
A/CN.9/456, par. 205 et 206

#### *Commentaire*

61. La question de la modification du contrat initial se pose souvent dans la pratique. Il peut devenir nécessaire de modifier un contrat pour différentes raisons. Ainsi, les principales conditions dans lesquelles un contrat a été conclu peuvent avoir fondamentalement changé, si bien qu'il serait inéquitable pour le cédant d'avoir à livrer les marchandises promises; des équipements ou matériaux différents de ceux qui ont été convenus peuvent être nécessaires pour exécuter un projet; ou un changement dans les conditions générales peut obliger à reporter l'échéance du paiement convenue dans le contrat initial. Quand les modifications à apporter au contrat soulèvent des questions se rapportant aux droits et aux obligations existant entre le cédant et le débiteur ou entre le cédant et le cessionnaire, elles sont généralement prévues dans le contrat lui-même ou dans la législation pertinente. Mais, quand ces modifications touchent aux droits et aux obligations existant entre le cessionnaire et le débiteur, les problèmes qui se posent ne sont pas toujours entièrement traités dans le contrat ni dans la législation.

62. Le projet d'article 22 a donc pour objectif premier de faire en sorte que le débiteur ait, à l'égard du cessionnaire, le droit de modifier le contrat initial pour pouvoir, en cas de réduction du prix, faire un paiement libératoire d'un montant réduit et ne pas être redevable du montant de la créance initiale. Au demeurant, le projet d'article 22 ne doit pas interférer avec la relation entre le cédant et le débiteur. Pour cette raison, les termes d'une convention qui a effet entre le cédant et les débiteurs et les conséquences juridiques de cette convention relèvent de la loi régissant ladite convention. Secondairement, le projet d'article 22 a pour objet de protéger le cessionnaire en veillant à ce que celui-ci acquiert des droits en vertu du contrat initial modifié. Autrement dit, en cas de modification du prix des marchandises ou services offerts dans le cadre du contrat initial, le débiteur ne peut pas invoquer la modification du contrat à titre d'exception en déclarant que le cessionnaire n'a aucun droit en vertu du nouveau contrat modifié, ni refuser de payer le prix réduit (les droits que le cessionnaire pourrait opposer au cédant pour rupture de contrat ne sont pas affectés; voir par. 67).

63. La règle fondamentale énoncée dans le projet d'article 22 est la suivante: avant notification, le cédant et le débiteur sont libres de modifier leur contrat. Ils n'ont pas à obtenir le consentement du cessionnaire, même si le cédant s'est engagé dans le contrat de cession à n'y apporter aucune modification sans le consentement du cessionnaire ou s'il doit de bonne foi informer le cessionnaire de toute modification du contrat. Le non-respect de ces obligations peut engager la responsabilité du cédant à l'égard du cessionnaire, sans cependant invalider la convention qui modifie le contrat initial, car cela affecterait de manière injustifiée les droits du débiteur. Après notification, une modification du contrat initial n'a effet à l'égard du cessionnaire que sous réserve du consentement explicite ou implicite de ce dernier. Cette approche se justifie par le fait qu'après notification le cessionnaire devient partie à une relation triangulaire, et aucune modification de cette relation qui a des incidences sur les droits du cessionnaire ne devrait lier ce dernier contre son gré. Cela va d'ailleurs dans le sens du projet d'article 19, selon lequel, avant notification, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial.

64. Le paragraphe 1 porte sur une convention entre le cédant et le débiteur qui est conclue avant notification de la cession et qui a des incidences sur les droits du cessionnaire. Si la convention n'affecte pas les droits du cessionnaire, le paragraphe 1 ne s'applique pas. Si elle est conclue après notification, le paragraphe 2 s'applique. Le Groupe

de travail voudra peut-être spécifier que le moment précis à retenir est le moment où le débiteur reçoit notification, car, à compter de ce moment, il ne peut effectuer un paiement libératoire qu'en se conformant aux instructions de paiement du cessionnaire.

65. La formulation du paragraphe 2 est négative, car la règle dispose qu'après notification une modification est sans effet à l'égard du cessionnaire, à moins qu'une autre condition ne soit remplie. Les termes "sans effet" signifient que le cessionnaire peut exiger la créance initiale et que le débiteur n'est pas totalement libéré s'il fait un paiement de valeur inférieure à celle de la créance initiale. Le paragraphe 2 exige le consentement explicite ou implicite du cessionnaire. Le consentement explicite est exigé si la créance a été acquise en totalité par exécution, le cessionnaire pouvant alors raisonnablement s'attendre à recevoir paiement de la créance initiale. Aux fins du projet de Convention, une créance est considérée comme acquise en totalité dès lors qu'une facture est émise, même si le contrat correspondant n'a que partiellement été exécuté. Il s'ensuit que la modification des contrats partiellement exécutés est subordonnée au consentement explicite du cessionnaire. Il y a consentement implicite lorsque la modification est prévue dans le contrat initial ou serait approuvée par un cessionnaire raisonnable. Ce consentement est suffisant si la créance n'est pas acquise en totalité et si la modification est prévue dans le contrat initial ou serait approuvée par un cessionnaire raisonnable. En exigeant un consentement explicite ou implicite, le Groupe de travail voulait associer certitude et souplesse. Si une créance est acquise en totalité, sa modification a des incidences sur les attentes raisonnables du cessionnaire et doit donc être subordonnée à son consentement. Si, en revanche, une créance n'est pas acquise en totalité, il n'est pas nécessaire de faire peser sur les parties des exigences de nature à nuire à la bonne exécution d'un contrat. En particulier, dans le cas des contrats à long terme, tels que les accords de financement de projets ou de restructuration de la dette (dans lesquels des créances sont offertes à titre de garantie en contrepartie d'une réduction de taux d'intérêt ou d'un report de la date d'échéance), exiger du cédant qu'il obtienne le consentement du cessionnaire pour la moindre modification apportée au contrat pourrait ralentir les opérations tout en faisant peser une charge inutile sur le cessionnaire. Normalement, ce problème ne devrait pas se poser, puisque, dans la pratique, les parties règlent généralement ces questions dans une convention établissant les types de modifications qui exigent le consentement du cessionnaire. En l'absence de convention à ce sujet, ou en cas de violation de la convention par le cédant, le paragraphe 2 offrirait un degré de protection suffisant au débiteur.

66. Le Groupe de travail a décidé de ne pas se référer à des principes généraux, tels que la bonne foi ou les normes commerciales raisonnables, pour justifier une modification. Il a estimé que ces normes introduisaient un degré d'incertitude peu souhaitable, car elles ne sont pas universellement entendues de la même manière. Le Groupe de travail n'était pas favorable non plus à l'idée de limiter l'obligation d'obtenir le consentement du cessionnaire aux cas dans lesquels une modification du contrat initial aurait des incidences préjudiciables substantielles pour le cessionnaire.

67. Le paragraphe 3 vise à préserver tous les droits que le cessionnaire peut opposer au cédant si une modification du contrat initial porte atteinte à une convention conclue entre eux. Autrement dit, si une modification a effet à l'égard du cessionnaire sans le consentement de celui-ci, le paiement effectué par le débiteur conformément au contrat modifié est libératoire. Le cessionnaire, toutefois, peut se retourner contre le cédant pour exiger le solde de la créance initiale et demander réparation pour tout préjudice supplémentaire subi, si la modification porte atteinte à une convention conclue entre le cédant et le cessionnaire.

### Article 23. *Restitution des paiements*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 145 à 148
A/CN.9/432, par. 239 à 244
A/CN.9/434, par. 94 et 213 à 215
A/CN.9/447, par. 136 à 139
A/CN.9/456, par. 207 et 208

#### *Commentaire*

68. Dans la pratique, le débiteur peut payer le cessionnaire avant que le cédant ne s'acquitte de ses obligations au titre du contrat initial. En cas de défaut du cessionnaire, il faut se demander si le débiteur peut recouvrer auprès de lui les sommes déjà payées. Cette question est particulièrement importante si le cédant devient insolvable, car cela rend impossible tout recouvrement de paiement auprès de lui.

69. Pour compléter le principe selon lequel la position juridique du débiteur ne doit pas être affaiblie du fait de la cession, le projet d'article 23 prévoit que cette position ne doit pas être renforcée non plus. Si le débiteur paie le cessionnaire alors que le cédant n'exécute pas correctement le contrat initial, le débiteur peut se retourner contre le cédant en vertu du contrat initial et de la loi qui régit le contrat, mais il ne peut se retourner contre le cessionnaire. Autrement dit, le débiteur supporte le risque d'insolvabilité de son partenaire contractuel, ce qui serait le cas de toute manière en l'absence de cession. Ayant noté qu'une approche différente était suivie dans la Convention d'Ottawa, le Groupe de travail a estimé que la différence était fondée. Une garantie d'exécution du contrat initial donnée par le cessionnaire peut être justifiée dans les cas précis d'affacturage visés dans la Convention d'Ottawa, mais a été jugée peu indiquée dans le cas d'autres opérations de financement ou de service, y compris les opérations d'affacturage dans lesquelles un élément de service prédomine.

70. La règle énoncée dans le projet d'article 23 a certaines limites. En vertu de la loi régissant la protection des consommateurs, le consommateur débiteur pourrait avoir le droit de déclarer le contrat initial résolu et de recouvrer auprès du cessionnaire toutes les sommes qui lui ont été payées. Le Groupe de travail a estimé que le projet de Convention ne devrait pas supplanter la loi régissant la

protection des consommateurs en vigueur dans le pays où le débiteur est situé (a son établissement; pour le sens du terme "principalement" et le problème qui se pose à cet égard, voir le paragraphe 58). Il a aussi estimé qu'une référence générale à l'ordre public dans ce contexte serait superflue. Les notions d'ordre public et de loi impérative s'appliqueraient au titre des projets d'articles 30 et 31 grâce au mécanisme des règles de droit international privé, garantissant que la loi applicable en dehors du projet de Convention serait prise en considération. Enfin, de multiples références aux notions d'ordre public et de loi impérative pourraient, de façon regrettable, élargir la limite et nuire à la certitude offerte par le projet de Convention.

71. La référence au projet d'article 20 constitue une seconde limite au principe énoncé dans le projet d'article 23. Cette référence vise à préserver les exceptions et le droit à compensation du débiteur en cas de paiements échelonnés, quand certains versements ont été effectués et d'autres non. Ces droits ne s'appliqueraient que lorsque le débiteur voudrait soit réduire le montant des paiements qui restaient à faire, soit ne pas les faire.

## Section III. Autres parties

### Article 24. *Droits concurrents de plusieurs cessionnaires*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 149 à 164
A/CN.9/432, par. 245 à 260
A/CN.9/434, par. 238 à 254
A/CN.9/445, par. 18 à 29
A/CN.9/455, par. 18 à 31
A/CN.9/456, par. 209 et 210

#### *Commentaire*

72. Une même créance peut faire l'objet de plusieurs cessions. De fait, la pratique des "cessions multiples" est normale lorsqu'il s'agit de cessions à titre de garantie dans lesquelles différents éléments des mêmes créances servent de garantie du crédit. La question se pose alors de savoir quel est l'ordre de priorité à suivre pour le paiement entre les différents ayants droit. Priorité ne veut pas dire validité. La priorité présuppose l'existence d'une créance valide (la validité quant au fond est traitée au chapitre III, tandis que la validité quant à la forme relève de la loi applicable en dehors du projet de Convention; pour une proposition du secrétariat tendant à traiter la question de la validité quant à la forme dans le projet de Convention, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au chapitre III). La priorité ne préjuge pas la question de savoir si le cessionnaire ayant la priorité conservera intégralement le produit du paiement ou en restituera le solde éventuel au cédant ou à l'ayant droit qui vient après lui dans l'ordre de priorité. Cela dépend de la question de savoir s'il s'agit d'une cession pure et simple ou d'une cession à titre de garantie, question qui est du ressort de la loi applicable en dehors du projet de Convention. La priorité n'a pas d'incidences non plus sur la libération du débiteur. Le débiteur qui paie conformément au projet d'article 19 (ou, si ce projet d'article n'est pas applicable, conformément à la loi applicable en vertu du projet d'article 28) est libéré, même si le paiement est fait à un cessionnaire qui n'a pas la priorité (en vertu du projet d'article 24 ou, si ce projet d'article n'est pas applicable, en vertu du projet d'article 29). Savoir si le cessionnaire conservera le produit du paiement est une question de priorité qui doit être résolue entre les divers ayants droit conformément à la loi applicable en vertu du projet d'article 24 (ou du projet d'article 29).

73. Toutefois, le fait pour un cédant d'opérer plusieurs cessions pures et simples des mêmes créances peut constituer un acte frauduleux ou déraisonnable. Si la fraude est rare, en revanche, une simple négligence de la part du cédant ou la méconnaissance des effets juridiques d'une cession précédente sont fréquentes. Un exemple classique en est la cession de créances à un financier en contrepartie de fonds de roulement et à un financier de stocks ou à un fournisseur de matériel à crédit avec réserve de propriété ou autre sûreté jusqu'au paiement total du prix des stocks ou du matériel. Dans ce cas, il peut y avoir conflit entre une cession globale (cession de toutes les créances actuelles et futures) au financier des fonds de roulement et une cession au financier des stocks ou au fournisseur du produit de la vente des stocks ou du matériel. Afin d'assurer une certaine prévisibilité aux droits des différents créanciers du cédant et ainsi de faciliter l'accès de celui-ci au crédit, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux en partant de l'hypothèse que ces conflits seraient traités. Si la cession faite au financier des stocks ou au fournisseur est de nature contractuelle, ces conflits relèvent sans aucun doute du domaine d'application du projet de Convention. Toutefois, cela peut ne pas être le cas si la cession intervient de plein droit, puisque, en application du paragraphe 1 du projet d'article 2, le projet de Convention ne porte que sur les cessions opérées par contrat et non sous l'effet de la loi. Le Groupe de travail voudra donc peut-être préciser que tous les conflits de priorité entre un financier de stocks ou un fournisseur qui a un droit réglementaire sur un produit et un cessionnaire entrent dans le cadre du projet de Convention. À cet égard, il voudra peut-être examiner également si les règles de priorité prévues dans le projet de Convention conviennent, car le financier ou le fournisseur des stocks pourraient s'attendre que les questions de priorité soient régies par la loi du lieu où sont situés les stocks ou le matériel.

74. Le projet d'article 24 doit s'appliquer à un conflit entre un cessionnaire couvert par la Convention et un cessionnaire qui ne l'est pas (par exemple, entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales). Cette approche n'aurait pas d'incidences sur les pratiques nationales. En fait, une des raisons pour lesquelles le Groupe de travail a décidé de faire des règles de priorité des règles de droit international privé est que ces règles n'auraient pas d'incidences négatives sur les pratiques nationales. Le cessionnaire national serait soumis aux dispositions de la même loi, puisque, par définition, dans un conflit avec un cessionnaire étranger, le cessionnaire national, le cédant et le débiteur seraient situés dans la même juridiction. Si, dans le projet de Convention, le "lieu où est située" une personne morale était défini par réfé-

rence au lieu de son "incorporation" ou au lieu de son administration centrale, et si ce lieu n'était pas celui de son établissement, la loi applicable pourrait ne pas être la même. Toutefois, même dans ce cas, le cessionnaire national pourrait prévoir que le projet de Convention serait applicable, puisque ledit cessionnaire serait situé dans un État contractant (l'État dans lequel le cédant est situé; autrement, le projet de Convention ne s'appliquerait pas); et il saurait aussi que le cédant est, par exemple, une succursale d'une entité étrangère. Le Groupe de travail voudra peut-être confirmer cette interprétation (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 3 à 5 relatives au projet d'article premier).

75. Dans le cas de plusieurs cessions pures et simples des mêmes créances par le même cédant, la question pourrait être non pas de savoir qui sera payé le premier (question de priorité), mais qui sera effectivement payé (question "d'effectivité"). Dans ce cas, le cessionnaire qui a la "priorité" prend la totalité du produit (à condition qu'il ait une créance valide), et aucun autre cessionnaire ne peut obtenir paiement. Cependant, le projet de Convention ne fait pas de différence entre les cessions pures et simples et les cessions à titre de garantie, puisque les tiers peuvent n'avoir aucun moyen de savoir si, dans un cas précis, il s'agit d'une cession à titre de garantie ou d'une cession pure et simple; en tout état de cause, il serait très difficile de faire cette différence étant donné les grands écarts qui existent entre les divers systèmes juridiques quant aux sûretés.

76. Le projet d'article 24 énonce une règle de droit international privé selon laquelle les questions de priorité relèvent de la loi du lieu où est situé le cédant (le Groupe de travail n'a pas encore tranché la question de savoir quel est ce lieu; pour les suggestions du secrétariat, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 4 à 10 relatives au projet d'article 5). Le Groupe de travail a admis qu'une règle de droit international privé ne peut pas aboutir à l'uniformité sur le plan des résultats commerciaux, car une loi peut donner la priorité au premier cessionnaire dans le temps alors qu'une autre peut la donner au cessionnaire qui, le premier, avise le débiteur ou enregistre certaines informations sur la cession. Par ailleurs, il a reconnu l'intérêt commercial évident d'une règle de droit international privé qui ferait ressortir les questions de priorité à la loi d'une juridiction unique et facile à déterminer. Une telle règle constituerait un progrès important par rapport à la situation actuelle dans laquelle les cessionnaires ont tendance soit à refuser les créances internationales à titre de garantie de crédit, soit à les accepter à une faible valeur, car ils ne peuvent pas déterminer la loi qui peut régir la priorité ou doivent satisfaire aux exigences de plusieurs juridictions pour s'assurer qu'ils auront la priorité.

77. Si, en vertu de la loi applicable, la priorité est fonction du moment de la cession, le cessionnaire qui envisage de financer certaines créances doit se fier aux assurances du cédant et, éventuellement, à celles d'autres parties ou aux informations disponibles sur un marché donné. Si la loi applicable définit la priorité en fonction de la priorité quant à l'envoi de la notification au débiteur, le cessionnaire éventuel doit là aussi se fier aux assurances du cédant et du débiteur ainsi qu'aux informations émanant d'autres sources. Dans ces cas, la priorité en ce qui concerne les créances futures ne pourra pas être obtenue au moment de la cession (l'identité des débiteurs n'étant pas connue), et la priorité en ce qui concerne les créances cédées en bloc ne pourra être obtenue qu'au prix de l'envoi d'une notification à tous les débiteurs. Si, en revanche, en vertu de la loi applicable, outre les assurances du cédant ou d'autres parties, la priorité s'obtenait par enregistrement public de certaines informations, les éventuels cessionnaires pourraient se reporter à cet enregistrement. En outre, les cessionnaires qui enregistreraient les informations requises disposeraient d'un moyen objectif d'acquérir la priorité.

78. À ce sujet, le Groupe de travail voudra peut-être préciser que, si en application de la loi du lieu où est situé le cédant (qui doit être dans un État contractant pour que le projet de Convention s'applique), la priorité est déterminée en fonction de la date de notification au débiteur, cette notification doit être faite conformément au projet de Convention. Si la notification était faite conformément à la loi nationale du lieu où est situé le cédant et si cette loi annulait les notifications relatives aux créances futures, les cessionnaires seraient dans l'impossibilité d'établir la priorité eu égard aux créances futures, ce qui nuirait à l'offre et au coût du crédit (voir par. 36).

79. S'écartant de l'approche traditionnellement suivie dans de nombreux systèmes juridiques, qui soumettent les questions de priorité à la *lex situs* (la loi du pays où le paiement est dû ou celle du pays où le débiteur est situé), le Groupe de travail a décidé de faire relever les questions de priorité de la loi du lieu où est situé le cédant. S'il a adopté cette formule, c'est parce qu'il a estimé que la règle traditionnelle n'est plus utilisable ni efficace. Dans le cas de plus en plus fréquent des cessions globales de créances actuelles et futures (par exemple, affacturage, escompte de factures ou titrisation), la *lex situs* ne permet pas d'avoir une seule loi applicable. De surcroît, les éventuels cessionnaires se trouvent devant la tâche d'avoir à déterminer le lieu virtuel de chaque créance. L'application de la loi régissant la créance ou de la loi choisie par les parties produit des résultats analogues. Des règles de priorité différentes régiraient la priorité au regard des différentes créances d'un groupe de créances, et, dans le cas des créances futures, les parties ne seraient pas en mesure de déterminer avec certitude la loi applicable aux questions de priorité, ce qui peut faire échouer une transaction ou, pour le moins, augmenter le coût du crédit. L'application de la loi choisie par le cédant et le cessionnaire en particulier pourrait permettre au cédant, agissant en collusion avec un ayant droit pour obtenir un avantage particulier, de déterminer la priorité entre plusieurs ayants droit. En outre, cette loi serait totalement inopérante dans le cas de plusieurs cessions des mêmes créances soit par le même cessionnaire, soit par des cessionnaires différents, car des lois différentes pourraient s'appliquer aux mêmes conflits de priorité.

80. Que l'emplacement soit défini par référence au lieu "d'incorporation" ou au lieu de l'administration centrale d'une personne morale, l'application de la loi du lieu où

est situé le cédant aboutira à l'application de la loi d'une seule juridiction, facile à déterminer au moment de la cession. Les difficultés exposées plus haut seront ainsi éliminées. En outre, l'application de la loi du lieu où est situé le cédant sera notamment compatible avec la loi des juridictions qui imposent l'enregistrement public et où les tiers chercheront normalement à connaître la loi du lieu où est situé le cédant pour déterminer la manière d'établir la priorité.

81. Le Groupe de travail a examiné la question du moment à retenir pour déterminer le lieu où est situé le cédant. Si le cédant a changé de lieu entre une cession et une autre, le cessionnaire, qui a la priorité en vertu de la loi du lieu initial, ne devrait pas perdre sa priorité. Par ailleurs, le droit des ayants droit dans le nouveau lieu ne devrait pas toujours être subordonné à ceux des ayants droit d'autres juridictions. Toutefois, on a généralement admis que le changement de lieu du cédant entre plusieurs cessions était rare dans la pratique et qu'une règle en la matière compliquerait inutilement le projet d'article 24. Le Groupe de travail a donc décidé de laisser la question à la loi applicable en dehors du projet de Convention.

82. Comme on l'a vu plus haut, le Groupe de travail a décidé de s'écarter de l'approche traditionnelle afin de tenir compte des pratiques les plus courantes en matière de cessions globales de toutes les créances actuelles et futures. Le Groupe de travail a décidé de ne faire aucune exception pour les cessions de créances existantes, uniques, à valeur élevée. Appliquer une règle de priorité différente à la cession de ces créances porterait atteinte à la prévisibilité assurée par le projet d'article 24. Il serait très difficile de définir clairement les créances "de valeur élevée". En outre, lors d'une cession globale comprenant à la fois des créances "de valeur élevée" et des créances "de faible valeur", la priorité serait déterminée par des lois différentes.

83. Lors de son débat sur la loi applicable aux questions de priorité, le Groupe de travail a examiné le problème des conflits possibles avec la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980; ci-après appelée la "Convention de Rome"), dont l'article 12 porte sur la loi applicable aux cessions. Le Groupe de travail a estimé que la référence à un instrument régional applicable aux obligations contractuelles ne devrait pas empêcher d'élaborer un régime juridique spécial d'application universelle aux opérations de financement et de service. Il a également pris note de la grande incertitude qui existe sur le point de savoir si l'article 12 de la Convention de Rome traite des questions de priorité, et, dans l'affirmative, il s'est demandé si la loi applicable est la loi choisie par les parties ou la loi qui régit la créance. À son avis, il serait utile d'éliminer cette incertitude, et, de toute manière, il ne faudrait pas que les questions de priorité (c'est-à-dire les effets réels d'une cession) relèvent de la loi régissant la créance ni de la loi retenue par les parties (voir par. 79, 80 et 88). Il a été convenu, toutefois, que les États devraient avoir le droit de ne pas appliquer le chapitre V (projet d'article 34) et qu'ils pourraient, en tout cas, régler les conflits éventuels entre le projet de Convention et la Convention de Rome en déterminant le texte auquel ils souhaitent donner la préférence (projet d'article 33).

84. Tout en soumettant les conflits de priorité entre plusieurs cessionnaires qui obtiennent les mêmes créances du même cédant à la loi du lieu où est situé le cédant, le projet d'article tient compte de l'intérêt que les parties à un conflit ont à négocier et à renoncer à la priorité en faveur d'un autre ayant droit lorsque des considérations commerciales le justifient. Afin d'assurer le maximum de souplesse et de tenir compte des pratiques commerciales en vigueur, le paragraphe 2 a été rédigé de manière à indiquer clairement qu'une renonciation est valable même si elle n'est pas faite sous forme de convention directe entre le cessionnaire qui a la priorité et le bénéficiaire de la renonciation. La renonciation peut aussi se faire unilatéralement, par exemple sous forme d'un engagement pris à l'égard du cédant par le cessionnaire de premier rang (dans le contrat de cession ou dans une convention séparée, conclue par écrit ou oralement) qui habilite le cédant à effectuer une deuxième cession venant au premier rang dans l'ordre de priorité. Le terme "unilatéralement" précise que le bénéficiaire de la renonciation (le deuxième cessionnaire) n'a pas de contrepartie à offrir en échange de la priorité qui lui revient à la suite de la renonciation unilatérale. En outre, le paragraphe 2 montre clairement qu'une renonciation a effet sans qu'il soit nécessaire d'identifier expressément le ou les bénéficiaires prévus ("tous cessionnaires existants ou futurs") et qu'il est possible d'employer des termes généraux.

85. Le Groupe de travail a aussi examiné, sans parvenir à un accord, plusieurs solutions pour mettre en place un régime de priorité fondé sur le droit matériel. Pour cette raison, l'annexe du projet de Convention présente deux régimes de priorité fondés sur le droit matériel entre lesquels les États doivent choisir. Il en résulte peut-être une certaine confusion quant à la formule recommandée. En outre, si un État ne choisit aucun des deux régimes proposés (par exemple, parce que son régime de priorité repose sur la date de notification au débiteur), toutes les autres solutions seront en fait à reprendre. De plus, il faudrait développer davantage l'annexe pour la rendre utilisable. Cela étant, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de remplacer l'annexe par quelques principes généraux selon lesquels la question de l'élaboration de dispositions types sur les questions de priorité relèverait de la procédure de révision et de modification du projet de Convention (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives à l'annexe).

### Article 25. *Droits concurrents du cessionnaire et des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 149 à 164
A/CN.9/434, par. 216 à 237 et 255 à 258
A/CN.9/445, par. 30 à 44
A/CN.9/455, par. 32 à 40
A/CN.9/456, par. 211 à 222

### *Commentaire*

86. Le projet d'article 25 vise à régler les conflits de priorité entre un cessionnaire et les créanciers du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité du cédant. Dans le projet de Convention, il n'est pas prévu de traiter des problèmes qui se posent en cas d'insolvabilité du cessionnaire, sauf si ce dernier fait une cession subséquente et devient cédant. Le Groupe de travail a estimé que ces questions n'entraient pas dans le champ d'application du projet de Convention. Le projet de Convention ne doit pas non plus traiter des problèmes découlant de l'insolvabilité du débiteur. L'hypothèse est que le cessionnaire aurait sur les créances les mêmes droits que le cédant si le débiteur était insolvable. Comme on l'a déjà vu, la priorité est un droit préférentiel (au paiement ou à une autre forme de libération; voir A/CN.9/WG.II/WP.105, par. 57). Les conséquences juridiques exactes de ce droit dépendent de la question de savoir s'il s'agit d'une cession à titre de garantie ou d'une cession pure et simple, question laissée à la loi applicable en dehors du projet de Convention. Quoi qu'il en soit, la préférence établie en vertu du projet de Convention ne porte pas atteinte aux droits préférentiels spéciaux ou aux droits à priorité absolue prévue dans les législations nationales sur l'insolvabilité (voir par. 93).

87. Les conflits de priorité visés par le projet d'article 25 peuvent surgir si la cession est faite avant la saisie ou l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (si la cession est faite ultérieurement, il n y a pas de conflit; les droits que le cessionnaire peut obtenir sont subordonnés aux droits des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité). Si la priorité dépend de la date de la cession, le fait que la cession est faite avant la saisie ou l'ouverture de la procédure d'insolvabilité suffit pour établir que les créances n'entrent pas dans le patrimoine du cédant (s'il s'agit d'une cession pure et simple) ou pour permettre au cessionnaire de faire valoir sa créance de préférence aux créanciers n'ayant pas de sûretés (s'il s'agit d'une cession à titre de garantie). Si, en revanche, la priorité est fonction de la notification envoyée au débiteur ou de l'enregistrement public de certaines informations sur la cession, le fait que la cession est faite avant la saisie ou l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'est pas suffisant pour établir la priorité. La notification au débiteur ou l'enregistrement doivent alors prendre place avant la saisie ou l'ouverture de la procédure.

88. En vertu du projet d'article 25, les conflits de priorité relèvent de la loi du lieu où est situé le cédant (la question de savoir quel est ce lieu n'a pas encore été tranchée; voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 4 à 10 relatives au projet d'article 5). Comme on l'a déjà vu (voir par. 79 et 80), le lieu où est situé le cédant en tant que facteur de rattachement offre l'avantage de la simplicité et de la prévisibilité pour un certain nombre de raisons: il fournit un point de référence unique; il pourrait être déterminé à la date de la cession, même quand il s'agit d'une cession globale de créances futures; il conviendrait même dans le cas des systèmes juridiques qui pratiquent l'enregistrement; et il entraînerait l'application de la loi de la juridiction dans laquelle il ne fait guère de doute que la procédure d'insolvabilité à l'égard du cédant sera ouverte. Ce dernier aspect de l'application de la loi où est situé le cédant est essentiel, car il règle comme il convient la question de la relation entre le projet de Convention et la loi sur l'insolvabilité applicable. De fait, l'idée maîtresse du projet d'article 25 est de faire en sorte que, dans la plupart des cas, la loi régissant les questions de priorité au titre de ce projet et la loi régissant l'insolvabilité du cédant soient les lois d'une seule et même juridiction (la juridiction principale du cédant, qu'il s'agisse du lieu "d'incorporation" ou du lieu de l'administration centrale). En pareil cas, tout conflit entre le projet de Convention et la loi applicable à l'insolvabilité serait réglé par les règles de droit de cette juridiction. Dans tous les autres cas où une procédure d'insolvabilité portant sur les biens et les affaires du cédant est ouverte dans un État autre que celui de la principale juridiction du cédant (par exemple, une juridiction dans laquelle le cédant a des biens), le projet de Convention cède le pas aux règles de droit qui donnent expression à l'ordre public de l'État dans lequel un différend est porté devant une instance judiciaire ou arbitrale (projet d'article 25, paragraphe 3). En outre, dans ces cas, le projet de Convention vise à éviter toute atteinte à certains droits des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité qui, sans avoir de lien avec l'ordre public, sont inscrits dans des règles de droit impératives (projet d'article 25, par. 4). Le Groupe de travail voudra peut-être étendre ces deux limites aux procédures judiciaires autres que la procédure d'insolvabilité. En aucun cas, les droits préférentiels, non contractuels, ne seraient touchés (projet d'article 25, par. 5).

89. Au paragraphe 3, par ordre public, il faut entendre l'ordre public international de l'État du for. Le recours à l'ordre public a exclusivement un effet négatif au sens qu'il peut exclure l'application d'une disposition de la loi applicable en vertu du projet d'article 25, qui est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for (par exemple, une règle donnant la priorité à un État étranger en matière fiscale). Il s'ensuit qu'une personne donnée peut être écartée lors de la détermination du rang de priorité, la priorité étant déterminée par d'autres dispositions de la loi applicable. Par ailleurs, dans le projet d'article 25, l'ordre public ne peut pas avoir d'effet positif; il ne peut pas aboutir à l'application positive d'une règle de priorité de l'État du for qui est l'expression de l'ordre public (par exemple, une règle donnant la priorité aux employés dans l'État du for). Pour cette raison, le Groupe de travail a décidé d'inclure le paragraphe 5 dans le projet d'article 25, expressément pour préserver des droits non contractuels qui ont priorité sur tous les autres (voir par. 93).

90. Pour qu'une règle de priorité soit écartée en application du paragraphe 3, elle doit être "manifestement contraire" à l'ordre public de l'État du for. La notion de "manifestement contraire" est utilisée dans des textes internationaux (dont l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, l'article 16 de la Convention de Rome et l'article 18 de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux) pour qualifier l'ordre public. L'idée est d'insister sur le fait que les exceptions d'ordre public doivent être interprétées de façon restrictive et que le paragraphe 3 ne devrait être invoqué que dans des circonstances exceptionnelles touchant à des questions d'importance fondamentale pour l'État du for. Autrement, la certitude offerte par le

projet d'article 25 pourrait être sérieusement compromise, ce qui aurait une incidence négative sur l'offre et le coût du crédit fondé sur des créances (l'expression "manifestement contraire" est aussi utilisée dans le projet d'article 31; voir par. 114).

91. Si la règle, avec laquelle la règle de priorité de la loi applicable est en conflit, n'est pas l'expression de l'ordre public mais une règle de droit impérative, le paragraphe 4 prévoit que "sauf dispositions contraires du présent article" la Convention n'a pas d'incidences sur les droits spéciaux des créanciers du cédant ni sur ceux de l'administrateur de l'insolvabilité. C'est dire que la règle de priorité de la loi applicable n'est pas écartée mais s'applique dans la mesure où elle n'affecte pas certains droit spéciaux. À la base, l'idée est que les règles de priorité de la loi applicable sont elles-mêmes des règles impératives, et les écarter au profit de règles impératives du for serait cause d'incertitude et nuirait donc à l'offre et au coût du crédit. Parallèlement, toutefois, le Groupe de travail a reconnu qu'une exception devrait être faite pour les cas où les droits spéciaux des créanciers du cédant ou ceux de l'administrateur de l'insolvabilité sont affectés.

92. Les droits spéciaux comprennent, parmi d'autres, le droit des créanciers du cédant d'éviter ou d'invalider, ou d'engager une action pour éviter ou invalider une cession qui constitue un transfert frauduleux ou préférentiel. Ils comprennent aussi le droit de l'administrateur de l'insolvabilité d'éviter ou d'invalider, ou d'engager une action pour éviter ou invalider une cession qui constitue un transfert frauduleux ou préférentiel; d'éviter ou d'invalider, ou d'engager une action pour éviter ou invalider une cession de créances qui n'étaient pas nées au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; de grever les créances cédées des dépenses encourues par lui pour exécuter le contrat initial, ou de grever les créances cédées des dépenses encourues par lui pour maintenir, préserver ou exécuter les créances à la demande et au profit du cessionnaire. Si les créances cédées constituent des garanties à titre d'endettement ou d'autres obligations, les droits spéciaux protégés conformément au paragraphe 4 comprennent tous les droits existants en vertu des règles ou procédures d'insolvabilité qui régissent généralement l'insolvabilité du cédant et qui permettent à l'administrateur de l'insolvabilité de grever les créances cédées; prévoient la suspension du droit des cessionnaires ou créanciers individuels du cédant de recouvrer les créances pendant la procédure d'insolvabilité; permettent de remplacer les créances cédées par de nouvelles créances de valeur au moins égale; permettent à l'administrateur de l'insolvabilité de faire des emprunts garantis par les créances cédées dans la mesure où la valeur des créances dépasse celle des obligations garanties. Ils comprennent aussi d'autres règles et procédures d'effet semblable et d'application générale à l'insolvabilité du cédant qui sont expressément décrites par l'État contractant dans une déclaration (paragraphe 5 du projet d'article 25).

93. Comme déjà indiqué, l'État du for peut, en vertu du paragraphe 3, refuser de donner la priorité, par exemple, à un État étranger en matière fiscale, mais il ne peut pas appliquer sa propre règle qui donne la priorité aux employés de l'État du for. Le paragraphe 5 vise précisément à obtenir ce résultat: permettre à l'État du for d'appliquer son propre régime de priorité, si une règle de priorité applicable au titre des paragraphes 1 et 2 est manifestement contraire à l'ordre public du for et de donner la priorité aux droits non contractuels qui donnent expression à l'ordre public du for (pour les paragraphes 5 et 6, voir le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 2 et 3 relatives au projet d'article 25). Le paragraphe 5 va encore plus loin. Il permet à l'État d'énumérer dans une déclaration les droits non contractuels, à priorité absolue, qui devraient prévaloir sur les droits du cessionnaire en vertu du projet de Convention. La possibilité de faire une déclaration doit renforcer la certitude, en ce sens qu'elle offre aux cessionnaires un moyen de connaître les droits qui auraient la priorité sur les leurs. Il s'agit d'une possibilité (et non d'une obligation) qui est formulée entre crochets, parce que le Groupe de travail a pensé qu'elle pourrait mettre en cause l'adhésion des États au projet de Convention, en particulier dans la mesure où une déclaration aurait pour effet de limiter les droits nationaux à priorité absolue qui seraient préservés (pour une suggestion du secrétariat tendant à supprimer le texte entre crochets du paragraphe 5, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 2 relative au projet d'article 25).

### [Article 26. *Droits concurrents sur le produit de la cession*

*Références:*

A/CN.9/447, par. 63 à 68
A/CN.9/456, par. 160 à 167

#### ***Commentaire***[1]

94. Le projet d'article 26 a un double objectif: d'une part, faire en sorte que le cessionnaire ait sur le produit la même priorité que sur les créances et, d'autre part, accorder au cessionnaire sur une catégorie limitée de produits et dans certaines conditions les mêmes droits réels que ceux qu'il a sur les créances. Le produit est défini comme étant tout ce qui est donné en paiement de la créance. Il comprend le produit du produit, tandis que le paiement comprend à la fois le paiement en espèces et en nature (par exemple, les marchandises rendues par le débiteur au cédant).

95. La nature réelle du droit au produit est une question à distinguer de celle de la priorité. L'ayant droit qui a la priorité conformément à la loi applicable en vertu du projet de Convention obtiendra paiement le premier et aura préséance sur un autre ayant droit (autre que celui qui a un droit non contractuel à priorité absolue; voir le projet d'article 25, paragraphe 5), que ce dernier ait un droit réel ou personnel (pour cette raison, le secrétariat suggère de traiter ces questions dans des dispositions séparées; voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 26). Toutefois, la nature réelle du droit sur le produit peut être déterminante en cas d'insolvabilité. Si l'ayant droit prioritaire a un droit réel sur le produit, il pourra

[1] Étant donné le caractère provisoire du projet d'article 26, les remarques s'y rapportant sont brèves. Elles seront complétées lorsque le projet d'article aura été mis au point par le Groupe de travail.

séparer ce produit de la masse des biens de l'insolvabilité (s'il s'agit d'une cession pure et simple) ou sera traité comme un créancier titulaire d'une sûreté et recevra paiement avant les créanciers qui n'ont pas de sûretés (s'il s'agit d'une cession à titre de garantie). En revanche, l'ayant droit prioritaire qui a un droit personnel recevra la part qui lui revient parmi les autres créanciers non titulaires de sûretés, s'il reste un solde après paiement de tous les créanciers bénéficiaires de privilèges spéciaux et de sûretés.

96. Aux termes du paragraphe 1, le cessionnaire ayant la priorité qui reçoit paiement peut conserver ce qu'il a reçu. La limitation implicite, peut-être à expliciter, est qu'il ne peut pas conserver un paiement d'une valeur supérieure à celle de sa créance (à ce sujet et au sujet des questions d'intérêt, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 3 relative au projet d'article 26). Le paragraphe 2 vise à reconnaître au cessionnaire un droit réel sur certains types de produits (par exemple, le produit en espèces) et uniquement dans certaines conditions (par exemple, si le cédant a encaissé un paiement pour le compte du cessionnaire et le détient sans confusion avec ses propres actifs). Cette disposition limitée a pour but de faciliter des pratiques, telles que l'escompte de factures non divulgué et la titrisation, dans la mesure où un droit réel sur le produit renforcera la certitude quant au paiement au cessionnaire, notamment en cas d'insolvabilité. Elle pourrait avoir une incidence très positive sur l'offre et le coût du crédit (pour une suggestion du secrétariat tendant à étendre l'application de cette disposition à d'autres types de produits, si les conditions énoncées au paragraphe 2 sont réunies, voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 2 relative au projet d'article 26).

97. Les paragraphes 3 à 5 traitent de la question de la priorité sur le produit. Ils sont fondés sur une distinction entre le produit constitué par des créances et les autres types de produits (par exemple, des marchandises). La règle énoncée dans ces paragraphes est que la priorité sur le produit constitué par des créances est régie par la loi du lieu où est situé le cédant, tandis que la priorité sur les autres types de produits est régie par la *lex rei sitae*. Dans le cas des créances, le Groupe de travail a pu remplacer la *lex situs* par la loi du lieu où est situé le cédant. Il a retenu cette approche essentiellement parce que l'application de la *lex situs* aboutirait à des résultats impossibles, car, dans le cas des créances futures, la *lex situs* ne serait pas connue à la date de la cession, et, dans le cas des cessions globales, les questions de priorité relatives au même groupe de créances relèveraient de lois différentes. Pour les produits sous forme d'actifs corporels, le Groupe de travail n'a pas jugé possible de s'écarter de la *lex rei sitae*, car une autre formule aurait pu décevoir les attentes des tiers dans le pays où les actifs sont situés.

## CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS

*Références:*

A/CN.9/420, par. 185 à 187
A/CN.9/445, par. 52 à 55
A/CN.9/455, par. 67 à 73

### *Commentaire*

98. Le chapitre V vise à énoncer quelques principes généraux largement adoptés mais non reconnus dans tous les systèmes juridiques. Il n'a pour objectif ni de traiter de manière exhaustive toutes les questions relatives à la cession, ni d'aller à l'encontre de textes législatifs internationaux existants dans ce domaine du droit ou de s'y substituer. En particulier, les projets d'articles 27 et 28 reflètent les principes généralement acceptés selon lesquels le contrat de cession est régi par la loi choisie par le cédant et le cessionnaire, et la relation entre le cessionnaire et le débiteur relève de la loi régissant la créance. Les projets d'articles 30 et 31 reflètent également des principes généralement acceptés selon lesquels la loi applicable peut être écartée si elle est manifestement contraire à des règles de droit impératif ou d'ordre public.

99. Si le Groupe de travail décide que ce chapitre peut s'appliquer indépendamment des dispositions relatives au champ d'application du projet de Convention, si le for se trouve dans un État contractant (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques se rapportant au chapitre V), le chapitre V élargirait le champ d'application des règles de priorité novatrices du texte. Contrairement aux dispositions des projets d'articles 27, 28, 30 et 31, la règle de priorité contenue dans le projet d'article 29 innove dans la mesure où elle traite d'une question qui n'est pas tranchée de façon claire ou appropriée dans le droit actuel. Allant dans le même sens que les projets d'articles 24 à 26, le projet d'article 29 soumet les questions de priorité à la loi d'une juridiction unique et facilement déterminable, à savoir la loi du lieu où est situé le cédant (pour une analyse des avantages de cette approche, voir les paragraphes 79, 80 et 88).

### Article 27. *Loi applicable au contrat de cession*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 188 à 196
A/CN.9/445, par. 52 à 74
A/CN.9/455, par. 67 à 119

### *Commentaire*

100. Le projet d'article 27 vise à traduire le principe de l'autonomie des parties quant à la loi applicable au contrat de cession. Quoique largement admis, ce principe n'est pas connu dans tous les systèmes juridiques. Au titre du paragraphe 1, le cédant et le cessionnaire peuvent convenir de la loi applicable à leur contrat. La conclusion et la validité ainsi que les droits et obligations du cédant et du cessionnaire découlant dudit contrat sont englobés dans l'expression "contrat de cession" (pour une suggestion visant à énoncer explicitement cette idée, voir le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 27). Toutefois, si la cession est réduite à une clause dans le contrat de financement, cette expression ne visera pas la totalité du contrat de financement.

101. Le paragraphe 1 prévoit que le choix de la loi doit être expressément exprimé. Le Groupe de travail a reconnu qu'un choix implicite irait dans le sens des tendances actuelles du droit international privé. Toutefois, il a été largement estimé qu'une approche différente se justifie dans le cas des opérations de financement dans lesquelles la certitude est primordiale et peut déterminer si une opération aura lieu et à quel coût.

102. Le paragraphe 2 porte sur les cas exceptionnels où les parties ne sont pas convenues de la loi applicable au contrat de cession ou en sont convenues, mais leur convention est ultérieurement jugée non valable. Il fait référence au critère de la relation la plus étroite, qui peut aboutir à l'application de la loi du lieu où est situé le cédant (par exemple, dans le cas d'une cession à titre de vente) ou de la loi du lieu où est situé le cessionnaire (par exemple, dans une cession à titre de garantie faite dans le cadre d'une opération de crédit). Pour associer souplesse et certitude, le paragraphe 2 introduit une présomption réfragable selon laquelle l'État ayant la relation la plus étroite avec le contrat est la loi du lieu où est situé le cédant, à savoir, dans ce contexte, son établissement. Étant donné le champ d'application limité du paragraphe 2, le Groupe de travail a estimé qu'une telle référence à l'établissement ne compromettrait pas la certitude nécessaire aux opérations de financement.

103. Le paragraphe 3 vise à refléter le principe généralement accepté selon lequel les parties à un contrat ne peuvent déroger à des règles impératives de la loi applicable lorsqu'elles n'ont pas choisi elles-mêmes de loi, si le contrat ne se rattache qu'à un seul autre État.

### Article 28. *Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 197 à 200
A/CN.9/445, par. 65 à 69
A/CN.9/455, par. 92 à 104 et 117

#### *Commentaire*

104. Conformément au principe selon lequel le projet de Convention ne devrait pas modifier la situation juridique du débiteur, le projet d'article 28 exprime une règle généralement acceptable, à savoir que la relation entre le cessionnaire et le débiteur est soumise à la loi qui régit la créance. Dans le cas des créances contractuelles, cette loi serait celle qui régit le contrat initial, soit probablement la loi choisie par le cédant et le débiteur et, en l'absence d'un tel choix, la loi du pays ayant la relation la plus étroite avec le contrat initial. Le Groupe de travail a décidé d'éviter d'inclure des règles détaillées concernant la loi qui régit la créance. Il a été largement estimé que de telles règles complexes ne sont pas nécessaires dans un chapitre dont l'objectif est d'énoncer quelques règles générales sans traiter toutes les questions de droit international privé relatives à la cession. Il a aussi été généralement estimé qu'il ne serait pas approprié de tenter de déterminer la loi qui régit la créance dans la large gamme des contrats pouvant être à l'origine d'une créance (contrats de vente, contrats d'assurance, contrats relatifs aux opérations sur les marchés financiers, par exemple).

105. Le projet d'article 28, qui s'inspire de l'article 12-2 de la Convention de Rome, a trait à la relation entre le cessionnaire et le cédant. La cession ne crée pas entre ces derniers de relation contractuelle. Le cédant demeure le partenaire contractuel du débiteur, et ce dernier conserve ses droits à l'encontre du cédant. Toutefois, il s'établit une relation de facto entre le cessionnaire et le débiteur du fait que le cessionnaire peut adresser une notification au débiteur lui demandant de payer. Pour éviter tout doute, le projet d'article 28 énonce explicitement qu'il vise les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et la libération de ce dernier (pour ce qui est du droit à compensation, voir le document A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 1 et 2 relatives au projet d'article 28).

106. Le projet d'article 28 porte également sur la cessibilité en tant que question relative au paiement par le débiteur et à la libération de ce dernier. Pour déterminer si cet article vise à la fois la cessibilité contractuelle et la cessibilité légale, il faut savoir quel est le champ d'application du chapitre V, question sur laquelle le Groupe de travail n'a pas encore pris de décision. Si ce chapitre s'applique aux opérations qui entrent dans le champ d'application du projet de Convention, la cessibilité contractuelle relèvera du projet d'article 10, alors que la cessibilité légale sera régie par la loi indiquée dans le projet d'article 28, à condition que le for se trouve dans un État contractant. Si, par contre, le chapitre V s'applique même aux opérations qui n'entrent pas dans le champ d'application du projet de Convention, la cessibilité contractuelle pour ces opérations et la cessibilité légale pour les opérations relevant ou non du projet de Convention seront régies par la loi applicable en vertu du projet d'article 28 (dans ce cas, la cessibilité contractuelle pour les opérations entrant dans le champ d'application du projet de Convention sera régie par le projet d'article 10). Le Groupe de travail a estimé que le projet d'article 28 régirait les interdictions prévues par la loi pour protéger le débiteur (par exemple, les restrictions relatives à la cession des créances souveraines) ou pour protéger le cédant (par exemple, les restrictions relatives à la cession de salaires, de pensions et de prestations d'assurance-vie). À cet égard, le Groupe de travail est parti du principe que, si la loi régissant la créance allait à l'encontre d'une interdiction légale figurant dans une règle d'ordre public ou une règle de droit impératif de l'État du for et visant à protéger le cédant, elle pourrait être écartée et même remplacée par la règle de droit impératif de l'État du for ou d'un autre État (A/CN.9/WG.II/WP.104, remarque 3 relative au projet d'article 28). Le Groupe de travail souhaitera peut-être revoir cette question. Les interdictions légales visant à protéger le cédant entraînent la nullité des cessions entre les parties à ces cessions et, par conséquent, à l'égard du débiteur. En conséquence, la question de la relation entre le cessionnaire et le débiteur ne se pose même pas dans ce contexte. Il pourrait donc être plus approprié de faire régir ces interdictions légales par la loi du lieu où est situé le cédant plutôt que par la loi régissant la créance.

[Article 29. *Loi applicable aux conflits de priorité*

*Références:*

A/CN.9/445, par. 70 à 74
A/CN.9/455, par. 105 à 110

### *Commentaire*[2]

107. Le projet d'article 29 figure entre crochets en attendant que le Groupe de travail décide du champ d'application ou de l'objet du chapitre V. Son maintien ne se justifiera que si le chapitre V s'étend aux opérations n'entrant pas dans le champ d'application du projet de Convention au titre du chapitre premier. Si le chapitre V a le même champ d'application que les autres parties du projet de Convention, le projet d'article 29 reprend des règles apparaissant dans les projets d'articles 24 à 26 et pourrait donc être supprimé. S'il est maintenu, il devra être aligné sur ces projets d'articles (voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques relatives au projet d'article 29). Si le chapitre V s'applique indépendamment du chapitre premier, il pourrait être nécessaire de préciser qu'il s'applique également aux conflits ayant trait à une cession subséquente comme si le cessionnaire subséquent était le cessionnaire initial (cette question est traitée au chapitre premier, projet d'article 2 *b*).

108. En tant que règle de droit international privé, le projet d'article 29 a pour objet d'assurer la certitude quant à la loi applicable aux conflits de priorité. Cette certitude dépend d'une référence à la loi d'une juridiction unique et aisément déterminable (la loi du lieu "d'incorporation" ou du lieu de l'administration centrale du cédant; voir A/CN.9/WG.II/WP.104, remarques 4 à 10 relatives au projet d'article 5).

109. La priorité est définie au projet d'article 5 *i* comme une préférence (dans le paiement ou une autre forme de libération), et le projet d'article 29 spécifie les parties entre lesquelles peuvent naître de tels conflits. Étant donné que le débiteur ne figure pas parmi ces parties, la priorité ne concerne pas sa libération. Par conséquent, il ne peut être demandé au débiteur dont la libération relève de la loi qui régit la créance de payer de nouveau la partie ayant la priorité en vertu de la loi du lieu où est situé le cédant.

## Article 30. *Règles impératives*

*Références:*

A/CN.9/455, par. 111 à 117

### *Commentaire*

110. Le paragraphe 1 vise à rendre compte d'un principe généralement accepté en droit international privé, selon lequel le droit impératif du for peut être appliqué quelle que soit la loi applicable par ailleurs. Le droit impératif dans ce contexte ne renvoie pas à une loi à laquelle il ne peut être dérogé par convention mais à une loi d'une importance fondamentale telle que la loi sur la protection des consommateurs ou une loi de police.

111. Le paragraphe 2 introduit une règle différente, à savoir qu'un tribunal d'un État contractant peut n'appliquer ni la législation de son propre pays ni la loi applicable en vertu des projets d'articles 27 et 28, mais la loi d'un pays tiers au motif que les questions réglées dans ces dispositions ont une relation étroite avec ce dernier pays.

112. Le Groupe de travail, s'écartant de l'approche suivie dans les textes de droit international privé, a décidé de limiter le champ du projet d'article 30 à l'application de la loi applicable au contrat de cession et à la relation entre le cessionnaire et le débiteur. Il a été généralement estimé qu'une telle approche se justifiait pour ce qui était de la loi applicable aux questions de priorité, puisque les règles de priorité ont elles-mêmes un caractère obligatoire et que le fait de les écarter en faveur des règles impératives de l'État du for ou d'un autre État entraînerait indirectement des incertitudes quant aux droits des tiers, ce qui aurait un impact négatif sur la disponibilité et le coût du crédit.

## Article 31. *Ordre public*

*Références:*

A/CN.9/455, par. 118 et 119

### *Commentaire*

113. Le projet d'article 31 se différencie du projet d'article 30 dans la mesure où il a uniquement un effet négatif, à savoir de déroger à une règle de la loi applicable si cette règle est manifestement contraire à l'ordre public du for. Contrairement au projet d'article 30, le projet d'article 31 n'a pas d'effet positif, c'est-à-dire qu'il n'entraîne pas d'application positive des règles d'ordre public du for. En d'autres termes, l'ordre public dans le contexte du projet d'article 31 signifie l'ordre public international et non l'ordre public interne du for.

114. Conformément à l'approche suivie dans d'autres textes juridiques internationaux, le qualificatif "manifestement" a été ajouté avant les mots "contraire à l'ordre public" (voir par. 90). Il convient de noter que c'est l'application de la loi applicable à un cas particulier et non la loi applicable en elle-même qui doit être manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for. L'application d'une loi étrangère, par conséquent, ne peut être refusée au motif que la loi elle-même, d'une manière générale, est jugée préjudiciable à l'ordre public du for, mais uniquement si l'application d'une règle particulière dans un cas particulier irait à l'encontre de cet ordre public.

[2]En fonction de la décision du Groupe de travail concernant le champ d'application et l'objet du chapitre V, le projet d'article 29, qui est censé reprendre les règles figurant dans les projets d'articles 24 à 26, sera maintenu ou supprimé. C'est pourquoi il ne fait l'objet, à ce stade, que d'un bref commentaire.

# E. Commentaire analytique sur le projet de Convention sur la cession de créances [à des fins de financement] [dans le commerce international]: note du secrétariat

## (A/CN.9/470) [Original: anglais]

### TABLE DES MATIÈRES


| | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|
| INTRODUCTION | 1-3 | 311 |
| COMMENTAIRE ANALYTIQUE | 4-235 | 312 |
| Titre et préambule | 4-12 | 312 |
| CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION | 13-54 | 315 |
| Structure du chapitre premier | 13 | 315 |
| Article premier. Champ d'application | 14-23 | 315 |
| Article 2. Cession de créances | 24-37 | 317 |
| Article 3. Internationalité | 38-40 | 321 |
| Article 4. Exclusions | 41-49 | 322 |
| Article 5. Limitations concernant les cessions de créances autres que les créances commerciales | 50-54 | 323 |
| CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES | 55-79 | 324 |
| Article 6. Définitions et principes d'interprétation | 55-73 | 324 |
| Article 7. Autonomie des parties | 74-75 | 328 |
| Article 8. Principes d'interprétation | 76-79 | 328 |
| CHAPITRE III. EFFETS DE LA CESSION | 80-108 | 330 |
| Forme de la cession | 80-82 | 330 |
| Article 9. Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures et de fractions de créances | 83-95 | 330 |
| Article 10. Date de la cession | 96-97 | 333 |
| Article 11. Limitations contractuelles à la cession | 98-104 | 333 |
| Article 12. Transfert de sûretés | 105-108 | 335 |
| CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS | 109-186 | 336 |
| Section I. Cédant et cessionnaire | 109-127 | 336 |
| Objet de la section I | 109 | 336 |
| Article 13. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire | 110-112 | 336 |
| Article 14 Garanties dues par le cédant | 113-120 | 337 |
| Article 15 Droit de notifier la cession au débiteur | 121-124 | 339 |
| Article 16. Droit du cessionnaire à recevoir paiement | 125-127 | 340 |
| Section II. Débiteur | 128-160 | 341 |
| Article 17. Principe de la protection du débiteur | 128-129 | 341 |
| Article 18. Notification de la cession au débiteur | 130-132 | 342 |
| Article 19. Paiement libératoire du débiteur | 133-142 | 343 |
| Article 20. Exceptions et droits à compensation du débiteur | 143-147 | 345 |
| Article 21. Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation | 148-153 | 346 |
| Article 22. Modification du contrat initial | 154-158 | 348 |
| Article 23. Recouvrement des paiements | 159-160 | 349 |
| Section III. Autres parties | 161-186 | 349 |
| Structure de la section III | 161 | 349 |
| Article 24. Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties | 162-178 | 350 |
| Article 25. Ordre public et droits préférentiels | 179-182 | 353 |
| Article 26. Règles spéciales relatives au produit | 183-185 | 354 |
| Article 27. Renonciation | 186 | 355 |

| | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|
| CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS | 187-199 | 355 |
| Champ d'application et objet du chapitre V | 187-199 | 355 |
| Article 28. Loi applicable aux droits et obligations du cédant et du cessionnaire | 190-193 | 356 |
| Article 29. Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur | 194-196 | 357 |
| Article 30. Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties | 197 | 358 |
| Article 31. Règles impératives | 198 | 359 |
| Article 32. Ordre public | 199 | 359 |
| CHAPITRE VI. CLAUSES FINALES | 200-223 | 359 |
| Article 33. Dépositaire | 200 | 359 |
| Article 34. Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion | 201 | 360 |
| Article 35. Application aux unités territoriales | 202 | 360 |
| Article 36. Conflits avec d'autres accords internationaux | 203-211 | 360 |
| Article 37. Application du chapitre V | 212 | 363 |
| Article 38. Limitations concernant les personnes publiques | 213-214 | 363 |
| Article 39. Autres exclusions | 215 | 363 |
| Article 40. Application de l'annexe | 216 | 364 |
| Article 41. Effets des déclarations | 217-219 | 364 |
| Article 42. Réserves | 220 | 365 |
| Article 43. Entrée en vigueur | 221 | 365 |
| Article 44. Dénonciation | 222 | 366 |
| Clauses finales supplémentaires | 223 | 366 |
| ANNEXE DU PROJET DE CONVENTION | 224-235 | 366 |
| Section I. Règles de priorité fondées sur l'enregistrement | 226-228 | 367 |
| Article premier. Priorité entre plusieurs cessionnaires | 226-227 | 367 |
| Article 2. Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant | 228 | 367 |
| Section II. Enregistrement | 229-233 | 367 |
| Article 3. Création d'un système d'enregistrement | 229-230 | 367 |
| Article 4. Enregistrement | 231-232 | 368 |
| Article 5. Recherches dans le registre | 233 | 369 |
| Section III. Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession | 234-235 | 369 |
| Article 6. Priorité entre plusieurs cessionnaires | 234 | 369 |
| Article 7. Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant | 235 | 369 |


## INTRODUCTION

1. À sa vingt-huitième session, en 1995, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a décidé de confier au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux le soin d'élaborer une loi uniforme sur la cession de créances à des fins de financement[1]. À cette même session, la Commission était saisie d'un 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). Il a été convenu que ce rapport, qui exposait les préoccupations et les objectifs sous-tendant le projet ainsi que le contenu que pourrait avoir la loi uniforme, offrirait une base utile au Groupe de travail pour ses délibérations[2].

2. Le Groupe de travail a entamé ses travaux à sa vingt-quatrième session, en novembre 1995, par l'examen

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

[2] Ibid., par. 379. À ses vingt-sixième et vingt-septième sessions, la Commission était saisie de deux autres rapports du Secrétaire général (A/CN.9/378/Add.3 et A/CN.9/397). Pour l'examen de ces rapports, voir ibid., *quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 297 à 301, et *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), par. 208 à 214.

du rapport du Secrétaire général[3]. De sa vingt-cinquième à sa trente et unième session, il a examiné des projets d'articles révisés établis par le secrétariat[4] et, de sa vingt-neuvième à sa trente et unième session, il a adopté un projet de Convention dont le titre exact reste à déterminer[5]. À sa trente et unième session, il était saisi d'un commentaire préliminaire sur le projet de Convention établi par le secrétariat[6]. À cette session, il a été convenu que le secrétariat finaliserait et distribuerait le commentaire en vue d'aider la Commission à examiner et à finaliser le projet de Convention à sa trente-troisième session, qui se tiendra à New York, du 12 juin au 7 juillet 2000[7].

3. La présente note a été établie en conséquence. Elle vise à fournir un résumé des raisons de l'adoption de telle ou telle disposition et de ses principaux objectifs, ainsi que des explications et interprétations de certains termes, sans toutefois rendre complètement compte des travaux préparatoires ou de toutes les propositions et dispositions qui n'ont pas été retenues. Pour les personnes souhaitant avoir de plus amples informations sur l'évolution de telle ou telle disposition, le commentaire énumère les renvois aux parties pertinentes des rapports des huit sessions du Groupe de travail[8]. Une fois rédigé le texte définitif du projet de Convention, la Commission souhaitera peut-être prier le secrétariat d'établir une version finale du commentaire, qui servirait de guide législatif officieux et d'outil d'interprétation.

## COMMENTAIRE ANALYTIQUE

### Projet de Convention sur la cession de créances [à des fins de financement] [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 entres 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 [aux cessions de créances] [au financement par cession de créances,] [notamment aux 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] crédits à des taux plus favorables,

*Sont convenus* de ce qui suit:

*Références:*

A/CN.9/420, par. 14 à 18
A/CN.9/434, par. 14 à 16
A/CN.9/445, par. 120 à 124
A/CN.9/455, par. 157 à 159
A/CN.9/456, par. 19 à 21 et 60 à 65

#### *Commentaire*

##### *Titre*

4. La Commission voudra peut-être déterminer s'il convient de conserver dans le titre du projet de Convention les termes "à des fins de financement" ou "dans le commerce international" (pour une liste non exhaustive et une brève description des pratiques visées par le projet de Convention, voir les paragraphes 6 à 12). Les termes "à des fins de financement" pourraient induire en erreur en donnant l'impression que le champ d'application du projet de Convention est limité aux opérations purement financières, à l'exclusion d'importantes opérations de service (par exemple, les cessions dans les opérations internationales d'affacturage, qui comprennent une assurance contre la défaillance des débiteurs, ou des services de comptabilité et de recouvrement; le chapitre premier n'exclut pas de telles opérations dans la mesure où il ne mentionne pas l'objectif de financement ou le contexte de la cession; voir par. 26). Les termes "dans le commerce international" peuvent traduire suffisamment bien l'objet général du projet de Convention, qui est de faciliter le mouvement des biens et des services entre les pays, et faire clairement ressortir que ledit projet s'applique aux cessions ayant un élément international et commercial, sans tenter de réglementer les cessions de créances sur consommateurs ou les cessions nationales de créances nationales. D'un autre côté, ces termes pourraient involontairement donner l'impression que le projet de Convention ne s'applique qu'aux

[3]Le rapport du Groupe de travail a été publié sous la cote A/CN.9/420.

[4]Les projets d'articles établis par le secrétariat figurent dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.87, A/CN.9/WG.II/WP.89, A/CN.9/WG.II/WP.93, A/CN.9/WG.II/WP.96, A/CN.9/WG.II/WP.98, A/CN.9/WG.II/WP.102 et A/CN.9/WG.II/WP.104. Les rapports du Groupe de travail sont publiés sous les cotes A/CN.9/420, A/CN.9/432, A/CN.9/434, A/CN.9/445, A/CN.9/447, A/CN.9/455, A/CN.9/456 et A/CN.9/466.

[5]A/CN.9/455, par. 17; A/CN.9/456, par. 18; et A/CN.9/466, par. 19.

[6]A/CN.9/WG.II/WP.105 et A/CN.9/WG.II/WP.106.

[7]A/CN.9/466, par. 215.

[8]Pour éviter toute confusion, les anciens numéros des articles, qui ont été plusieurs fois changés au cours de l'élaboration du projet de Convention, ne sont pas mentionnés. Toutefois, tout ancien numéro ressortira du débat consigné dans les différents rapports du Groupe de travail. L'annexe II du document A/CN.9/466 indique la renumérotation finale des articles.

cessions de créances s'inscrivant dans le commerce international et non aux cessions de créances sur consommateurs, aux cessions internationales de créances nationales ou aux cessions de créances nées de prêts ou d'autres opérations qui peuvent ne pas impliquer la vente de marchandises ou la fourniture de services. En outre, ces termes risquent de ne pas rendre compte du fait que le projet de Convention pourrait avoir une incidence sur les cessions nationales de créances nationales dans la mesure où, par exemple, il est censé prévoir la loi applicable à un conflit entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales (pour cette question, voir également les paragraphes 21 et 169). Somme toute, il pourrait être préférable d'inclure une référence au commerce international dans le titre et d'expliquer ce point dans le commentaire.

*Préambule*

5. L'objet du préambule est d'exposer les principes généraux sur lesquels se fonde le projet de Convention et qui, en vertu de l'article 8, peuvent être utilisés pour combler les lacunes laissées dans le texte. Ces principes sont notamment les suivants: faciliter l'octroi de crédits à des fins commerciales et de consommation à des taux plus favorables, et ce dans l'intérêt de toutes les parties, cédants, cessionnaires et débiteurs; protéger le débiteur, principe selon lequel la situation juridique de ce dernier n'est pas affectée, à moins que cela ne soit expressément prévu dans le projet de Convention; promouvoir la circulation transfrontière des marchandises et des services; améliorer le degré de sécurité et de prévisibilité des droits des parties à des opérations liées à des cessions; moderniser et harmoniser les législations nationales et internationales relatives à la cession au niveau tant des règles de droit matériel que des règles de droit international privé; faciliter de nouvelles pratiques et éviter d'entraver les pratiques existantes; prévenir les entraves à la concurrence. Quant à la référence au financement, qui apparaît entre crochets dans le préambule, la Commission voudra peut-être envisager de la conserver, dans la mesure où l'on pourrait ainsi utilement préciser les principaux objectifs du projet de Convention, sans en limiter le champ d'application, point qui pourrait être expliqué plus en détail dans le commentaire.

*Opérations visées*

6. Compte tenu du sens large donné au terme "créance" à l'article 2 *a* ("droit contractuel au paiement d'une somme d'argent"), le projet de Convention s'applique à un large éventail d'opérations. Il vise en particulier la cession de créances commerciales (nées de la vente de marchandises ou de services entre entreprises), de créances sur consommateurs (nées d'opérations impliquant des consommateurs), de créances financières (nées d'opérations financières telles que des prêts, des comptes de dépôt, des swaps ainsi que des produits dérivés) et des créances souveraines (nées d'opérations avec une personne publique). Afin de préciser le contexte de l'application du projet de Convention, ces pratiques sont brièvement décrites dans les paragraphes qui suivent. La liste ne saurait être exhaustive étant donné, en particulier, que de nouvelles pratiques se développent rapidement, dont le projet de Convention ne peut pas ne pas tenir compte.

7. Sont tout d'abord incluses les méthodes de financement traditionnelles liées aux créances commerciales, telles que l'affacturage (vente simple d'un grand nombre de créances avec ou sans recours) et le forfaitage (vente simple et sans recours de créances uniques portant sur des montants élevés, qu'elles soient documentaires ou non). Dans ces types d'opérations, les cédants cèdent à des financiers leurs droits sur des créances découlant de la vente de biens ou de services. La cession constitue alors normalement un transfert pur et simple, mais peut aussi, pour diverses raisons (droit de timbre, par exemple), être effectuée à des fins de garantie. Le prix d'achat est ajusté en fonction du risque et du temps requis pour le recouvrement de la créance sous-jacente. Aux formes traditionnelles de ces opérations se sont ajoutées plusieurs variantes adaptées aux divers besoins des parties aux opérations commerciales internationales. Par exemple, dans l'escompte de factures, il y a vente simple d'un grand nombre de créances sans notification au débiteur, mais avec pleine possibilité de recours contre le cédant en cas de défaillance du débiteur; dans l'affacturage à échéance, il y a entière gestion du livre des ventes, recouvrement auprès des débiteurs et protection contre les créances douteuses, mais sans aucune facilité financière; dans l'affacturage international, les créances sont cédées à un facteur situé dans le pays du cédant ("facteur exportateur"), puis cédées de nouveau par le facteur exportateur à un autre facteur dans le pays du débiteur ("facteur importateur") à des fins de recouvrement, les facteurs n'ayant pas de recours contre le cédant en cas de défaillance du débiteur (affacturage sans recours). Toutes ces opérations sont visées par le projet de Convention, indépendamment de leur forme.

8. Le projet de Convention couvre également des méthodes de financement novatrices telles que la titrisation et le financement de projet qui peuvent impliquer des créances très diverses, y compris des créances sur consommateurs. Dans une opération de titrisation, un cédant, qui crée des créances de sa propre initiative ("initiateur"), les cède généralement par transfert pur et simple à une entité ad hoc (*"special purpose vehicle"* ou "fonds commun de créances") lui appartenant entièrement et créée spécialement dans le but d'acheter les créances et d'en payer le prix avec l'argent reçu des investisseurs auxquels le fonds commun de créances vend les créances ou les titres garantis par les créances. Étant donné que ces créances sont séparées des autres actifs de l'initiateur, le prix que paient les investisseurs (ou l'argent prêté) est lié à la solidité financière des créances cédées, et non à la solvabilité du cédant. L'initiateur peut ainsi obtenir des crédits plus importants que ne le justifierait sa propre cote de crédit. En outre, en accédant aux marchés internationaux des valeurs mobilières, l'initiateur peut obtenir un crédit à un taux inférieur au taux moyen des crédits accordés par les banques commerciales. Dans les grands projets d'infrastructure générateurs de recettes, les promoteurs mobilisent les capitaux d'investissement initiaux grâce à des emprunts garantis par les recettes futures du projet. Ainsi, les barrages hydroélectri-

ques sont financés sur la base de la garantie de recettes provenant des redevances payées pour l'électricité, les systèmes téléphoniques sont financés par les recettes futures provenant des redevances de télécommunication et les autoroutes sont construites à l'aide des fonds obtenus par la cession des recettes qui seront générées par les péages. Étant donné que le projet de Convention s'applique aux créances futures, ces types de financement de projet peuvent se ramener à des transferts, généralement à titre de garantie, des futures créances que produira le projet en cours de financement. Dans ce contexte, il convient de souligner que l'exclusion, dans le projet de Convention, des cessions effectuées à des fins personnelles, familiales et domestiques n'entraînera pas l'exclusion des créances sur consommateurs.

9. De nombreuses autres formes d'opérations classiques relatives à la cession d'une créance créée dans le cadre d'une transaction financière seront également visées. Il s'agit notamment des suivantes: ouverture de crédits fondée sur la garantie que représente le solde d'un compte de dépôt; refinancement de prêts pour améliorer le rapport capital-obligations ou pour diversifier un portefeuille; cession de l'obligation éventuelle de la compagnie d'assurances de payer au moment du préjudice; et cession des droits découlant d'une lettre de crédit. Sont aussi visées des opérations moins traditionnelles, telles que les crédits consortiaux, les swaps et autres produits dérivés, les conventions de rachat (*"repo"*) et les paiements interbancaires.

10. Un swap est une opération par laquelle deux parties conviennent d'échanger un ensemble d'obligations pour un autre. Les premiers swaps portant sur les paiements d'intérêts englobaient les monnaies, les produits de base, l'énergie et les obligations liées aux crédits, et l'éventail continue de s'élargir. L'idée maîtresse d'un swap est de transférer les risques que comporte une obligation à une autre partie mieux à même de les gérer ou acceptant de les gérer. Dans un swap traditionnel de taux d'intérêts, une entité solvable qui emprunte de l'argent à un taux fixe échange ce taux contre un taux variable auquel une autre entité moins solvable emprunte un montant analogue. Ainsi, la seconde entité emprunte en fait de l'argent à un taux fixe moyennant un droit. Aucun paiement de capital n'a lieu entre les parties au swap (qui découle des opérations de prêt sous-jacentes). Seuls sont payés les intérêts. Dans la pratique, les paiements d'intérêts se trouvent mutuellement compensés, et ne reste qu'un paiement net effectué par la partie qui doit le montant le plus élevé. Ce solde constitue un droit contractuel à une somme d'argent et rentre, par conséquent, dans la définition, large, de l'article 2. Le swap simple de taux d'intérêts connaît plusieurs variantes. Par exemple, un investisseur peut acheter une obligation à taux fixe et échanger ce taux fixe contre le taux d'intérêt variable d'une banque; la banque peut prendre une garantie sur l'obligation de manière à s'assurer que l'investisseur paiera des montants équivalents au taux fixe.

11. Les opérations dérivées constituent une catégorie plus générale d'opérations dont les swaps sont un exemple. Elles ont pour caractéristique commune de créer des obligations de paiement déterminées par le prix d'une opération sous-jacente (c'est la raison pour laquelle elles sont qualifiées de "dérivées"). À l'exception des swaps d'intérêts, la plupart des contrats dérivés portent sur la différence entre le prix futur convenu d'un actif à une date future et le prix effectif du marché à cette date. Par exemple, dans un contrat à terme, une partie convient de livrer à une autre partie à une date future donnée ("date d'échéance") un bien donné (par exemple, une marchandise, une monnaie, une dette, un titre participatif ou un panier d'actions, un dépôt bancaire ou toute autre catégorie de biens) à un prix convenu au moment de la conclusion du contrat et payable à la date d'échéance. Les contrats à terme sont généralement exécutés par le paiement de la différence entre le prix convenu au moment de la conclusion du contrat et le prix du marché à la date d'échéance, et non par la livraison matérielle et le paiement intégral à cette date (ces opérations sont appelées dérivées parce que le règlement ne se fait pas par exécution effective du contrat de vente ou de dépôt mais par le paiement de la différence entre le prix d'un bien effectif et un prix effectif; le contrat dérive d'un contrat commercial ordinaire). Dans les options, l'acheteur a le droit (mais non l'obligation) d'acquérir ("option d'achat") ou de vendre ("option de vente") à une date ultérieure un actif dont le prix est fixé au moment de l'option. Les conventions de rachat (ou *repo*) sont des contrats au titre desquels une partie vend à une autre partie une garantie (généralement à taux fixe) et s'engage simultanément à racheter cette garantie à une date ultérieure et à un prix convenu qui comprend une provision pour les intérêts sur la contrepartie en espèces et les intérêts accumulés sur la garantie. Les paiements dépendent de la remise ou rétrocession de la garantie. Dans les systèmes de paiements interbancaires et de règlement des opérations sur titres, les participants ont l'obligation de procéder à un grand nombre de paiements individuels et ont aussi le droit de recevoir un nombre analogue de paiements d'autres participants. Ces obligations et droits reviennent à des paiements dus au ou par l'ensemble du système (avec recours généralement à une contrepartie centrale) ou dus entre chaque paire de participants.

12. Les produits dérivés, y compris les swaps et les conventions de rachat, s'intègrent généralement dans un accord-cadre de compensation [par exemple, la Convention-cadre de compensation établie par l'International Swaps and Derivatives Association (ISDA)], qui prévoit le règlement net des paiements dus dans la même monnaie et à la même date. La Convention peut également prévoir, en cas de violation par une partie, la résiliation de toutes les opérations en cours à leur coût de remplacement ou à leur valeur loyale et marchande, la conversion des sommes en une seule monnaie et la compensation en un seul paiement effectué par une seule partie au profit de l'autre (les questions relatives à la compensation sont traitées dans la loi type de l'ISDA en la matière adoptée par 21 États). La compensation (à savoir le règlement de créances réciproques jusqu'à la créance la moins élevée) et la compensation globale (soit, sous sa forme la plus simple, la capacité de compenser des créances réciproques sur les actifs d'une contrepartie insolvable) peuvent entrer dans le champ d'application du projet de Convention dans la mesure où l'obligation nette découlant d'un contrat portant sur des opérations dérivées peut être cédée.

## CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION

### *Commentaire*

*Structure du chapitre premier*

13. Au chapitre premier, les questions relatives au champ d'application sont traitées dans différentes dispositions par souci de clarté et de simplicité. L'article premier définit le champ d'application matérielle, uniquement en termes généraux, ainsi que le champ d'application territoriale du projet de Convention. Les articles 2 et 3 définissent le champ d'application matérielle de façon plus détaillée (définition de la cession, de la créance et de l'internationalité d'une cession ou d'une créance). Les articles 4 et 5 portent sur les opérations exclues et celles qui sont traitées de façon différente. L'article 6 se trouve au chapitre II du projet de Convention, car les termes qui y sont définis ne se rapportent pas essentiellement, ou pas uniquement, à des questions de champ d'application. Cependant, la Commission souhaitera peut-être examiner la question de savoir si, compte tenu de l'importance du terme "situé", sa définition, qui figure à l'article 6 i, devrait être déplacée à l'article 2 ou 3, ou dans un nouvel article du chapitre premier.

### 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 du chapitre V 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. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas si un État fait une déclaration au titre de l'article 37.]

4. L'annexe de la présente Convention s'applique dans un État contractant qui a fait une déclaration au titre de l'article 40.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 19 à 32
A/CN.9/432, par. 13 à 38
A/CN.9/434, par. 17 à 41
A/CN.9/445, par. 45 à 48 et 125 à 145
A/CN.9/447, par. 143 à 146
A/CN.9/455, par. 41 à 46 et 160 à 173
A/CN.9/456, par. 22 à 37
A/CN.9/466, par. 145 à 149

### *Commentaire*

*Champ d'application matérielle et territoriale*

14. En vertu de l'article premier, le projet de Convention s'applique aux cessions de créances (pour une définition des termes "cession" et "créance", voir les paragraphes 26, 27, 29 et 30). Toutefois, cette application est subordonnée à l'existence, d'une part, d'un élément d'internationalité (pour une exception, voir le paragraphe 18) et, d'autre part, d'un lien territorial entre certaines parties et l'État contractant. L'internationalité peut se rapporter à la cession ou à la créance. En conséquence, le projet de Convention s'applique aux cessions de créances internationales, que les cessions soient internationales ou nationales, et aux cessions internationales de créances, même si les créances sont nationales. En d'autres termes, peu importe que les créances naissent dans le contexte du commerce national ou international, aussi longtemps que la cession elle-même est internationale (pour les commentaires sur l'internationalité, voir les paragraphes 38 à 40). Le lien territorial peut se rapporter uniquement au cédant ou à ce dernier et au débiteur. Pour l'application des dispositions du projet de Convention autres que les dispositions relatives au débiteur (par exemple, la section II du chapitre IV), seul le cédant doit être situé dans un État contractant. Pour l'application de l'intégralité du projet de Convention, le débiteur doit lui aussi être situé dans l'État contractant (ou la loi régissant la créance doit être la loi d'un État contractant; pour un examen de la question de la localisation, voir les paragraphes 66 à 70).

15. Cette approche de l'application territoriale du projet de Convention repose sur l'hypothèse selon laquelle les principaux litiges que le projet de Convention serait appelé à trancher seraient pris en compte si le cédant (et, uniquement dans le cadre de l'application des dispositions intéressant le débiteur, ce dernier également) était situé dans un État contractant. Ces litiges pourraient surgir dans les cas suivants: droits du cessionnaire opposés au cédant pour manquement à une garantie; exécution des créances par le cessionnaire contre le débiteur; libération du débiteur; exceptions opposées par le débiteur au cessionnaire; droits relatifs du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant; droits de priorité relatifs du cessionnaire et d'un cessionnaire concurrent; et efficacité des cessions subséquentes. Le Groupe de travail a aussi estimé que l'exécution interviendrait normalement là où est situé le cédant ou le débiteur et qu'il n'était donc pas nécessaire de faire référence au lieu où est situé le cessionnaire, et que l'application des dispositions du projet de Convention autres que celles énoncées à la section II du chapitre IV n'aurait pas d'incidence sur le débiteur et qu'il n'était donc pas nécessaire d'exclure l'application de toutes les dispositions du projet de Convention si le débiteur n'était pas situé dans un État contractant.

16. Grâce à cette approche, le champ d'application territoriale du projet de Convention est suffisamment large, et il n'est donc pas nécessaire de l'étendre aux cas où aucune partie ne serait située dans un État contractant mais où la loi d'un État contractant serait applicable en vertu des règles de droit international privé du for. Le Groupe de travail a estimé qu'une telle approche pourrait donner lieu à

des incertitudes, tout au moins dans la mesure où le droit international privé relatif à la cession n'était pas uniforme et, en tout état de cause, parce que les parties ne sauraient pas, au moment de la conclusion d'une opération, où un conflit risquerait de surgir et, partant, quelles règles de droit international privé pourraient s'appliquer. Toutefois, si le for est situé dans un État non contractant, les tribunaux ne sont pas liés par le projet de Convention. Par conséquent, bien que l'article premier ne fasse pas référence à l'application du projet de Convention en vertu des règles de droit international privé, les tribunaux d'un État non contractant ne peuvent être empêchés d'appliquer le projet de Convention dans le cadre de la loi désignée par leurs règles de droit international privé. Pour ce qui est de l'application du projet de Convention en tant que loi applicable en vertu des règles de droit international privé d'un État non contractant, il conviendra de savoir si les tribunaux d'un État non contractant appliqueraient le projet de Convention uniquement si les tribunaux d'un État contractant le faisaient (à savoir si les critères d'application matérielle et territoriale sont satisfaits), ou même si les tribunaux d'un État contractant ne l'appliquaient pas (c'est-à-dire si les conditions du chapitre premier ne sont pas satisfaites). La Commission voudra peut-être se pencher sur cette question.

17. Au titre du paragraphe 2 de l'article premier, les dispositions du projet de Convention relatives au débiteur peuvent s'appliquer aux cas dans lesquels le débiteur n'est pas situé dans un État contractant, mais où la loi d'un État contractant régit la créance cédée. Dans ce cas de figure, une approche différente est adoptée pour le champ d'application territoriale du projet de Convention, car le Groupe de travail a estimé que la certitude quant à l'application du projet de Convention ne se trouverait pas indûment compromise. En outre, contrairement au paragraphe 1, le paragraphe 2 de l'article premier ne précise pas le moment où le débiteur doit être situé dans un État contractant ou celui où la créance doit être régie par la loi d'un État contractant (pour cette question, voir également les paragraphes 202 et 219). La Commission pourrait souhaiter préciser ce moment. Le moment de la conclusion du contrat initial pourrait être préférable du point de vue de la protection du débiteur, puisque la prévisibilité de l'application du projet de Convention aux questions relatives au débiteur s'en trouverait améliorée. Un tel choix serait également compatible avec l'article 39, qui mentionne le lieu où est situé le débiteur dans un État faisant une déclaration au moment du contrat initial. Toutefois, le cédant, le cessionnaire et les tiers ne seraient alors pas en mesure de déterminer, dans le cas de créances futures, si le projet de Convention s'applique aux droits et obligations du débiteur (pour un problème connexe concernant les créances futures faisant l'objet d'une cession nationale, voir les paragraphes 39 et 40).

*Cessions subséquentes*

18. Conformément au principe de *continuatio juris*, le projet de Convention s'applique également aux cessions subséquentes effectuées, par exemple, dans le contexte d'opérations internationales d'affacturage, de titrisation et de refinancement, sous réserve que toute cession antérieure soit régie par le projet de Convention (et indépendamment du fait qu'il existe ou non un élément d'internationalité). En conséquence, même une cession nationale de créances nationales peut entrer dans le champ d'application du projet de Convention s'il s'agit d'une cession subséquente à une cession internationale. La raison d'une telle approche est la suivante: à moins que toutes les cessions d'une série de cessions ne soient soumises à un seul et même régime juridique, il serait très difficile d'aborder les questions associées aux cessions de façon uniforme. La Commission voudra peut-être se demander si le projet de Convention devrait s'appliquer aux cessions subséquentes uniquement si le cédant est situé dans un État contractant.

19. Le projet de Convention s'applique aussi aux cessions subséquentes qui, en soi, relèvent de l'alinéa *a* de l'article premier, qu'une cession antérieure soit régie ou non par le projet de Convention (comme il ne s'agit pas d'un type distinct de cession, la Commission voudra peut-être réexaminer où devrait se situer le paragraphe 1 *c* de l'article premier). Il s'ensuit que, dans une série de cessions, le projet de Convention ne peut s'appliquer qu'à certaines d'entre elles. D'où une rupture avec le principe de *continuatio juris*. Toutefois, le Groupe de travail a jugé nécessaire de suivre cette approche, étant entendu que les parties à des cessions dans des opérations de titrisation, où la première cession est une cession nationale et porte sur des créances nationales, ne devraient pas être privées des avantages que pourrait dégager l'application du projet de Convention. Cette approche repose sur l'hypothèse qu'il ne serait pas indûment porté atteinte à certaines pratiques nationales (à ce sujet, voir le paragraphe 20).

*Relation avec le droit national*

20. La prise en compte dans le projet de Convention des cessions internationales de créances nationales ou même de cessions nationales de créances nationales effectuées dans le cadre de cessions subséquentes permettrait aux parties commerciales à des opérations nationales d'avoir un accès plus large aux marchés financiers internationaux et, de ce fait, à un crédit potentiellement meilleur marché. Les intérêts de cédants protégés, par exemple, par les dispositions du droit national interdisant les cessions de créances futures ou les cessions globales ne seraient pas indûment lésés dans la mesure où le projet de Convention n'empêche pas le cédant d'offrir ses créances à différents prêteurs à des fins de crédit (par exemple, à un fournisseur de matériel à crédit ou à une institution de financement en contrepartie de fonds de roulement), étant entendu qu'il ne donne pas la priorité à l'un par rapport aux autres. Les intérêts des débiteurs, protégés par le droit national, ne seraient pas non plus indûment lésés, du moins dans la mesure où le projet de Convention exige que le débiteur soit situé dans un État contractant et limite les effets d'une cession sur le débiteur essentiellement à un paiement à un autre créancier dans le pays et dans la monnaie stipulés dans le contrat initial. Les intérêts des cessionnaires nationaux ne seraient pas non plus indûment lésés, car le projet de Convention ne donne pas la priorité à un cessionnaire étranger sur un cessionnaire national. Il indique simplement la législation nationale qui régirait la priorité. En outre, pour qu'un conflit entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger soit visé par le projet de Convention (alinéa *a* i de l'article 24), le cédant devrait être situé

dans un État contractant (alinéa *a* de l'article premier), et cet État, selon la définition retenue dans le cas d'une cession nationale d'une créance nationale (art. 3), serait l'État dans lequel le débiteur national et le cessionnaire national sont situés. Toutefois, en raison de la règle de localisation de l'administration centrale, différentes lois pourraient s'appliquer à un conflit entre une cession effectuée par une succursale et une cession effectuée par le siège, si la succursale ou le siège n'est pas situé dans un État contractant.

*Champ d'application du chapitre V*

21. En vertu du paragraphe 3 de l'article premier, les règles de droit international privé du chapitre V s'appliquent aux cessions comportant un élément international tel que défini à l'article 3, que le cédant ou le débiteur soit situé ou non dans un État contractant. Le fait de limiter le champ d'application du chapitre V se justifie par le désir de réduire toute possibilité de conflit avec d'autres conventions traitant de questions de droit international privé relatives à la cession [par exemple, avec la Convention de l'Union européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Rome, 1980 (la "Convention de Rome"), et la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, Mexico, 1994 (la "Convention de Mexico")]. La Commission voudra peut-être revoir cette approche. Il ne semblerait pas judicieux de définir le champ d'application des règles du droit international privé en faisant référence à des notions fondamentales, voire à des notions artificielles, de l'internationalité. En tout état de cause, la question des conflits avec d'autres textes de droit international privé est déjà suffisamment traitée à l'article 36 (qui donne la priorité à tout autre texte législatif international portant sur les mêmes questions) et à l'article 37 (qui autorise les États à exclure l'application du chapitre V).

22. La Commission voudra peut-être également aborder la question de la hiérarchie entre les dispositions de droit matériel et les dispositions de droit international privé du projet de Convention, pour faire en sorte que les dispositions de droit matériel s'appliquent en premier lieu (la question est traitée à l'article 24 par le membre de phrase: "À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention"). On pourrait, au début du chapitre V, insérer une nouvelle disposition qui porterait sur le champ d'application du chapitre V, la question de la hiérarchie entre le chapitre V et le reste du projet de Convention et le droit des États d'exclure l'application du chapitre V. Une telle disposition pourrait être libellée comme suit: "Le chapitre V s'applique aux cessions indépendamment des dispositions du chapitre premier. Dans le cas d'une cession à laquelle s'applique la présente Convention conformément au chapitre premier, le chapitre V s'applique aux questions qui ne sont pas réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention. Si un État fait une déclaration en vertu de l'article 37, le chapitre V ne s'applique pas." L'article 37 servirait à expliquer l'effet d'une telle déclaration (pour d'autres observations sur le champ d'application et l'objet du chapitre V, voir les paragraphes 187 à 189). Si une telle approche était retenue, le paragraphe 3 de l'article premier pourrait être supprimé, ou il pourrait simplement mentionner que les États peuvent faire une réserve au sujet de l'application du chapitre V.

*Application de l'annexe*

23. L'article 24 du projet de Convention soumet les questions de priorité à la législation du lieu dans lequel le cédant est situé (pour la définition de l'expression "est situé", voir l'alinéa i de l'article 6). Considérant que certains États ont peut-être besoin de moderniser ou d'adapter leurs règles de priorité, le paragraphe 4 de l'article premier autorise les États à opter pour l'une des deux règles de priorité de droit matériel énoncées à l'annexe. Le paragraphe 2 de l'article 40 précise l'effet d'une déclaration faite au titre du paragraphe 4 de l'article premier, à savoir que, aux fins de l'article 24, la loi du lieu de situation du cédant est la règle de priorité énoncée à l'annexe, choisie par l'État contractant dans lequel est situé le cédant (pour les choix accordés aux États et les effets des déclarations, voir le paragraphe 216). Lorsque l'article 40 aura été finalisé, la Commission voudra peut-être revoir la formulation du paragraphe 4 de l'article premier et déterminer la place à lui donner dans le projet de Convention.

### 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.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 33 à 44
A/CN.9/432, par. 39 à 69 et 257
A/CN.9/434, par. 62 à 77
A/CN.9/445, par. 146 à 153
A/CN.9/456, par. 38 à 43
A/CN.9/466, par. 87 à 91

### *Commentaire*

*Cession et contrat de cession ou contrat de financement*

24. Comme la plupart des systèmes juridiques, le projet de Convention établit une distinction entre la cession proprement dite en tant que transfert de biens et le contrat de cession en tant qu'opération créant une obligation personnelle (en d'autres termes, entre la cession et sa cause, à savoir une vente, un accord de garantie, un don ou un paiement). Cette distinction peut être évidente lorsque le contrat de cession et la cession interviennent à des moments différents et relèvent d'accords distincts (par exemple, dans les opérations de titrisation et de financement de projet). Mais elle peut être moins évidente lorsque les deux

opérations interviennent simultanément et relèvent d'un seul et même contrat (par exemple, dans les opérations d'affacturage). Si le projet de Convention porte principalement sur la cession en tant que transfert de droits de propriété sur des créances, il traite aussi de questions contractuelles aux articles 13 à 16 et 28. Toutefois, il n'aborde pas la question de la relation entre la cession et le contrat de cession. Cette relation est traitée différemment d'un système juridique à l'autre. Dans certains systèmes, l'efficacité d'une cession est subordonnée à la validité du contrat. Dans d'autres, la cession est considérée comme une "opération abstraite", à savoir indépendante juridiquement du contrat sous-jacent, en ce sens que tout vice dans ce dernier n'influe pas automatiquement sur la validité de la cession, et vice versa. Dans d'autres encore, la cession est un acte distinct mais peut être compromise par l'invalidité du contrat. Dans la pratique, un vice dans le contrat de cession entraîne souvent l'annulation de la cession proprement dite. Toutefois, dans les quelques cas où seul le contrat peut être non valide, le cédant ne pourra faire valoir qu'un droit personnel à l'encontre du cessionnaire, limité à la restitution des montants constituant un enrichissement sans cause, et il ne pourra pas obtenir que les créances cédées soient séparées des biens du cessionnaire insolvable ni s'opposer à la saisie des créances cédées dont dispose ce dernier.

25. En particulier le projet de Convention ne mentionne pas l'objet de la cession, à savoir si une cession est effectuée à des fins purement financières ou à des fins de comptabilité, de recouvrement, d'assurance, de gestion des risques, de diversification de portefeuille, ou autres. Ces restrictions iraient à l'encontre de l'objet du contrat de cession ou du contrat de financement et auraient pour effet: de limiter inopportunément le champ d'application du projet de Convention aux opérations purement financières et de créer un régime spécial pour les cessions à des fins de financement, même si un tel régime n'est pas nécessaire; de donner lieu à des incertitudes dans la mesure où les termes "de financement" et "commerciales" ne font pas l'objet d'une interprétation universelle, et qu'une définition uniforme de ces termes n'est ni possible ni souhaitable; et d'exclure inutilement du champ d'application de la Convention des opérations importantes où seuls des services peuvent être fournis (s'agissant de l'incidence que pourrait avoir une telle approche sur le droit national, voir le paragraphe 20; quant aux conflits potentiels avec la Convention d'Ottawa sur l'affacturage international, 1980 (la "Convention d'Ottawa"), voir les paragraphes 204 à 206).

*"Transfert par convention"*

26. Afin de faire entrer dans le champ d'application du projet de Convention, outre les cessions, d'autres pratiques portant sur le transfert de droits de propriété sur des créances, comme la subrogation contractuelle ou le nantissement, l'article 2 définit la "cession" comme un transfert. Cette approche tient compte du fait que d'importantes opérations de financement par cession de créances, comme l'affacturage, se font, dans certains systèmes juridiques, par le biais d'une subrogation contractuelle ou d'un nantissement. Le projet de Convention a pour objet non pas tellement de créer un nouveau type de cession que d'offrir des règles uniformes sur les cessions et sur les pratiques liées aux cessions comportant un élément international, qui, bien que visées en théorie par la législation nationale en vigueur, ne sont peut-être pas suffisamment développées vu les limitations à l'application de la législation nationale aux questions de droit impératif dans un contexte international. L'emploi des mots "par convention" a pour objet d'exclure les transferts de plein droit (par exemple, la subrogation légale).

27. Il est prévu de prendre en compte à la fois les transferts purs et simples, y compris ceux effectués à des fins de garantie, et les cessions à titre de garantie, qu'une contrepartie, un crédit ou des services connexes soient fournis ou promis au moment de la cession ou antérieurement (la contrepartie n'est pas mentionnée à l'article 2, car cette question relève du contrat de cession ou du contrat de financement). Afin d'éviter toute ambiguïté quant au point de savoir si une cession à titre de garantie est visée, cette question est expressément traitée à l'alinéa *a* du projet d'article 2, qui crée la fiction juridique selon laquelle, aux fins du projet de Convention, la création de droits sur des créances à titre de garantie est considérée comme un transfert. Toutefois, le projet de Convention ne définit pas les cessions pures et simples et les cessions à titre de garantie. Cette question est régie par d'autres lois applicables en dehors du projet de Convention, car, compte tenu des grandes divergences existant entre les systèmes juridiques dans la classification des transferts, une cession à titre de garantie pourrait en fait posséder les attributs d'une vente, alors qu'une vente pourrait être utilisée à titre de garantie.

*"Une personne à une autre personne"*

28. Le cédant et le cessionnaire peuvent être des personnes morales ou des particuliers, commerçants ou consommateurs. En particulier, la cession entre particuliers est visée, à moins que le cessionnaire ne soit un consommateur et que la cession ne soit effectuée pour ses propres besoins de consommation (par. 1 *a* de l'article 4). De ce fait, la cession de créances sur cartes de crédit ou de prêts garantis par des biens immobiliers dans les opérations de titrisation et la cession de recettes provenant de routes à péage dans les accords de financement de projet entrent dans le champ d'application du projet de Convention. Compte tenu du fait que, dans ce dernier, le singulier englobe le pluriel et réciproquement, une cession effectuée par de nombreuses personnes (par exemple, les propriétaires conjoints de créances) ou à de nombreuses personnes (par exemple, un consortium de financiers) est également prise en compte (de même que la cession de plus d'une créance). Toutefois, dans la détermination du champ d'application territoriale ou de l'internationalité, chaque cession devrait être considérée comme une cession distincte et satisfaire aux conditions du chapitre premier pour que le projet de Convention s'applique (pour les cas mettant en jeu plusieurs débiteurs, voir le paragraphe 38). Dans le cas d'une cession à un mandataire agissant au nom de plusieurs personnes, le point de savoir s'il y a un ou plusieurs cessionnaires est subordonné au pouvoir exact que détient le mandataire: ce dernier est-il un simple agent ou a-t-il le pouvoir de prendre des décisions de fond? Cette question est régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention.

*"Droit contractuel du cédant au paiement d'une somme d'argent"*

29. Il est prévu de prendre en compte les créances nées de tout type de contrat, que celui-ci existe au moment de la cession ou non. Le transfert de créances nées de l'application de la loi, comme les créances extracontractuelles, les créances nées d'un enrichissement sans cause, les créances fiscales ou les créances fixées par décision de justice ou découlant de sentences arbitrales, sont exclues, à moins qu'elles ne soient confirmées dans un règlement conventionnel. Ce qu'on entend par droit "contractuel" est une question d'interprétation conformément à la loi régissant ce droit. Toutefois, les créances contractuelles dont la cession est visée par le projet de Convention incluent: les créances nées en vertu de contrats de vente de marchandises ou de fourniture de services, que ces contrats soient des opérations commerciales ou à des fins de consommation; les créances sous forme de redevances découlant de l'octroi de licences touchant à la propriété intellectuelle; les dommages-intérêts pour contravention au contrat; les intérêts s'ils étaient dus en vertu du contrat initial; les dividendes provenant d'actions, qu'ils aient été déclarés au moment de la cession ou qu'ils soient nés après la cession; le droit de recevoir le paiement du produit d'une garantie indépendante ou d'une lettre de crédit; les créances sous forme de soldes créditeurs sur des comptes de dépôt ou d'opérations sur valeurs mobilières.

30. Si, dans le principe, le droit du cédant/vendeur sur toute marchandise restituée par l'acquéreur (débiteur) n'est pas une créance en vertu du projet de Convention, dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, il est traité comme une créance dans la mesure où toute marchandise restituée par l'acquéreur remplace la créance cédée (art. 16; mais, à l'égard de tiers, le cessionnaire n'a pas de droit sur des marchandises restituées, dans la mesure où elles sont exclues de la définition du mot "produit" à l'alinéa *k* de l'article 6). En outre, les droits non monétaires convertibles en une somme d'argent (par exemple, la cession de droits découlant d'un swap de produits de base) sont des créances dont la cession est prise en compte. Dans la mesure où la conversion est prévue dans le contrat initial, ce résultat est implicite à l'article 2. Si, toutefois, elle n'est pas prévue dans le contrat initial, il est envisagé, conformément à la décision du Groupe de travail, de prendre en compte la cession de droits non monétaires convertis en dommages-intérêts pour contravention au contrat. Ce résultat est également implicite à l'article 5, qui a trait aux swaps et aux opérations dérivées. La Commission tiendra peut-être à formuler explicitement cette interprétation dans le projet de Convention. Elle voudra peut-être également envisager s'il convient de prendre en considération les cessions unilatérales, bien que de telles cessions soient rares dans la pratique. En outre, après acceptation du produit de la créance cédée, une cession existerait de facto. Toutefois, dans les rares cas où une cession unilatérale est effectuée et qu'un conflit surgit à propos d'une cession visée par la Convention avant que n'intervienne un accord implicite sous forme d'une acceptation de paiement par le cessionnaire, il pourrait être souhaitable de faire en sorte que le conflit soit réglé conformément à l'article 24, en vertu de la loi du lieu où est situé le cédant.

*Droits à exécution non monétaires*

31. La cession d'autres droits contractuels, non monétaires (par exemple, le droit à exécution, le droit de déclarer la résolution du contrat ou le droit de demander la livraison d'un produit ou la remise d'une sûreté en vertu d'un accord de swap ou de rachat), ou de droits mixtes (par exemple, le droit de présenter des documents et de demander paiement au titre d'une garantie indépendante ou d'une lettre de crédit), n'est pas visée. La Commission voudra peut-être réexaminer la question de l'exclusion de la cession de droits contractuels à exécution non monétaires. Le résultat serait que des éléments d'une seule et même opération de cession pourraient être soumis à différents régimes juridiques, car, dans la pratique, les cessions portent souvent sur tous les droits nés d'un contrat et les cessionnaires se fondent également sur les droits à exécution non monétaires (le projet d'article 12.101 des Principes du droit européen des contrats mentionne les droits à paiement ou à une autre forme d'exécution[9]; toutefois, le paragraphe 1 du projet d'article premier des principes régissant les cessions, établi par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), s'inspire de l'article 2)[10]. La cession de contrat, qui implique la cession de droits contractuels et la délégation d'obligations, n'est pas visée non plus. Si de telles opérations pouvaient faire partie d'arrangements financiers, en principe le financier ferait fond essentiellement sur les créances. S'agissant de la délégation d'obligations, le Groupe de travail a estimé qu'elle ne devrait pas être prise en compte, car elle soulevait des questions allant bien au-delà du champ d'application souhaitable du projet de Convention.

*Fractions de créances ou droits indivis sur des créances*

32. Parmi les pratiques importantes qu'il est prévu de prendre en compte dans le projet de Convention figure la cession de fractions de créances ou de droits indivis sur des créances (par exemple, titrisation, prêts consortiaux et participation). L'efficacité de ces cessions partielles n'est pas admise dans tous les systèmes juridiques. L'article 9 valide donc ces cessions. Toutefois, compte tenu du fait qu'elles ne sont pas explicitement mentionnées au chapitre premier, on ne sait pas précisément si le projet de Convention dans son ensemble s'y applique (y compris les dispositions relatives à la protection du débiteur, dont l'application est importante si la créance est partiellement cédée à plusieurs cessionnaires et que le débiteur doit supporter les dépenses afférentes au paiement à plus d'une personne). La Commission entendra peut-être préciser cette question à l'alinéa *a* de l'article 2, en ajoutant, par exemple, avant les mots "du droit contractuel du cédant", les mots "de tout ou partie" (cette question est abordée au projet d'article 12.103 des Principes du droit européen des contrats et au paragraphe 3 du projet d'article premier des principes d'Unidroit sur les cessions).

[9]Il est fait référence au projet communiqué en décembre 1999, établi par M. Roy Goode pour la Commission du droit européen des contrats.

[10]Il est fait référence au document d'Unidroit, study L — Document.65 de décembre 1999; Groupe de travail chargé de la préparation des principes relatifs aux contrats du commerce international, chap. [...], cession de droits, transfert d'obligations et cession de contrats, sect. I: cession de droits (projets et notes explicatives rédigés par M. Marcel Fontaine).

33. S'agissant des droits monétaires qui sont fractionnables, le débiteur pourra normalement effectuer un paiement partiel. Cela ne sera peut-être pas le cas pour les droits à exécution non monétaires, dans la mesure où la division des droits à exécution pourrait modifier la relation entre l'exécution et l'exécution en contrepartie et nuire à la situation juridique du débiteur. De ce fait, si la Commission décide d'inclure les cessions de droits à exécution non monétaires dans le champ d'application du projet de Convention, elle voudra peut-être préciser qu'une cession partielle de tels droits n'est autorisée que si ces derniers peuvent être fractionnés (par exemple, si le débiteur est habilité à effectuer un paiement distinct correspondant à la part du droit à exécution cédé; voir le projet d'article 12.103-2 des Principes du droit européen des contrats). En outre, la Commission voudra peut-être examiner la situation du débiteur dans le cas d'une cession partielle d'une créance monétaire. Dans la pratique, les créanciers cherchent à obtenir un flux normal de paiements, et il est donc peu probable qu'il soit demandé à un débiteur d'effectuer des versements à plus d'un cessionnaire. En outre, en vertu de l'article 17, une telle demande ne pourrait viser que des bénéficiaires différents dans le même pays, sans majoration de coût pour le débiteur.

34. Toutefois, il pourrait être nécessaire d'aborder expressément la question. La Commission estimera peut-être, par exemple, qu'à la discrétion du débiteur une notification devrait être considérée comme non valide si, dans les instructions de paiement, il est demandé au débiteur d'effectuer à un bénéficiaire désigné un paiement inférieur au montant dû en vertu du contrat initial. De cette façon, seraient prises en compte toutes les combinaisons de cessions uniques ou multiples de fractions de créances ou de droits indivis sur des créances, que les paiements correspondants soient forfaitaires ou périodiques. Par ailleurs, le débiteur serait protégé de façon suffisante, mais avec souplesse, sans qu'il soit nécessaire de prescrire, sous forme de règle, ce que le cédant, le débiteur ou le cessionnaire devraient faire, et sans créer d'obligation. Si le débiteur est disposé à se conformer à une instruction de payer plusieurs cessionnaires, il n'y a pas de raison d'empêcher les parties de faire ce qu'elles souhaitent toutes faire. En revanche, si le débiteur paie sans avoir connaissance de son droit de ne pas tenir compte d'une telle instruction de paiement, le caractère optionnel de la non-validité de la notification préserverait la libération *pro tanto* du débiteur, du fait du paiement effectué conformément aux instructions données. Ou encore, dans le cas d'une cession partielle, l'identification d'un seul bénéficiaire pourrait être la condition de la validité d'une notification et de l'instruction de paiement y relative. Dans ce cas, si le débiteur reçoit pour instruction de payer à plus d'un cessionnaire des fractions d'une créance, il pourrait être autorisé à effectuer un paiement libératoire au cédant ou au premier cessionnaire à aviser (il sera peut-être nécessaire d'ajouter un libellé pertinent aux articles 18 et 19). Une troisième solution consisterait à établir le droit du débiteur de demander réparation au cédant pour tout frais supplémentaire qu'il devrait supporter du fait d'une cession partielle, ou même un droit à compensation à opposer au cessionnaire. Lorsqu'un droit à compensation ne peut suffisamment protéger le débiteur contre le risque d'une procédure distincte ouverte par le cédant et par un ou plusieurs cessionnaires, le débiteur peut avoir le droit de demander que tous les ayants droit soient regroupés dans une même procédure au sein de laquelle sera prise une décision qui aura force exécutoire pour tous (projets d'articles 12.103-3 et 12.103-4 des Principes du droit européen des contrats).

*Droits personnels/cessibilité légale*

35. L'article 2 ne mentionne pas les droits personnels qui ne sont pas légalement cessibles (par exemple, salaires, pensions, polices d'assurance et créances souveraines). Toutefois, il est admis que les limitations légales à la cession, autres que celles de l'article 9, ne devraient pas être visées (voir par. 84 et 85). La Commission voudra peut-être mentionner expressément cette interprétation à l'article 2 (le projet d'article 12.302 des Principes du droit européen des contrats fait état de l'exécution d'une obligation qui, en raison de la nature de cette exécution ou de la relation entre le débiteur et le cédant, ne peut être raisonnablement exigée du débiteur envers quiconque, à l'exception du cédant; le paragraphe 3 du projet d'article premier des Principes d'Unidroit sur les cessions mentionne les droits qui ont un caractère personnel ou dont la cession est interdite par la loi applicable).

*"[due par] une troisième personne"*

36. Hormis le cédant et le cessionnaire, le débiteur également pourrait être une personne morale ou un particulier, un commerçant ou un consommateur, une personne publique ou une institution financière (ou encore une multiplicité de débiteurs). Contrairement à la Convention d'Ottawa, le projet de Convention n'exclut pas les pratiques commerciales impliquant la cession de créances contractuelles dues par des consommateurs, à moins que la cession ne soit faite à un consommateur pour ses besoins de consommation (paragraphe 1 *a* de l'article 4). Les cessions de créances sur consommateurs font partie de pratiques importantes telles que la titrisation de créances sur cartes de crédit, dont la facilitation peut permettre aux fabricants, détaillants et consommateurs d'accéder plus facilement à un crédit moins onéreux et peut, par conséquent, favoriser le commerce international de biens de consommation. Toutefois, s'il couvre la cession de créances sur consommateurs, le projet de Convention n'a pas pour objet de déroger à la législation sur la protection des consommateurs. Ce principe découle du principe général de protection du débiteur énoncé au paragraphe 1 de l'article 17. Il reflète également un certain nombre de dispositions du projet de Convention comme celles figurant au paragraphe 1 de l'article 21 et à l'article 23, en vertu desquelles un consommateur débiteur ne peut renoncer à invoquer des exceptions et droits à compensation, et il a le droit de recouvrer des paiements auprès du cessionnaire, si la législation sur la protection des consommateurs applicable dans le pays du débiteur le prévoit (pour les clauses de non-cession dans le cas de consommateurs, voir le paragraphe 100).

37. La cession de créances due par une collectivité ou une entité publiques est prise en compte, à moins que ces créances ne soient pas légalement cessibles (il faudrait peut-être expliciter cette question; s'agissant des limitations légales, voir les paragraphes 84 et 85). Toutefois, l'État dans lequel le débiteur souverain est situé peut formuler une réserve à propos de la règle énoncée à l'ar-

ticle 11, selon laquelle la cession d'une créance a effet nonobstant toute limitation contractuelle à la cession (voir par. 213 et 214). Les créances dues par des débiteurs dans le cadre de contrats financiers, comme des prêts, des comptes de dépôt, des swaps et des produits dérivés, sont également visées par le projet de Convention. Toutefois, l'efficacité d'une cession en général ou seulement en ce qui concerne le débiteur visé peut être régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention (art. 5). En outre, la cession d'une ou de plusieurs créances, en totalité ou par fractions, dues conjointement (à savoir intégralement) et solidairement (à savoir indépendamment) par plusieurs débiteurs est également visée, sous réserve que le contrat dont découlent les créances cédées (ci-après dénommé le "contrat initial') soit régi par la loi d'un État contractant. Si, toutefois, le contrat initial n'était pas régi par la loi d'un État contractant et qu'un ou plusieurs débiteurs, mais pas tous, étaient situés dans un État contractant, chaque opération devrait être considérée comme une opération indépendante et, de ce fait, les débiteurs qui ne sont pas situés dans un État contractant ne devraient pas être touchés par le projet de Convention. Sinon la prévisibilité concernant l'application du projet de Convention aux droits et obligations des débiteurs, qui est l'un des principaux objectifs du projet, pourrait être compromise.

### Article 3. *Internationalité*

Une créance est internationale si, au moment de la conclusion du contrat initial, 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.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 26 à 29
A/CN.9/432, par. 19 à 25
A/CN.9/445, par. 154 à 167
A/CN.9/456, par. 44, 45, 227 et 228
A/CN.9/466, par. 92 et 93

#### *Commentaire*

38. Pour assurer un certain degré de certitude dans l'application du projet de Convention, l'article 3, à l'exemple d'autres textes établis par la CNUDCI ou par d'autres organisations, définit l'internationalité par référence au lieu où sont situées les parties (en vertu de l'alinéa i de l'article 6, il s'agit de l'établissement, ou dans le cas où le cédant et le cessionnaire ont plus d'un établissement, du lieu de l'administration centrale ou, si une personne n'a pas d'établissement, de sa résidence habituelle). Dans le cas où il y a plus d'un cédant, d'un cessionnaire ou d'un débiteur, l'internationalité doit être déterminée pour chacune de ces parties séparément (voir par. 28 et 37). Il résulte de l'article 3 que lorsqu'une créance est internationale sa cession est visée par le projet de Convention, que la créance soit cédée à un cessionnaire national ou à un cessionnaire étranger. Cependant, même lorsqu'une créance est nationale, sa cession peut être visée par le projet de Convention si elle est internationale ou si elle fait partie d'une série de cessions qui comprend une cession internationale antérieure (voir par. 19).

39. Le caractère international d'une cession est déterminé au moment où celle-ci est effectuée, tandis que l'internationalité d'une créance est déterminée au moment de la conclusion du contrat initial ("au moment où elle naît"). Le besoin de déterminer l'internationalité d'une créance au moment où elle naît se justifie par le fait qu'il faut qu'un cédant éventuel puisse savoir, au moment de la conclusion du contrat initial, quelle loi pourra s'appliquer à une cession éventuelle. Une telle information est importante pour qu'un cédant éventuel puisse déterminer si et à quel coût il peut obtenir un crédit et, à partir de là, décider de l'opportunité d'accorder un crédit au débiteur et dans quelles conditions. Toutefois, en fixant de cette manière à quel moment il convient de déterminer l'internationalité, dans le cas d'une cession nationale d'un ensemble de créances nationales et internationales futures, les parties ne pourront peut-être pas prévoir, au moment de la cession, si le projet de Convention s'appliquera (cependant, ce problème ne se poserait pas dans le cas de cessions internationales de créances nationales ou internationales, dans la mesure où l'internationalité d'une cession pourrait être déterminée au moment où celle-ci est effectuée). En outre, dans le cas d'une cession nationale de créances nationales et internationales, le projet de Convention s'appliquerait à la cession des créances internationales, mais non à la cession des créances nationales. Cela signifie que, selon que le projet de Convention s'applique ou non, les garanties implicites entre le cédant et le cessionnaire, ainsi que la situation juridique du débiteur peuvent être différentes (par exemple, en ce qui concerne les exceptions et les droits à compensation, mais pas la libération, dans la mesure où le débiteur peut se libérer en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention). Toutefois, les règles de priorité applicables ne seraient pas différentes, étant entendu que le projet de Convention viserait, en tout état de cause, tous les conflits possibles de priorité, y compris les conflits avec un cessionnaire national de créances nationales.

40. Les parties à des cessions nationales devront donc structurer leurs transactions d'une certaine manière pour éviter ce problème (par exemple, en s'abstenant de céder dans une même transaction des créances à la fois nationales et internationales). Toutefois, si elles ne sont pas en mesure de le faire, un problème risque de se poser, en ce sens qu'une loi pourrait s'appliquer aux créances nationales et une autre, le projet de Convention, aux créances internationales. Ce problème, cependant, n'est pas dû au projet de Convention, il existe déjà en dehors de ce dernier, dans le cas où des créances nationales et internationales sont cédées. En outre, la structuration d'une transaction conformément au projet de Convention serait plus facile qu'en vertu d'une autre loi, du moins dans la mesure où les parties à une cession nationale auraient affaire à deux lois seulement susceptibles de s'appliquer à leur cession, à savoir la loi du pays où seraient situés le cédant et le cessionnaire et le projet de Convention. En outre, la situation juridique du débiteur ne serait pas modifiée, à moins que celui-ci ne soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant la créance ne soit la loi d'un État contractant.

Article 4. *Exclusions*

1. La présente Convention ne s'applique pas aux cessions:

*a)* faites à une personne pour ses besoins personnels, familiaux 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 39 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.]

*Références:*

A/CN.9/432, par. 18, 47 à 52, 106 et 234 à 238
A/CN.9/434, par. 42 à 61
A/CN.9/445, par. 168 à 179
A/CN.9/456, par. 46 à 52
A/CN.9/466, par. 54 à 59, 78 à 86 et 192 à 195

***Commentaire***

41. Compte tenu du vaste champ d'application du projet de Convention, l'article 4 a pour objet d'exclure certaines pratiques qui sont soit distinctes des pratiques relatives aux cessions, soit déjà suffisamment réglementées.

*Cessions effectuées à des fins de consommation*

42. L'alinéa *a* a pour objet d'exclure du champ d'application du projet de Convention les cessions d'une entité commerciale ou d'un consommateur à un consommateur, mais uniquement si elles sont effectuées pour les besoins personnels, familiaux ou domestiques du cessionnaire. Le Groupe de travail a estimé que ces cessions n'avaient aucune importance pratique. En conséquence, les cessions de créances sur consommateurs n'étaient pas exclues, à moins qu'elles ne soient faites à un consommateur pour ses besoins de consommation.

*Cessions d'effets de commerce*

43. L'alinéa *b* vise à exclure les transferts d'effets de commerce. Ces transferts sont distincts des cessions et sont réglementés par des règles spécifiques du droit national et international (par exemple, il n'est pas exigé de notification de transfert; si le débiteur paie un bénéficiaire qui n'est pas le détenteur, il reste obligé envers ce dernier; une personne qui acquiert le titre comme ayant une cause initiale valable, sans avoir connaissance d'éventuelles exceptions cachées opposables au transférant, n'est pas soumise à ces exceptions). Plutôt que de faire référence à la nature documentaire d'une créance, l'alinéa *b* met l'accent sur la forme du transfert. Une telle approche suffit à préserver la négociabilité d'un instrument tout en évitant d'avoir à définir l'expression "effet de commerce", qui ne fait pas l'objet d'une interprétation universelle. Sont exclus les transferts de créances effectués par endossement et remise, ou par simple remise, d'un instrument. Ces instruments sont notamment les suivants: lettres de change, billets à ordre, chèques et titres au porteur (par exemple, titres négociables).

44. Les créances nées d'un contrat sont souvent incorporées dans un effet de commerce au seul motif d'obtenir paiement selon une procédure en référé, si nécessaire. Dans ce cas, les créances nées en vertu d'un contrat et les créances incorporées dans un effet de commerce peuvent être transférées. Les mots "dans la mesure où elles ont été effectuées... de tout endossement nécessaire" ont pour objet de faire en sorte que seul le transfert de la créance sous forme d'un effet de commerce et non le transfert de la créance sous sa forme contractuelle soit exclu du champ d'application du projet de Convention. La Commission voudra peut-être se demander si l'alinéa *b* de l'article 4 devrait mentionner les transferts des effets de commerce dématérialisés (à savoir électroniques).

*Cessions de créances lors de l'achat d'entreprises*

45. L'alinéa *c* vise à exclure les cessions effectuées dans le cadre de la vente d'une entreprise en exploitation si elles s'effectuent du vendeur à l'acheteur. Ces cessions sont exclues, car elles sont normalement régies différemment par les lois nationales traitant de l'achat d'entreprises et ne sont pas de nature financière. Cependant, les cessions effectuées en faveur d'une institution finançant la vente ne sont pas exclues.

*Autres types de cessions ou de créances*

46. Dans le cadre de ses travaux, le Groupe de travail a examiné l'exclusion d'autres types de cessions telles que les cessions naissant par l'effet de la loi, les cessions effectuées à titre de dons, les cessions de salaires, de droits contractuels en général, de primes d'assurance, de droits en vertu de garanties indépendantes et de lettres de crédit ("engagements indépendants"), les cessions de loyers provenant de biens immobiliers et de matériels et les cessions de soldes de comptes de dépôt. En ce qui concerne les cessions naissant par l'effet de la loi, on notera qu'elle sont exclues en vertu de la définition de la "cession" par référence à "un transfert par convention" (alinéa *a* de l'article 2). Vu que la contrepartie était censée relever du contrat de cession qui, à l'exception des projets d'articles 13 à 16 et 28, n'est pas visé par le projet de Convention, le Groupe de travail a décidé de ne pas aborder les cessions effectuées à titre de dons.

47. Quant aux cessions de salaires (ou de pensions), le Groupe de travail a décidé qu'elles devraient être régies par une autre loi. Si de telles cessions sont interdites par la loi nationale, le projet de Convention ne modifie pas cette interdiction. Si, par contre, elles ne le sont pas, afin de préserver d'importantes pratiques telles que le financement des services d'emploi temporaire, le projet de Convention ne les invalide aucunement. Toutefois, ce résultat ne peut être obtenu que si des limitations légales visant les créances personnelles ou apparentées sont expressément mentionnées à l'article 9, qui valide les cessions de créances futures, sans exception quant aux droits personnels qui pourraient ne pas être cessibles en vertu du droit national (à ce sujet, voir également les paragraphes 84 et 85).

48. Il n'est pas prévu de prendre en compte dans le projet de Convention la cession du droit de présenter un engagement indépendant accompagné des documents nécessaires et de demander paiement (la Commission voudra peut-être formuler expressément ce point à l'article 4). Toutefois, la cession du produit du paiement d'un engagement indépendant est visée par le projet de Convention, compte tenu de la protection supplémentaire introduite à l'article 5 pour le garant/l'émetteur d'un engagement indépendant de ce type. S'agissant de la cession de créances nées de la vente ou de la location de matériels d'équipement mobiles, le Groupe de travail a décidé qu'elle ne devrait pas être exclue. L'article 36 était jugé suffisant pour traiter les conflits éventuels avec un avant-projet de Convention actuellement en préparation (voir par. 211; s'agissant de la cession de créances autres que les créances commerciales, voir les paragraphes 50 à 54). Afin de limiter la possibilité de tels conflits, la Commission voudra peut-être se demander si la cession de créances nées de la vente ou de la location de matériels d'équipement mobiles de grande valeur devrait être traitée de la même manière que les cessions de créances autres que les créances commerciales (à savoir si les limitations contractuelles à la cession devraient produire leurs effets au point d'invalider la cession en général ou seulement à l'égard du débiteur). Le paragraphe 5 de l'article 12 suffirait à préserver les exigences de forme ou d'enregistrement concernant les sûretés et autres droits y afférents au sujet des matériels d'équipement mobiles de grande valeur; et l'article 24 suffirait à faire en sorte que tout conflit de priorité soit régi par l'avant-projet de Convention si le cédant est situé dans un État partie audit avant-projet.

49. Pour mieux faire accepter le projet de Convention, le paragraphe 2, qui figure entre crochets car il n'a pas encore été adopté par le Groupe de travail, vise à faire en sorte que les États aient la possibilité d'exclure d'autres pratiques. Cette démarche peut être nécessaire si l'on ne parvient pas à un accord sur les pratiques à exclure au paragraphe 1 ou pour lever les inquiétudes qui pourraient naître à l'avenir. Cependant, l'un des inconvénients possibles de cette démarche est que le champ d'application du projet de Convention pourrait varier d'un État à l'autre et pourrait être difficile à déterminer exactement, étant donné la multiplicité des parties concernées et la possibilité qu'un ou plusieurs, mais pas la totalité des États éventuellement intéressés, aient fait une déclaration.

[Article 5. *Limitations concernant les [cessions de] créances autres que les créances commerciales*

*Variante A*

1. Les articles 17, 18, 19, 20 et 22 n'ont pas d'incidences sur les droits et obligations du débiteur en vertu d'une créance autre qu'une créance commerciale, sauf dans la mesure où le débiteur y consent.

2. Nonobstant les articles 11-2 et 12-3, le cédant qui cède une créance autre qu'une créance commerciale n'est pas responsable à l'égard du débiteur du chef de la violation d'une limitation à la cession décrite aux articles 11-1 et 12-2, et la violation n'a pas d'effet.

*Variante B*

Les articles 11 et 12 et la section II du chapitre IV ne s'appliquent qu'aux cessions de créances commerciales. Pour ce qui est des cessions de créances autres que des créances commerciales, les questions traitées par ces articles doivent être réglées conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé.]

*Référence:*

A/CN.9/466, par. 60 à 77

***Commentaire***

50. L'article 5, qui figure entre crochets car il n'a pas été adopté par le Groupe de travail, vise à répondre aux exigences particulières de certaines pratiques, dont, par exemple, les swaps et les produits dérivés, les conventions de rachat, les créances nées d'opérations d'organismes de compensation, les comptes de dépôt, les comptes de titres ainsi que les créances résultant de polices d'assurance et d'engagements indépendants. Dans ces pratiques, il est essentiel de faire en sorte que la situation du débiteur ne soit pas modifiée à la suite d'une cession sans son consentement (à savoir que le débiteur peut ne pas tenir compte d'une notification, effectuer le paiement libératoire conformément au contrat initial, conserver la possibilité d'opposer toutes les exceptions ou droits à compensation et garder le droit de modifier le contrat initial sans le consentement du cessionnaire).

51. En ce qui concerne plus particulièrement les swaps et les produits dérivés, l'approche de l'article 5 semble se justifier par le fait que ce type d'opération financière suppose, par définition, qu'une partie peut être débiteur ou créancier et que les paiements se compensent mutuellement. De ce fait, si l'on retire un des maillons — un paiement — de la chaîne, cette dernière peut se rompre. En d'autres termes, une cession peut accroître le risque de crédit sur la base duquel une partie a pris part à l'opération. En raison de l'importance de ces opérations pour les marchés financiers internationaux et de leur volume, une telle situation peut engendrer un risque systémique susceptible de nuire à l'ensemble du système financier. Les paiements peuvent revêtir le même caractère bilatéral et il peut être nécessaire d'en assurer la réciprocité dans les opérations des organismes de compensation. Pour ce qui est des conventions de rachat, il faudrait veiller à ce que l'obligation de payer incombant à une partie ne soit pas cédée à une autre partie qui en demande l'exécution, alors que la contrepartie initiale refuse de restituer la garantie.

52. S'agissant d'autres types de créances (cession du solde d'un compte de dépôt, de créances nées de polices d'assurance et du produit d'engagements indépendants), une démarche comme celle adoptée à l'article 5 peut être nécessaire pour différentes raisons. En ce qui concerne, par exemple, les engagements indépendants, il convient de ne pas bouleverser des pratiques bien établies ou de ne pas contrevenir aux dispositions de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 1995; ci-après dénommée la "Convention sur les garanties et les lettres de crédit

stand-by"). Les articles 11-1 et 12-2 seraient contraires à l'article 10 de ladite Convention, aux termes duquel le bénéficiaire ne peut céder aucun produit sans le consentement du garant/émetteur. En ce qui concerne les comptes de dépôt et les comptes de titres, il est essentiel de veiller à ne pas porter atteinte aux droits à compensation de l'institution de dépôt ou du courtier en titres.

53. Dans la variante A comme dans la variante B, les créances sont définies par référence à la notion bien connue de "créance commerciale", ce qui permet de ne pas avoir à définir le terme "créance financière", qui n'est pas compris partout de la même manière et dont la signification ne cesse d'évoluer avec l'instauration de nouvelles pratiques. Toutefois, en parlant, à l'article 5, de créances autres que les créances commerciales, on risque involontairement d'exclure des opérations qui ne devraient pas l'être. Aussi la Commission souhaitera-t-elle peut-être indiquer de manière plus précise les pratiques qui sont exclues. La principale différence entre les deux variantes tient à ce que, dans la variante A, la cession peut être valide entre le cédant et le cessionnaire, alors que ses effets à l'égard du débiteur sont laissés à la loi applicable en dehors du projet de Convention. En revanche, dans la variante B, la validité et l'effet de la cession sont toutes deux laissées à la loi applicable en dehors du projet de Convention. Par ailleurs, contrairement à la variante B, la variante A confère au débiteur le droit de consentir à ce que le projet de Convention s'applique à ses droits et obligations. Enfin, la variante A se distingue de la variante B en ce qu'elle n'autoriserait pas le débiteur à résilier le contrat initial en cas de violation d'une limitation contractuelle à une cession.

54. L'intérêt de préserver la validité de la cession entre le cédant et le cessionnaire réside dans le fait que cette validité est une condition à remplir pour obtenir la priorité. Si le débiteur paie le cédant, le cessionnaire a un droit de propriété sur la créance cédée. Une telle approche vise à faciliter les pratiques dans lesquelles le cédant reçoit des paiements pour le compte du cessionnaire mais en sépare le produit de ses autres actifs (par exemple, titrisation ou escompte de facture non divulgué). Cette approche vise en outre à permettre aux cédants, aux cessionnaires, aux autres créanciers et aux débiteurs consentants, dans le cadre de pratiques comportant une cession de créances financières ou encore de créances commerciales et financières, de bénéficier des principaux avantages du projet de Convention, ce qu'ils ne pourraient pas faire par voie contractuelle, car ces avantages relèvent normalement des règles de droit impératives (par exemple, validité des cessions de créances futures ou des cessions globales et règles de priorité du projet de Convention).

## CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

### Article 6. *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)* Le terme "créance existante" désigne une créance née avant ou au moment de la conclusion du contrat de cession; le terme "créance future" désigne une créance qui naît après la conclusion du contrat de cession;

[*c)* 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. Ladite expression inclut l'affacturage, le forfaitage, la titrisation, le financement de projets et le refinancement;]

*d)* 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 cette dernière en approuve le contenu;

*e)* Le terme "notification de la cession" désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment les créances cédées et le cessionnaire;

*f)* Le terme "administrateur de l'insolvabilité" désigne 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 avoirs ou des activités du cédant;

*g)* Le terme "procédure d'insolvabilité" désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans laquelle les avoirs 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;

*h)* Le terme "priorité" désigne la préférence donnée au droit d'une partie sur le droit d'une autre partie;

*i)* Une personne est située dans l'État dans lequel elle a son établissement. Si le cédant ou le cessionnaire a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. Si le débiteur a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. Si une personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu;

*j)* Le terme "loi" désigne la loi en vigueur dans un État à l'exclusion des règles de droit international privé;

*k)* Le terme "produit" désigne tout ce qui est reçu au titre d'une créance cédée, en tant que paiement total ou partiel ou autre forme d'exécution. Ce terme inclut tout ce qui est reçu au titre du droit sur le produit. Il n'inclut pas les marchandises restituées;

[*l)* Le terme "créance commerciale" désigne une créance qui naît d'un contrat initial de vente ou de location de marchandises ou de fourniture de services autres que des services financiers.]

*Références:*

A/CN.9/420, par. 52 à 60
A/CN.9/432, par. 70 à 72 et 94 à 105
A/CN.9/434, par. 78 à 85, 109 à 114, 167 et 244
A/CN.9/445, par. 180 à 190
A/CN.9/456, par. 53 à 78
A/CN.9/466, par. 25 à 31, 46 à 49 et 94 à 100

### *Commentaire*

*"Contrat initial"*

55. Le contrat initial, qui sert de point de référence dans les articles 6 *i*, 17, 18-1, 19-1, 20-1, 22-2 *b* et 23, est la source de la créance cédée. Sauf dans les dispositions où cela est expressément prévu (par exemple, les articles 9 à 12 et 17 à 23), le projet de Convention ne doit pas avoir d'incidences sur le contrat initial.

*Créance "existante" et créance "future"*

56. Les termes "créance existante" et "créance future" sont mentionnés aux articles 9 (efficacité de la cession) et 10 (date de la cession). Le critère de distinction entre une créance existante et une créance future est le moment où le contrat initial a été conclu. Une créance née d'un contrat conclu au moment de la cession ou avant celle-ci est considérée comme existante, bien qu'elle ne devienne pas exigible avant une date future ou le devienne à condition que soit exécutée une obligation en contrepartie ou que survienne tout autre événement déterminé. Toutes les créances futures sont couvertes dans la définition, y compris les créances conditionnelles (c'est-à-dire les créances qui pourraient naître en fonction d'un événement futur pouvant survenir ou non) et les créances purement hypothétiques (c'est-à-dire les créances qui pourraient naître d'une activité non commencée par le cédant à la date de la cession; pour la limitation introduite à l'article 9, voir le paragraphe 89). On laisse le soin à la loi applicable en dehors du projet de Convention de donner la signification exacte du terme "conclusion du contrat". Quoi qu'il en soit, le terme "conclusion" ne renvoie pas à l'exécution du contrat.

*"Financement par cession de créances"*

57. Ce terme figure entre crochets dans le préambule et à l'article 13-3. La Commission souhaitera peut-être supprimer la définition et, éventuellement, faire mention du financement par cession de créances dans le préambule seulement (voir par. 5).

*"Écrit"*

58. Ce terme est mentionné aux articles 6 *e*, 19-1 et 19-5, 21-1 et 21-3, 41-2 et 41-4, 44-1 du projet de Convention de même qu'à l'article 5 de l'annexe. Sa définition vise à inclure les moyens de communication autres que le papier qui peuvent assumer la même fonction que la communication sur papier (par exemple, donner des preuves tangibles, servir d'avertissement aux parties s'agissant des conséquences ou fournir une communication lisible, ainsi qu'une authentification et des assurances suffisantes quant à son intégrité). Elle s'inspire des articles 6 et 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et reflète les deux notions distinctes d'"écrit" et de "signature".

59. Partant du principe que la nécessité d'assurances renforcées quant à l'authenticité des communications devrait être évaluée différemment en fonction du contexte dans lequel la communication s'effectue, le projet de Convention exige un écrit pour la notification de la cession et un écrit signé par le débiteur pour le renoncement de celui-ci à invoquer des exceptions. Un écrit est également exigé pour les déclarations faites par les États et pour certains actes liés à l'enregistrement. "Accessible" revient à dire que la communication est lisible et interprétable; "utilisable" renvoie à l'utilisation non seulement par une personne physique, mais également par un ordinateur; et "référence ultérieure" établit une norme analogue à celle qu'implique la notion de durabilité (sans se référer à la stricte interprétation donnée à la notion de durabilité dans certains systèmes juridiques comme équivalent de non-altérabilité), mais plus objective que celle qu'impliquent des notions telles que lisibilité ou intelligibilité (voir le Guide pour l'incorporation de la Loi type, par. 50). La signature est définie par référence à l'identification du signataire et à l'indication de l'approbation, par le signataire, du contenu de la communication.

*"Notification de la cession"*

60. Ce terme est employé dans les articles 15, 16, 18, 19, 20-2 et 22. Une notification répond aux exigences du projet de Convention si elle s'effectue par écrit et identifie suffisamment les créances cédées et le cessionnaire. Si une notification ne répond pas à ces exigences, elle est sans effet en vertu du projet de Convention (à savoir qu'elle ne modifie pas la manière dont le débiteur peut se libérer de son obligation ou n'a aucune incidence sur les droits à compensation du débiteur ni sur le droit du débiteur de modifier le contrat initial par convention avec le cédant). Toutefois, la question de savoir si une telle notification est valide au regard de la loi applicable en dehors du projet de Convention doit être tranchée par cette même loi. En particulier, si, suite à une notification non conforme, le débiteur effectue le paiement en faveur de la personne fondée à le recevoir (conformément au projet de Convention ou à toute autre loi applicable), il est libéré de son obligation en vertu de l'article 19-6 (voir par. 142).

61. On déterminera ce qu'est une description suffisante dans chaque cas particulier en fonction des circonstances. En règle générale, il ne serait pas nécessaire d'indiquer si la cession est une cession pure et simple ou une cession à titre de garantie ni d'identifier précisément le débiteur ou le montant. Des descriptions du type "toutes mes créances procédant de mon entreprise automobile X" ou "toutes mes créances à l'égard de mes clients dans les pays A, B et C" seraient suffisantes. Néanmoins, dans le cas d'une cession de fractions de créances, il faudra peut-être indiquer dans la notification le montant cédé (pour les fractions de créances, voir les paragraphes 32 à 34 et 91). En outre, si la notification doit suffisamment identifier le cessionnaire, pour avoir effet en vertu du projet de Convention, elle ne doit pas indiquer le bénéficiaire (à savoir la personne à laquelle, ou pour le compte de laquelle, ou à l'adresse de laquelle le débiteur est tenu de payer). En conséquence, une notification qui ne contient aucune instruction de paiement a effet conformément au projet de Convention (art. 19-2). Vu, cependant, qu'en vertu de ce dernier une notification modifie la façon dont le débiteur peut s'acquitter de sa dette, les parties avisant le débiteur seraient encouragées à inclure dans leur notification une telle instruction de paiement. Le Groupe de travail a fondé la libération du débiteur sur la notification plutôt que sur les instructions de paiement, afin d'éviter d'embrouiller le débiteur dans les cas où les deux communications seraient envoyées séparément ou lorsque plusieurs communications seraient envoyées au débiteur par plusieurs personnes.

*"Administrateur de l'insolvabilité" et "procédure d'insolvabilité"*

62. Le terme "administrateur de l'insolvabilité" est employé dans les articles 24 *a* iii et 30-1 *a* iii du projet de Convention, ainsi que dans les articles 2 et 7 de l'annexe. Le terme "procédure d'insolvabilité" est utilisé dans l'article 25 du projet de Convention et dans les articles 2 et 7 de l'annexe. Pour définir ces deux termes, on s'est inspiré des définitions de "procédure étrangère" et de "représentant étranger" figurant à l'article 2 *a* et *d* de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. On s'est également aligné sur l'article 1-1 ainsi que l'article 2 *a* et *b* du projet de règlement de l'Union européenne relatif aux procédures d'insolvabilité. En se référant à l'objet d'une procédure ou à la fonction d'une personne, plutôt qu'en recourant à des expressions techniques qui pourraient avoir différentes significations dans différents systèmes juridiques, les définitions sont suffisamment larges pour englober une grande diversité de procédures d'insolvabilité, y compris les procédures provisoires. Cette démarche est destinée à éviter qu'un État contractant reconnaisse comme procédure ou administrateur de l'insolvabilité une procédure non appropriée ou une personne non habilitée en vertu de la *lex loci concursus*, ou ne soit pas en mesure de reconnaître comme procédure ou administrateur de l'insolvabilité une procédure appropriée ou une personne habilitée en vertu de la *lex loci concursus*.

*"Priorité"*

63. Le terme "priorité" est employé dans les articles 16, 24, 25-2, 26, 27, 30 et 40 du projet de Convention ainsi que dans les articles 1, 2, 6 et 7 de l'annexe. Dans le projet de Convention, on entend par priorité le fait qu'une partie a la préférence sur les autres ayants droit lorsqu'elle demande paiement de sa créance. Priorité ne veut pas dire validité (dans le projet de Convention, on emploie le terme "validité" pour évoquer les effets de la cession sur la propriété). La priorité présuppose l'existence d'une cession valide (la validité quant au fond est traitée au chapitre III, tandis que la validité quant à la forme relève de la loi applicable en dehors du projet de Convention; pour une proposition du secrétariat tendant à traiter de la loi applicable à la validité quant à la forme, voir les paragraphes 80 à 82).

64. Par ailleurs, la priorité ne signifie pas qu'un créancier a un droit réel plutôt que personnel sur la créance cédée ou tout produit du paiement. Cette question est laissée à la loi du lieu où est situé le cédant (art. 24 et 26). En outre, la priorité ne préjuge pas la question de savoir si le cessionnaire ayant la priorité conservera intégralement le produit du paiement ou en restituera le solde éventuel au cédant ou à l'ayant droit qui vient après lui dans l'ordre de priorité. Cela dépend de la nature de la cession, à savoir s'il s'agit d'une cession pure et simple ou d'une cession à titre de garantie, question qui est du ressort de la loi applicable en dehors du projet de Convention (art. 24). La priorité n'a pas d'incidence non plus sur la libération du débiteur. Le débiteur qui paie conformément à l'article 19 (ou, si cet article n'est pas applicable, conformément à la loi applicable en vertu de l'article 29) est libéré même si le paiement est fait à un cessionnaire qui n'a pas la priorité (en vertu de l'article 24 ou, si celui-ci n'est pas applicable, en vertu de l'article 30). Savoir si le cessionnaire conservera le produit du paiement est une question de priorité qui doit être résolue entre les divers ayants droit conformément à la loi applicable en vertu de l'article 24 (ou de l'article 30).

65. La définition ne fait pas référence au droit à paiement dans la mesure où, si cette expression peut être appropriée pour les cessions à titre de garantie, elle risquerait d'être restrictive pour les cessions pures et simples dans lesquelles le cessionnaire peut, par exemple, avoir un droit à recevoir tout bien restitué par le débiteur au cédant. Suite à la décision du Groupe de travail d'exclure les marchandises restituées de la définition du "produit" aux fins des règles de priorité du projet de Convention, la Commission souhaitera peut-être revoir la définition du terme "priorité" pour y faire référence à un droit à paiement. Elle souhaitera peut-être également déterminer si l'application combinée des articles 6 *h*, 9 et 24 *a* i est suffisante pour faire en sorte que plusieurs cessions des mêmes créances, effectuées par le même cédant, puissent avoir effet. C'est ce que présume l'article 24 *a* i, qui a trait au conflit de priorité entre plusieurs cessionnaires auxquels les mêmes créances auraient été cédées par le même cédant. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, il ne s'agit pas du tout d'une question de priorité mais plutôt d'un problème d'effet (*nemo dat quod non habet*). C'est pourquoi, dans ces systèmes, la première cession peut être considérée comme ayant effet en vertu de l'article 9 et toute cession subséquente comme n'ayant pas effet en vertu de la loi nationale, faute de droit de propriété (cette question n'est pas traitée à l'article 9, relatif aux effets de la cession sur la propriété, mais est abordée à l'article 14, concernant le contrat de cession). Dans ces cas, l'article 24 peut ne jamais s'appliquer.

*"Situé"*

66. Ce terme apparaît dans plusieurs dispositions du projet de Convention (à savoir les articles 1-1 *a* et 1-2, 3, 4-2, 17-2, 21-1, 23, 24, 25, 30, 35-3, 36, 37 et 39). Les deux principaux sujets auxquels il se rapporte, toutefois, sont le champ d'application et la priorité. La définition vise à concilier souplesse et sécurité. Le terme "établissement" bien connu et couramment employé dans les textes de la CNUDCI et d'autres textes législatifs internationaux fait l'objet d'une jurisprudence abondante. Il désigne le lieu où sont menées les activités professionnelles d'une personne physique ou morale. Aux fins de l'application de la loi d'un État, plusieurs établissements situés dans le même État sont considérés comme ne formant qu'un seul établissement. Pour assurer un degré de prévisibilité suffisant dans l'application du projet de Convention s'agissant du débiteur, lorsque ce dernier a plus d'un établissement, on se réfère à l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. En revanche, pour faire en sorte que les questions de priorité soient régies par la loi d'un seul et même État (dans lequel toute procédure principale d'insolvabilité sera très probablement engagée), on prévoit à l'article 6 *i* que, si le cédant (ou le cessionnaire ) a plus d'un établissement, ce dernier est celui où s'exerce son administration principale. La règle énoncée à l'article 6 *i* s'applique dans tout le projet de Convention, ce qui évite de donner une définition différente de la notion d'"établissement" pour différentes fins. Une telle démarche

pourrait compliquer l'application du projet de Convention, voire aboutir à des résultats incohérents.

67. La notion de lieu de l'administration centrale s'apparente à celle de centre des intérêts principaux (terme employé dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale), de direction générale ou d'établissement principal. Tous ces termes sont censés désigner le centre de gestion et de contrôle, le véritable centre vital d'où, en fait — et non en apparence —, sont contrôlées les activités essentielles d'une entité et où sont effectivement prises les décisions finales au plus haut niveau (indépendamment de l'endroit où se trouvent la plupart des actifs ou de celui où sont tenus les livres comptables), plutôt que le lieu où s'exerce la gestion quotidienne des affaires et des activités d'une telle entité. Toutefois, contrairement à la Loi type de la CNUDCI, qui établit la présomption réfragable selon laquelle le centre des intérêts principaux est le lieu d'immatriculation (art. 16-3), le projet de Convention ne prévoit pas une telle règle "refuge". La raison en est que, contrairement à la Loi type de la CNUDCI, qui porte essentiellement sur l'insolvabilité, le projet de Convention est surtout axé sur la planification du financement d'un débiteur solvable, et, pour faciliter une telle planification, il est indispensable de définir le lieu de situation en se référant à un seul État facile à déterminer.

68. Dans la plupart des cas, il serait aisé de déterminer le lieu de l'administration centrale, mais cette notion n'est peut-être pas aussi transparente que celle de lieu d'"incorporation" (lieu de situation officiel), par exemple lorsque l'exercice de l'autorité centrale est si également réparti entre plusieurs pays qu'il devient impossible d'en privilégier un par rapport à l'autre et, dans le cas des filiales, lorsque le contrôle administratif réel est exercé par la société mère. Toutefois, le lieu d'"incorporation" présente l'inconvénient d'être une notion inconnue dans de nombreux systèmes juridiques, et son emploi poserait le problème de l'application de la loi d'un État sans relation étroite avec le contrat de cession, dont la législation ne serait peut-être pas très développée. En faisant référence au lieu de l'administration centrale et en créant une présomption réfragable en faveur du lieu d'"incorporation", on pourrait résoudre ce problème, mais, ce faisant, on réduirait involontairement le degré de certitude qu'offre une règle de localisation fondée sur le lieu de l'administration centrale. En tout état de cause, dans les cas exceptionnels où le lieu de l'administration centrale ne renverrait pas clairement à un seul État, les parties ne se trouveraient pas dans une situation pire que celle de départ et s'efforceraient de faire en sorte que leurs droits soient exécutoires dans chaque État où pourrait être situé le cédant.

69. Dans la définition du terme "situé", on ne traite pas le problème de la sujétion des opérations des succursales à la loi de l'État où se trouve le siège (en particulier les questions de priorité qui peuvent se poser lorsque les mêmes créances sont cédées par une ou plusieurs succursales et par le siège ou par différentes succursales à différents cessionnaires). Le Groupe de travail a donc examiné, à sa trente et unième session, la possibilité de prévoir une exception pour les succursales dans le secteur bancaire uniquement ou dans d'autres secteurs également, sans toutefois parvenir à un consensus (A/CN.9/466, par. 25 à 30, 96 et 97). À la fin de la trente et unième session, un texte concernant les succursales des prestataires de services financiers a été proposé, texte que le Groupe de travail, faute de temps, n'a pas pu examiner (A/CN.9/466, par. 98 et 99). Une exception aussi restreinte se justifie par le fait que les institutions financières opèrent généralement à l'étranger par l'intermédiaire de succursales, ce qui leur permet d'utiliser la totalité de leurs capitaux (et pas seulement des capitaux déposés, par exemple, pour les activités d'une entité séparée, comme une filiale), et par le fait que leurs succursales sont généralement soumises à la loi de l'État dans lequel elles exercent leur activité.

70. Dans le texte proposé, s'agissant d'une succursale d'un prestataire de services financiers ayant plusieurs établissements, on entend par "établissement" du cédant et du cessionnaire le lieu où se trouve la succursale dans les livres de laquelle une créance a été inscrite immédiatement avant la cession. L'expression "prestataire de services financiers" est définie par renvoi aux termes "banque ou autre institution financière" (par exemple, un courtier en valeurs mobilières) et "dépôts, prêts ou autres services financiers", mais c'est à la loi applicable en dehors du projet de Convention de donner la signification exacte de ces termes. Le terme "succursale" est défini comme étant un établissement autre que celui où s'exerce l'administration centrale. Pour la définition d'une créance "inscrite dans les livres", on renvoie aux "[normes comptables] [règlements]", dont la définition exacte est également laissée à la loi applicable en dehors du projet de Convention. Si l'on introduit, dans la règle de localisation, une exception concernant les succursales des institutions financières, il faudrait en faire autant pour d'autres secteurs d'activité organisés en succursales (par exemple, le secteur des assurances). Plus l'exception sera large, plus le bien-fondé de la règle de localisation axée sur le lieu de l'administration centrale sera mis en doute. Dans ses délibérations sur la question de la "localisation" des succursales, la Commission souhaitera peut-être tenir compte de l'article 1-3 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux ("Pour la détermination du champ d'application de la présente loi, les agences et établissements distincts d'une banque situés dans des États différents sont considérés comme des banques distinctes"). La Commission souhaitera peut-être examiner l'emplacement de l'article 6 *i* dans le projet de Convention (voir par. 13).

*"Loi"*

71. Le terme "loi" figure dans le préambule ainsi qu'aux articles 1-2, 5 (variante B), 8-2, 12-1, 12-4 et 12-5, 21, 23 à 25, 28 à 32, 35 et 40-2. Sa définition vise à éviter tout *renvoi*. Si la notion de "loi" englobait les règles de droit international privé, toute question pourrait faire l'objet d'un renvoi à une loi autre que celle applicable en vertu des dispositions de droit international privé du projet de Convention, ce qui compromettrait la certitude quant à la loi applicable que visent à assurer ces dispositions. La Commission souhaitera peut-être définir la notion de "loi" dans le cas d'un État fédéral ayant plusieurs systèmes juridiques (pour l'application du projet de Convention dans le cas d'un État fédéral, voir le paragraphe 202). Le libellé suivant pourrait être envisagé: "Dans le cas d'un État comprenant deux unités territoriales ou plus dans lesquelles

des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, le terme "loi" désigne la loi de l'unité territoriale citée dans les règles en vigueur dans cet État indiquant la loi de l'unité territoriale qui est applicable. En l'absence de telles règles, le terme "loi" désigne la loi de l'unité territoriale ayant le lien pertinent". La Commission souhaitera peut être également déterminer si une autre disposition interprétative concernant les États fédéraux sera nécessaire (par exemple, en ce qui concerne le sens du terme "situé").

*"Produit"*

72. Le terme "produit" figure dans les articles 12-1, 16-1, 24 *b* et 26. Sa définition englobe à la fois le produit de créances et le produit de produits (par exemple, si le paiement de la créance est effectué au moyen d'un chèque, ce dernier constitue un "produit" et l'argent reçu après encaissement du chèque est le "produit du produit"). Elle recouvre aussi le produit en espèces ("paiement") et en nature ("autre forme d'exécution"), reçu en paiement total ou partiel de la créance cédée. En particulier, elle englobe les marchandises reçues en paiement total ou partiel de la créance cédée, mais non les marchandises restituées (par exemple, parce qu'elles étaient défectueuses et que le contrat de vente a été résilié ou parce que le contrat de vente autorisait l'acheteur à restituer les marchandises après une période d'essai). Toutefois, dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, ce dernier a un droit sur les marchandises restituées (voir par. 126).

*"Créance commerciale"*

73. La définition de "créance commerciale", terme qui figure à l'article 5, correspond au sens général donné à ce terme dans la Convention d'Ottawa. Toutefois, contrairement à cette dernière, l'alinéa *l* exclut les créances nées de services financiers.

### Article 7. *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.

*Références:*

A/CN.9/432, par. 33 à 38
A/CN.9/434, par. 35 à 41
A/CN.9/445, par. 191 à 194
A/CN.9/456, par. 79 et 80

#### *Commentaire*

74. L'article 7, qui est inspiré de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980; dénommée ci-après la "Convention des Nations Unies sur les ventes"), reconnaît largement le principe de l'autonomie des parties. Le cédant, le cessionnaire et le débiteur peuvent modifier les dispositions du projet de Convention ou y déroger. Toutefois, contrairement à l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, l'article 7 n'autorise pas les parties à modifier des dispositions ayant une incidence sur la situation juridique de tiers ou à y déroger ni à exclure l'ensemble du projet de Convention. C'est pourquoi le cédant et le cessionnaire peuvent uniquement modifier les articles 13 à 16 et 28 ou y déroger, alors que le cédant et le débiteur sont libres de modifier les articles 17 à 23 ou d'y déroger, à condition de ne pas porter atteinte aux droits de tiers. La raison de cette approche différente est que, si la Convention des Nations Unies sur les ventes traite des droits et obligations réciproques du vendeur et de l'acheteur, le projet de Convention porte principalement sur les effets de la cession sur la propriété et peut, par conséquent, avoir une incidence sur la situation juridique du débiteur et d'autres tiers. Autoriser les parties à conclure un accord ayant une incidence sur les droits et obligations de tiers non seulement dépasserait toute notion acceptable de l'autonomie des parties, mais introduirait en outre un degré d'incertitude non souhaitable et pourrait par conséquent aller à l'encontre de l'objet principal du projet de Convention, qui est de faciliter et d'accroître l'accès à des crédits moins onéreux tout en établissant un système adéquat de protection du débiteur.

75. Tout comme l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, l'article 7 exige une convention, c'est-à-dire deux déclarations d'intention correspondantes, pour que la dérogation au projet de Convention soit valable. Cette convention peut être explicite ou implicite. Un exemple type de dérogation implicite est le cas où les parties se réfèrent à la loi d'un État non contractant ou à la loi interne d'un État contractant. L'article 6 doit s'appliquer à une convention conclue entre le cédant et le cessionnaire (les "tiers" étant le débiteur, les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité) ainsi qu'à une convention conclue entre le cédant et le débiteur (les "tiers" étant le cessionnaire, les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité). La Commission souhaitera peut-être préciser si l'article 6 devrait s'appliquer également à une convention conclue entre le cessionnaire et le débiteur (par exemple, une convention par laquelle le débiteur renoncerait à invoquer des exceptions à l'égard du cessionnaire en échange d'une concession, telle que la réduction du taux d'intérêt ou la prorogation du délai de paiement. Ce type de convention n'est pas traité à l'article 21 et, partant, n'est pas soumis aux restrictions prévues dans cet article (voir par. 150).

### Article 8. *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.

*Références:*

A/CN.9/432, par. 76 à 81
A/CN.9/434, par. 100 et 101
A/CN.9/445, par. 199 et 200
A/CN.9/456, par. 82 à 85

### *Commentaire*

76. L'article 8, qui s'inspire de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, porte sur la manière d'interpréter le projet de Convention et d'en combler les lacunes. En ce qui concerne l'interprétation du projet de Convention, le paragraphe 1 de l'article 7 énonce trois principes, à savoir le caractère international du texte, l'uniformité et le respect de la bonne foi dans le commerce international. Ces principes sont communs à la plupart des textes de la CNUDCI. La référence au caractère ou à l'origine internationale du texte devrait amener un tribunal à éviter d'interpréter le projet de Convention sur la base de notions de droit interne, sauf si le sens d'un mot qui y est employé est manifestement analogue au sens qui lui est donné dans une loi nationale particulière ou est clairement laissé à la loi applicable en dehors du projet de Convention. Il est possible de satisfaire au besoin de préserver l'uniformité uniquement si les tribunaux judiciaires ou arbitraux appliquent le projet de Convention quant au fond et prennent en considération les décisions des tribunaux judiciaires et arbitraux d'autres pays. Le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, système qui consiste à recueillir des décisions judiciaires et des sentences arbitrales fondées sur les textes de la CNUDCI, a été établi par la Commission précisément dans le souci de préserver cette uniformité. Il est disponible sous forme papier dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies et sur le site de la CNUDCI sur Internet (http:\\www.uncitral.org) en anglais, en espagnol et en français (les versions dans les autres langues seront ajoutées à l'avenir, en fonction des ressources disponibles).

77. La référence à la bonne foi ne concerne que l'interprétation du projet de Convention. Si, suite à une interprétation *contra legem*, elle s'applique à la conduite des parties, la prudence s'impose. Alors que le principe de la bonne foi pourrait s'appliquer à juste titre à la relation contractuelle entre le cédant et le cessionnaire ou entre le cédant et le débiteur, il risquerait de compromettre la certitude attachée au projet de Convention s'il était appliqué à la relation entre le cessionnaire et le débiteur ou le cessionnaire et tout autre ayant droit. Par exemple, si l'on appliquait le principe de la bonne foi prévalant dans l'État du for à la relation cessionnaire-débiteur ou cessionnaire-tiers: le débiteur, qui pourrait avoir payé le cessionnaire après notification, pourrait avoir à le faire de nouveau si, par exemple, il était au courant d'une cession antérieure; et la loi applicable au titre de l'article 24 pourrait ne pas être prise en considération si elle n'était pas compatible avec le principe de bonne foi tel qu'il peut être interprété dans l'État du for.

78. Pour ce qui est de combler les lacunes, la règle est la suivante: si les questions entrent dans le champ d'application du projet de Convention tel que défini au chapitre premier, mais ne sont pas expressément tranchées par lui, elles doivent être réglées selon les principes généraux dont le projet s'inspire. Ces principes comprennent en particulier ceux qui sont expressément mentionnés dans le préambule ou consacrés dans un certain nombre de dispositions (par exemple, le principe de facilitation d'un accès accru à un crédit moins onéreux et le principe de la protection du débiteur). Un recours aux règles du droit international privé n'est autorisé que dans les cas suivants: s'agissant d'une question régie mais non expressément réglée par le projet de Convention, s'il n'existe aucun principe sur la base duquel cette question particulière peut être résolue; ou si la question n'est pas du tout régie par le projet de Convention. Les lacunes demeurant dans les dispositions de droit international privé du projet de Convention doivent être comblées selon les principes du droit international privé qui sous-tendent le projet. En l'absence de tels principes, ces lacunes seraient comblées conformément aux règles de droit international privé du for.

79. Les matières non régies par le projet de Convention et laissées à la loi applicable en dehors du projet en vertu des règles de droit international privé sont notamment les suivantes: les conditions ainsi que les conséquences juridiques d'une cession pure et simple, d'une cession pure et simple à des fins de garantie et d'une cession à titre de garantie; la question de la forme du contrat de cession; le caractère accessoire ou indépendant d'une sûreté, qui sert de base pour déterminer si cette sûreté est transférée automatiquement avec les créances dont elle garantit le paiement, ou si un nouvel acte de transfert est nécessaire; et les conséquences du non-respect des garanties données par le cédant. Le projet de Convention aborde la cessibilité légale, puisqu'il précise un certain nombre de créances cessibles, y compris les créances futures et les créances non individualisées tout en laissant d'autres limitations légales (concernant notamment les pensions ou les salaires) à d'autres lois. Les matières devant être régies par la loi applicable en dehors du projet de Convention sont également les suivantes: la question de savoir si le cédant est responsable à l'égard du débiteur de la cession de créances commerciales en contravention d'une clause de non-cession; l'obligation du débiteur de payer (le projet de Convention ne porte que sur la libération du débiteur); la libération du débiteur dans les cas autres que ceux qui sont énoncés dans le projet de Convention (par exemple, par le paiement à l'ayant droit si la notification reçue ne remplit pas les conditions du projet de Convention); les exceptions et les droits à compensation que le débiteur peut opposer au cessionnaire; et les conventions entre le débiteur et le cessionnaire en vertu desquelles le débiteur renonce aux exceptions et aux droits à compensation qu'il peut invoquer à l'encontre du cessionnaire. Pour d'autres questions (par exemple, pour les questions de priorité), le projet de Convention renvoie expressément à la loi applicable en dehors de celui-ci tout en précisant laquelle. Pour savoir s'il faut déterminer la loi applicable à toutes les questions énumérées ci-dessus ainsi qu'à d'autres questions non régies par le projet de Convention en se fondant sur les dispositions de droit international privé du projet ou sur celles du for, il faut d'abord savoir si le for se trouve dans un État contractant et si cet État contractant a exclu l'application du chapitre V.

## CHAPITRE III. EFFETS DE LA CESSION

### *Forme de la cession*

*Références:*

A/CN.9/420, par. 75 à 79
A/CN.9/432, par. 82 à 86
A/CN.9/434, par. 102 à 106
A/CN.9/445, par. 204 à 210
A/CN.9/456, par. 86 à 92
A/CN.9/466, par. 101 à 103

#### *Commentaire*

80. Le chapitre III traite des questions liées à la validité quant au fond d'une cession en vertu du projet de Convention. Toutefois, toutes les questions liées à cette validité quant au fond ne sont pas traitées dans le projet de Convention. Les questions suivantes, notamment, sont régies par le droit applicable en dehors du projet de Convention: les limitations légales à la cession autres que celles qui sont traitées aux articles 9, 11 et 12; et les questions liées à la capacité et au pouvoir. Les questions concernant la validité formelle (par exemple, le point de savoir si un écrit, une notification, une inscription dans un registre ou le paiement d'un droit de timbre sont requis pour qu'une cession soit valide et produise ses effets) ne sont pas du tout traitées dans le projet de Convention. Le Groupe de travail a examiné diverses conditions de forme, allant de la forme écrite (avec ou sans exigence d'une signature) jusqu'à l'absence de toute forme. Selon l'avis qui a largement prévalu, la forme écrite devrait être requise pour qu'une cession produise ses effets, du moins à l'encontre de tiers. Toutefois, afin d'éviter d'invalider des pratiques fondées sur la forme verbale dans certains pays, le Groupe de travail a décidé de ne pas introduire de condition de forme écrite. Il a également examiné la question de la loi applicable à la forme, mais n'a pu arriver à un consensus sur ce point. Les problèmes en la matière tiennent au fait que la forme a des fonctions diverses. Entre les parties, une condition de forme peut servir à appeler l'attention du cédant sur le sérieux de l'engagement ou constituer un élément de preuve visant à réduire le risque de litige. À l'encontre de tiers, notamment de créanciers tiers, une condition de forme peut constituer une protection contre le risque de collusion frauduleuse dans le cadre de cessions verbales (par exemple, collusion pour antidater une cession, ou collusion quant à la portée de la cession prévue).

81. Toutefois, le fait que le projet de Convention ne traite pas de la question de la forme sera source d'incertitude. L'absence de règles en la matière pourra être interprétée de diverses manières par les utilisateurs du texte. Elle pourra avoir pour conséquence, soit de renvoyer les questions de forme à la loi applicable en dehors du projet de Convention, soit de valider toute cession quelle que soit sa forme. Dans le premier cas, il y aura incertitude quant à la validité formelle d'une cession en vertu du projet de Convention, qui est une condition d'obtention de la priorité (pour ce qui est du sens du terme "priorité", voir les paragraphes 63 à 65; cela est d'autant plus vrai qu'à la différence de l'alinéa *b* de l'article 24 l'alinéa *a* ne traite pas de "l'existence" d'un droit; voir les paragraphes 165 et 170). Dans le second cas, le cédant, en échange d'une concession faite par un cessionnaire, en particulier avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, pourra accorder la priorité audit cessionnaire en antidatant la cession ou en en élargissant la portée. La Commission voudra donc peut-être examiner la question de la forme. Une règle de droit matériel serait préférable. Toutefois, comme il ne semble pas possible d'arriver à un consensus sur une telle règle, une règle de droit international privé pourra aussi être envisagée.

82. La Commission voudra peut-être examiner les solutions possibles suivantes: soit introduire une règle souple, conforme à la pratique actuelle du droit international privé concernant la validité formelle du contrat entre le cédant et le cessionnaire (la loi même du contrat, la loi du pays où le contrat est conclu ou, dans le cas de contrats entre des personnes résidant dans des pays différents, la loi d'un de ces pays; voir l'article 9 de la Convention de Rome; ou l'article 13 de la Convention de Mexico), en la combinant à une règle différente concernant les effets à l'égard des tiers (la loi du lieu de situation du cédant); soit adopter une règle "refuge" qui pourrait être libellée comme suit: "Une cession produit ses effets à l'encontre de tiers si elle satisfait, *au moins*, aux conditions de forme énoncées par la loi de l'État dans lequel est situé le cédant" (on trouvera au paragraphe 108 une règle spéciale applicable au cas où une créance est assortie d'une sûreté). Une règle renvoyant les questions de forme, pour ce qui est des tiers, à la loi de l'État où est situé le cédant ne serait pas nécessairement contraire à la pratique actuelle du droit international privé, car cette pratique vise le contrat de cession et non le transfert de propriété lui-même, et les conditions de forme exigeant qu'une cession soit, par écrit, notifiée au débiteur ou inscrite dans un registre ont pour objet d'établir une chaîne chronologique en cas de créances concurrentes et ont donc des effets sur la question de la priorité. Quoi qu'il en soit, une règle "refuge" permettrait aux tiers d'évaluer l'efficacité formelle d'une cession en vue de la détermination de la priorité et serait conforme à l'approche suivie à l'article 24, sans entraver les tendances qui prévalent en droit international privé.

### Article 9. *Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures et de fractions de créances*

1. La cession d'une ou de 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 de la cession ou, dans le cas de créances futures, au moment de la conclusion du contrat initial, comme étant celles qui font l'objet de la cession.

2. Sauf convention contraire, la cession d'une ou de plusieurs créances futures a effet à la date de la conclusion du contrat initial sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 45 à 60
A/CN.9/432, par. 93 à 112 et 254 à 258
A/CN.9/434, par. 122 et 124 à 127
A/CN.9/445, par. 211 à 214
A/CN.9/456, par. 93 à 97

### *Commentaire*

83. Les cessions de créances futures, les cessions globales et les cessions de fractions de créances ou de tout droit indivis sur lesdites créances sont au cœur d'importantes pratiques de financement (par exemple, l'affacturage, la titrisation, le financement de projet, les prêts consortiaux, les swaps et les produits dérivés). Pourtant, leur efficacité, du point de vue du droit de la propriété, n'est pas reconnue dans tous les système juridiques. L'article 9 a pour objet de valider de tels transferts de droits de propriété sur les créances.

*Cessibilité légale*

84. Pour ce qui est de la validation des cessions auxquelles il est fait référence au paragraphe 1, l'article 9 peut écarter les interdictions légales pouvant être énoncées dans la loi nationale à propos de telles cessions. Ce faisant, le projet de Convention n'a pas pour objet d'entraver les politiques nationales. Ces politiques ont en effet pour objet de protéger le cédant en l'empêchant d'aliéner ses biens futurs et de se priver potentiellement de moyens de subsistance. Elles énoncent souvent une exigence de spécificité, ce qui peut entraver la cession de créances futures ou les cessions globales. Afin de préserver à la fois la nécessité de valider les cessions mentionnées au paragraphe 1 et la nécessité de protéger le cédant, le paragraphe 1 de l'article 9 dispose que les créances doivent être identifiables, au moment où elles naissent (c'est-à-dire lorsque le contrat initial est conclu), en tant que créances sur lesquelles porte la cession. En outre, afin de ne pas limiter le droit du cédant d'aliéner des créances futures, le projet de Convention ne donne pas la priorité à un créancier sur un autre (par exemple, à un cessionnaire global sur un petit fournisseur d'équipements à crédit avec réserve de propriété portant sur les créances découlant de la vente des produits finis du cédant, question qui est régie par la loi nationale), mais laisse la question de la priorité à la loi nationale. Pour ce qui est des limitations légales visant à protéger le débiteur dans les cessions mentionnées au paragraphe 1 (par exemple, les limitations relatives aux cessions partielles), le projet de Convention n'entrave pas les politiques nationales qui sous-tendent de telles limitations, dans la mesure où le débiteur doit être situé dans un État contractant et, en vertu du projet de Convention, ne doit pas encourir de coût supplémentaire du fait de la cession (voir par. 32 à 34 et 128).

85. Le projet de Convention ne tente pas de modifier toute autre limitation légale, qu'elle vise à protéger le cédant (par exemple, salariés ou titulaires de pensions de retraite) ou des débiteurs (par exemple, des débiteurs souverains ou consommateurs). Cette question est laissée à la loi applicable en dehors du projet de Convention. Cela découle implicitement de l'article 11, qui ne traite que des limitations contractuelles à la cession (pour ce qui est des débiteurs souverains, voir les paragraphes 213 et 214; pour ce qui est des débiteurs consommateurs, voir le paragraphe 100). Comme ce résultat n'est pas énoncé explicitement dans le projet de Convention, c'est par interprétation que l'on pourra déterminer si ces questions sont régies, mais non explicitement réglées, par le projet de Convention, auquel cas le paragraphe 2 de l'article 8 serait applicable (c'est-à-dire que référence serait faite d'abord aux principes généraux qui sous-tendent le projet de Convention, puis aux règles de droit international privé), ou non régies par le projet de Convention (c'est-à-dire qu'elles seraient soumises à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé du for). Quoi qu'il en soit, les incertitudes qui en découleraient pourraient avoir des incidences négatives sur l'offre et le coût du crédit. La Commission voudra donc peut-être étudier si la question de la cessibilité légale devrait être expressément traitée dans le projet de Convention. On pourrait à cette fin énoncer comme suit une nouvelle disposition sur les limitations légales: "La présente Convention ne porte atteinte à aucune limitation légale à la cession autre que celles visées à l'article 9." On pourrait également arriver à ce résultat en excluant certaines créances du champ d'application de l'article 4 ("les créances personnelles, telles que les salaires, les pensions, les créances découlant d'opérations à des fins personnelles, familiales ou domestiques et les créances souveraines, dans la mesure où elles ne sont pas cessibles en vertu de la loi les régissant").

*Efficacité*

86. Les mots "a effet" visent les effets d'une cession sur la propriété (le terme "est valide" n'aurait pas le même sens et, de toute façon, n'est pas interprété universellement de la même manière). Le sens exact de cette "efficacité", c'est-à-dire le fait de savoir si le cessionnaire peut retenir tout excédent et les conditions dans lesquelles il peut invoquer la créance à l'encontre du débiteur ou disposer d'un recours contre le cédant, dépend de la question suivante: s'agit-il d'une cession pure et simple ou d'une cession à titre de garantie? Cette question est laissée à la loi applicable en dehors du projet de Convention. Quoi qu'il en soit, du fait de son droit de propriété (*in rem*) sur la créance cédée, le cessionnaire peut demander et (si le débiteur n'invoque pas l'absence de notification et paye) conserver le paiement. (Le débiteur peut être libéré valablement en vertu de l'article 9, qu'il ait ou non payé la personne ayant la priorité.) Si le débiteur paye quelqu'un d'autre, la créance est éteinte, et le caractère *in rem* ou *ad personam* du droit du cessionnaire et la priorité de son droit sur le produit sont laissés à la loi du lieu de situation du cédant (art. 24 *b*; voir les paragraphes 165 et 170).

87. Si le cessionnaire acquiert un droit de propriété sur la créance cédée, l'effet de ce droit est limité à la relation entre le cédant et le cessionnaire et à l'encontre du débiteur. L'efficacité de la cession à l'encontre de tiers fait intervenir des questions de priorité, et le projet de Convention traite de ces questions séparément, en les soumettant à la loi du lieu de situation du cédant (art. 24). De ce fait, l'article 9 devrait écarter une limitation légale, par exemple concernant la cession de créances futures ou de créances non expressément identifiées, mais non une règle traitant de la priorité entre des créances concurrentes (ou

des exigences de forme légales). En outre, vu ce lien entre l'efficacité en vertu de l'article 9 et la priorité en vertu de l'article 24, l'article 9: ne validerait pas la première cession chronologique, tout en invalidant toute autre cession ultérieure des mêmes créances par le même cédant; ou ne ferait pas prévaloir le droit du cessionnaire sur un administrateur de l'insolvabilité au seul motif que la cession avait eu lieu avant la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, même si les créances étaient nées ou avaient été acquises après l'ouverture de cette procédure. Afin de tenir compte de cette interaction entre l'efficacité pour le cédant et le cessionnaire et à l'encontre du débiteur (en tant que condition d'établissement de la priorité) et l'efficacité à l'encontre de tiers autres que le débiteur (priorité) et d'éviter de laisser, sans le vouloir, la question de l'efficacité des cessions visées au paragraphe 1 à la loi applicable à la priorité, le Groupe de travail a décidé de supprimer à l'article 9 les mots qui auraient soumis cet article, de même que l'article 10, aux articles 24 à 27. Pour cette même raison, le Groupe de travail a décidé d'inclure à l'article 24 un libellé ("à l'exception des...") précisant que certaines questions, y compris l'efficacité d'une cession en tant que question de droit général, n'étaient pas laissées à la loi régissant la priorité (voir par. 163).

88. Toutefois, la distinction qu'établit le projet de Convention entre l'efficacité et la priorité peut être inconnue de la loi du lieu de situation du cédant, qui énoncera peut-être des limitations à la cession au moyen d'une règle relative à l'efficacité en général. De ce fait, il peut être difficile de déterminer, par exemple, si une règle de la loi du lieu où est situé le cédant limitant l'efficacité d'une cession de créances futures est une règle relative à l'efficacité *inter partes*, ou à l'efficacité à l'encontre de tiers (priorité). La Commission voudra donc peut-être énoncer explicitement dans le chapeau du paragraphe 1 de l'article 9 qu'une cession a effet "entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur". Elle voudra peut-être également énoncer dans un nouveau paragraphe 3 que: "L'efficacité d'une cession des créances visées aux paragraphes 1 et 2 du présent article à l'égard de tiers autres que le débiteur est régie par la loi applicable en vertu de l'article 24. Toutefois, une telle cession n'est pas sans effet à l'égard de tels tiers au seul motif que la loi du lieu de situation du cédant n'en reconnaît pas l'efficacité." Une telle règle permettrait de garantir qu'une cession de créances futures ne serait pas invalidée au seul motif qu'elle porte sur des créances futures, sans toutefois porter atteinte à l'efficacité d'une telle cession pour ce qui est de la détermination de la priorité entre des créanciers concurrents.

*"Créances existantes ou futures"*

89. Ce terme est défini à l'alinéa *b* de l'article 6 par référence au moment de la conclusion du contrat initial. Toutes les créances futures sont visées, y compris les créances conditionnelles et purement hypothétiques (voir par. 56). Afin de protéger les intérêts du cédant, le paragraphe 1 introduit un élément de spécificité (les créances doivent pouvoir être identifiées au moment où elles naissent).

*"Une ou plusieurs"*

90. Le projet de Convention est axé sur la cession globale d'un volume important de créances de faible valeur (par exemple, dans le cas de l'affacturage de créances commerciales ou de la titrisation de créances sur cartes de crédit), vu leur importance et la pratique et compte tenu du fait que leur efficacité n'est pas reconnue par tous les systèmes juridiques. Pour des raisons de cohérence, la cession de créances uniques de grande valeur (par exemple, la cession d'un prêt à des fins de refinancement ou de diversification de portefeuille) est également incluse.

*"En totalité ou par fractions, ou de tout droit indivis sur lesdites créances"*

91. Les cessions partielles se rencontrent dans des opérations importantes, telles que la titrisation (dans laquelle l'organe ad hoc (*special purpose vehicle*) peut céder aux investisseurs des droits indivis sur les créances achetées à l'initiateur, à titre de garantie des obligations de l'organe ad hoc envers les investisseurs), ou les prêts consortiaux (dans lesquels le principal prêteur peut céder des droits indivis sur le prêt à certains autres prêteurs; pour ce qui est des cessions partielles, voir les paragraphes 32 à 34 et 61).

*"Désignées"*

92. Le terme "désignées" vise à énoncer une norme inférieure à celle qu'énoncerait le terme "spécifiées". Ainsi, une description générique de la créance, sans que soient spécifiés l'identité du débiteur ou le montant de la créance, serait suffisante (par exemple, "toutes les créances provenant de mon entreprise de vente de véhicules").

*"Individuellement"/"de toute autre manière"*

93. Ces mots ont pour objet de faire en sorte que la cession de créances existantes et futures ait effet, que les créances soient décrites individuellement, ou de toute autre manière qui suffise à les relier à la cession.

*Moment de l'identification des créances*

94. Les créances existantes doivent être identifiées comme faisant l'objet de la cession au moment de ladite cession. Les créances futures devraient être identifiables au moment où elles naissent (qui est, par définition, postérieur à la cession). En vertu de l'article 7, qui consacre l'autonomie des parties, le cédant et le cessionnaire peuvent convenir du moment où les créances futures devraient être identifiables comme faisant l'objet de la cession, dans la mesure où elles ne portent pas atteinte aux droits du débiteur et d'autres tiers.

*Accords-cadres*

95. Afin de diligenter le processus de prêt et de réduire le coût de l'opération, le paragraphe 2 dispose en fait qu'un accord-cadre suffit pour transférer des droits sur un ensemble de créances futures. Si un nouveau document était requis à chaque fois que naît une créance, le coût de l'administration d'un programme de prêts augmenterait considérablement, et les délais requis pour obtenir des documents en bonne et due forme et les examiner ralentiraient le processus de prêt au détriment du cédant. En vertu du paragraphe 2, qui prévoit que l'accord-cadre suffit à transférer un ensemble de créances futures, et de l'article 10, qui dispose qu'une créance future est réputée transférée au moment de la conclusion du contrat de cession, les droits sur les créances futures sont transférés directement au ces-

sionnaire sans passer par la masse des biens du cédant. De ce fait, le cessionnaire aurait un droit de propriété, et, s'il avait également la priorité, son droit ne serait pas assujetti aux créances personnelles des créanciers du cédant ou à l'administrateur de l'insolvabilité. Dans son libellé initial, le paragraphe 2 faisait référence au moment où les créances futures "naissent", afin de préciser que la cession d'une créance future ne pouvait avoir effet que si cette créance naissait. Étant donné que la disposition expliquant le sens du mot "naissent" a été supprimée, le Groupe de travail a décidé à sa trente et unième session de remplacer ce mot par les mots "au moment de la conclusion du contrat initial". De ce fait, le paragraphe 2 traite du moment de la cession d'une manière qui n'est pas conforme à l'article 10, en vertu duquel la cession de créances futures a effet au moment de la conclusion du contrat de cession, et les parties ne peuvent convenir que d'une date postérieure. La Commission voudra peut-être supprimer la référence au moment de la conclusion du contrat initial de cession et traiter cette question dans le commentaire relatif à l'article 10 (voir par. 96). Ou bien, le paragraphe 2 devrait être aligné sur l'article 10 et faire référence au moment de la conclusion du contrat de cession.

### Article 10. *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.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 51 et 57
A/CN.9/432, par. 109 à 112 et 254 à 258
A/CN.9/434, par. 107 et 108 et 115 à 121
A/CN.9/445, par. 221 à 226
A/CN.9/456, par. 76 à 78 et 98 à 103

#### *Commentaire*

96. L'article 10 a pour objet de reconnaître et, dans le même temps, de limiter le droit du cédant et du cessionnaire de convenir du moment auquel une créance est transférée; d'énoncer une règle par défaut aux termes de laquelle, sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, la date à laquelle une créance est transférée est la date de la conclusion du contrat de cession; et de préciser le sens d'autres dispositions pertinentes, tels que les articles 7, 9, 19 et 24 à 27. La date de cession convenue entre le cédant et le cessionnaire lie les tiers, point qui n'est peut-être pas suffisamment clair à l'article 7. Toutefois, pour qu'une telle convention lie les tiers, elle doit fixer une date de cession qui ne soit pas antérieure à la date de conclusion du contrat de cession. Cette approche est conforme au principe de l'autonomie des parties consacré à l'article 7, car une convention fixant une date de cession antérieure pourrait avoir des incidences sur l'ordre de priorité entre plusieurs créanciers (toutefois, ni l'article 7, ni l'article 10 n'empêchent les parties de convenir d'antidater l'entrée en vigueur de leurs obligations contractuelles mutuelles).

97. En l'absence d'une convention entre le cédant et le cessionnaire fixant la date du transfert des droits sur les créances cédées, la date de ce transfert est la date de la conclusion du contrat de cession, élément qui ne peut être modifié. Si cette approche est évidente pour ce qui est des créances existant à la date où elles sont cédées, une fiction juridique est créée pour ce qui concerne les créances futures (c'est-à-dire des créances naissant de contrats inexistants au moment de la cession). En pratique, le cessionnaire n'acquerrait des droits sur les créances futures que si celles-ci étaient en fait créées, mais, sur le plan juridique, la date du transfert remonterait à la date de la conclusion du contrat de cession. Le fait de donner au cessionnaire un droit de propriété sur la créance cédée à compter du moment de la conclusion du contrat de cession aurait pour conséquence de protéger un cessionnaire ayant la priorité en vertu de la loi du lieu où est situé le cédant. Sans ce droit de propriété, même le droit d'un cessionnaire ayant la priorité pourrait être assujetti aux droits de créanciers nantis et privilégiés en cas d'insolvabilité.

### Article 11. *Limitations contractuelles à la cession*

1. La cession d'une créance a 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 au seul motif qu'elle avait connaissance d'une telle convention.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 61 à 68
A/CN.9/432, par. 113 à 126
A/CN.9/434, par. 128 à 137
A/CN.9/445 par. 49 à 51 et 227 à 231
A/CN.9/447, par. 148 à 152
A/CN.9/455, par. 47 à 51
A/CN.9/456, par. 104 à 116
A/CN.9/466, par. 104 à 106

#### *Commentaire*

98. L'objet essentiel de l'article 11, qui s'inspire de l'article 6 de la Convention d'Ottawa, est d'établir un équilibre entre la nécessité de protéger le débiteur, d'une part, et celle de protéger le cédant et le cessionnaire, d'autre part. Le débiteur peut avoir de bonnes raisons commerciales de limiter l'aptitude du cédant à céder la créance (par exemple, s'il craint d'encourir des dépenses supplémentaires). Par ailleurs, le cédant peut avoir besoin de céder ses créances pour obtenir un financement ou un service et le cessionnaire peut n'avoir aucun moyen de savoir qu'il existe une limitation contractuelle à la cession (comme dans le cas des créances futures ou des cessions globales).

*Champ d'application matérielle et territoriale*

99. L'article 11 vise les limitations contractuelles, qu'elles figurent dans le contrat initial ou toute autre convention entre le cédant et le débiteur, ou dans le contrat de cession initial, ou dans tout contrat de cession ultérieur. Il vise également toute clause contractuelle limitant la cession (par exemple, en la soumettant au consentement du débiteur) et pas seulement les clauses interdisant la cession. Toutefois, il ne vise pas les limitations légales à la cession ou les limitations relatives à la cession de droits autres que les créances (par exemple, clauses de confidentialité). De ce fait, si une cession est effectuée en violation d'une limitation légale ou d'une clause de confidentialité, l'article 11 ne peut être appliqué pour valider une telle cession ou limiter toute responsabilité en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention. Selon l'approche que la Commission décidera d'adopter à propos de la cession de créances financières, le champ d'application de la règle énoncée à l'article 11 pourra être différent, et l'efficacité d'une cession, en général ou uniquement à l'encontre du débiteur, pourra être laissée à la loi applicable en dehors du projet de Convention (voir art. 5 et par. 50 à 54).

100. L'article 5 devrait également être applicable aux cessions de créances dues par des débiteurs souverains, à moins que l'État dans lequel est situé le débiteur émette en vertu de l'article 38 une réserve à propos de l'article 11 (voir les paragraphes 213 et 214). Dans ce cas également, la question de savoir si une cession a effet à l'encontre d'un débiteur souverain serait également régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention. En outre, l'article 11 vise les cessions de créances dues par des débiteurs consommateurs. Il n'a toutefois pas pour objet de supplanter les lois relatives à la protection des consommateurs (bien que, dans la pratique, à l'exception de personnes très riches, qui n'ont sans doute pas besoin d'être protégées par la loi, les consommateurs n'aient pas le pouvoir de négociation voulu pour inclure de telles limitations dans leurs contrats; pour ce qui est des créances sur consommateurs et de la protection des consommateurs, voir les paragraphes 36, 128, 152, 160 et 196). Quoi qu'il en soit, les consommateurs, soit ne seraient même pas avisés de la cession, soit en seraient avisés et seraient invités à continuer de payer sur le même compte bancaire ou à la même boîte postale. Dans ce cas, un débiteur craignant de perdre des droits à compensation pouvant découler de contrats non liés au contrat initial pourrait rompre sa relation avec le cessionnaire.

101. En fait, vu son application limitée aux consommateurs et l'exclusion des prestataires de services financiers (art. 5), ainsi que l'exclusion possible des gouvernements et autres entités publiques (art. 38), l'article 11 s'appliquerait essentiellement lorsque le débiteur est un important fournisseur n'ayant sans doute pas besoin d'une protection légale. Quoi qu'il en soit, la Commission voudra peut-être envisager de limiter encore le champ de la règle énoncée à l'article 11 aux cessions de créances futures ou aux cessions globales, car, dans ces cas, la validation des limitations contractuelles aurait un effet négatif pour le coût du crédit. Dans les autres cessions (par exemple, de créances uniques existantes), une limitation contractuelle rendrait la cession sans effet à l'encontre du débiteur (projet d'article 12.301 des Principes du droit européen des contrats). Une telle approche préserverait la libre transférabilité des créances dans les transactions financières importantes, tout en limitant les entraves indues à l'autonomie des parties. La Commission voudra peut-être également traiter des cessions qui ne sont pas véritablement des cessions, mais plutôt des offres publiques d'achat (c'est-à-dire, lorsqu'un concurrent obtient la cession des dettes d'une entité, afin d'avoir accès à des informations commerciales confidentielles; encore que, si de telles informations faisaient l'objet d'une clause de confidentialité et que la cession accordait au cessionnaire un accès aux informations confidentielles, l'article 11 ne serait pas applicable pour valider cette cession).

*La règle*

102. L'article 11 énonce pour l'essentiel la règle suivante: tant la limitation contractuelle de la cession que la cession elle-même ont effet. Toutefois, à la différence de la cession qui a effet à l'encontre du débiteur, la limitation contractuelle ne produit aucun effet à l'encontre du cessionnaire. Le principe sous-jacent est le suivant: il est plus utile pour tous de faciliter la cession de créances et de réduire le coût de l'opération, plutôt que de veiller à ce que le débiteur n'ait pas à payer une personne autre que le créancier initial (le cédant). En vertu du paragraphe 1 de l'article 11, le débiteur est lié par la cession. La question d'une éventuelle responsabilité pour contravention au contrat est laissée à la loi applicable en dehors du projet de Convention. S'il existe une telle responsabilité, en vertu du paragraphe 2 de l'article 11, elle n'est pas étendue au cessionnaire et ne peut être fondée que sur la connaissance qu'avait le cessionnaire de la limitation contractuelle (la connaissance peut être pertinente en cas de responsabilité extracontractuelle du cessionnaire, par exemple en cas d'entrave dolosive à des relations contractuelles avantageuses). Le fait de pénaliser le cessionnaire pour la simple raison qu'il avait connaissance de la clause de non-cession risquerait d'avoir pour résultat, non souhaité, de l'inciter soit à éviter d'appliquer le critère de la diligence voulue, soit à appliquer ce critère et à refuser d'accepter des créances ou à les accepter à un prix très inférieur. Les autres droits que le débiteur peut avoir en dehors de la loi applicable en dehors du projet de Convention, par exemple le droit de résilier le contrat initial pour contravention, ne sont pas non plus modifiés, à moins qu'une créance financière ne soit en jeu (voir art. 5, variante A, par. 2; on trouvera au paragraphe 104 une suggestion du secrétariat visant à limiter les droits du débiteur à une demande de dommages-intérêts compensatoires).

*Justification*

103. Les limitations contractuelles ont un impact négatif sur la valeur des créances, qu'elles portent sur toutes les créances cédées globalement ou seulement sur certaines d'entre elles. Si les limitations contractuelles étaient opposables à tous les cessionnaires, ceux-ci devraient examiner les documents relatifs à chaque créance. De ce fait, un petit nombre de créances faisant l'objet de limitations contractuelles suffirait à augmenter le coût d'un grand nombre de créances non soumises à ces limitations. En outre, à moins qu'elles n'aient pour objet de préserver des intérêts légitimes, les limitations contractuelles peuvent constituer une entrave indue aux principes de l'économie de marché. Dans la mesure où l'obligation de paiement a

le même effet sur le débiteur, quelle que soit l'identité du créancier, une limitation contractuelle serait contraire au principe de non-restriction de l'aliénation de biens. En outre, une économie dans laquelle les créances sont librement transférables offre des avantages substantiels aux débiteurs. Les économies réalisées par les créanciers grâce à la libre cessibilité de leurs créances peuvent avoir des retombées positives sur les débiteurs, sous la forme d'un coût moins élevé des biens et services ou du crédit.

104. En tout état de cause, le projet de Convention offre un niveau de protection élevé au débiteur (art. 17 à 22). En outre, en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention, le débiteur peut même déclarer résolu le contrat initial (à l'exception des débiteurs de créances financières; art. 5, variante A, par. 2). Toutefois, une telle résolution, qui pourrait priver le cessionnaire du droit contractuel à demander paiement au débiteur, ne devrait pouvoir être invoquée que dans des circonstances exceptionnelles (le cédant peut avoir une créance fondée sur un enrichissement sans cause ou toute autre créance par l'effet de la loi à l'encontre du débiteur, mais la cession de tels droits ne serait pas régie par le projet de Convention). Sinon, le risque de résolution du contrat aurait en soi un effet négatif sur le coût du crédit. C'est pourquoi la Commission voudra peut-être envisager de préciser, à l'article 11, que tout recours dont dispose le débiteur à l'encontre du cédant pour contravention à la clause de non-cession sera limité à une demande de dommages-intérêts compensatoires (ou que le débiteur ne peut déclarer le contrat initial résolu au seul motif que le cédant a violé une clause de non-cession; voir l'article 5, variante A, par. 2). Les articles 11, 20-3 et 22 pourraient de toute façon être interprétés comme empêchant un moyen aussi radical, du moins après la notification de la cession. Le fait de permettre au débiteur de déclarer le contrat résolu du simple chef de la violation d'une clause de non-cession serait contraire au principe selon lequel la cession a effet, même si elle est effectuée en violation d'une clause de non-cession, ainsi qu'au principe selon lequel, dans ce cas, le débiteur ne peut invoquer contre le cessionnaire le moyen de recours qu'il pourrait avoir à l'encontre du cédant pour contravention au contrat. En outre, si la solution minimale, c'est-à-dire une modification du contrat initial, n'est pas autorisée après notification de la cession au débiteur sans le consentement du cessionnaire, la solution maximale, à savoir l'annulation du contrat, ne devrait pas être non plus autorisée. Une telle limitation des droits d'annulation du débiteur peut être combinée à l'approche suggérée à l'article 5, variante A, paragraphe 2. Si la cession est sans effet à l'encontre du débiteur, le débiteur n'aura pas besoin d'annuler le contrat initial du simple chef de la violation d'une limitation contractuelle de la cession (par. 104).

### Article 12. *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 avec 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 du présent article 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 les obligations ou responsabilités du cédant découlant d'une violation d'une convention visée au paragraphe 2 du présent article. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle avait connaissance d'une telle convention.

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.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 69 à 74
A/CN.9/432, par. 127 à 130
A/CN.9/434, par. 138 à 147
A/CN.9/445, par. 232 à 235
A/CN.9/456, par. 117 à 126

#### *Commentaire*

*Sûretés accessoires et indépendantes*

105. Le paragraphe 1 reflète le principe généralement accepté selon lequel les sûretés accessoires (par exemple, une garantie, un nantissement ou une hypothèque) sont transférées automatiquement, alors que les sûretés indépendantes (par exemple, une garantie indépendante ou une lettre de crédit stand-by ou une sûreté réelle de caractère abstrait) ne sont transférables que par un nouvel acte de transfert (les mots "garantissant le paiement" sont utilisés afin d'inclure les droits qui ne sont peut-être pas des sûretés en tant que telles, par exemple des droits découlant de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by). En vertu de l'article 7, le cédant et le cessionnaire peuvent convenir qu'une sûreté accessoire n'est pas transférée au cessionnaire et donc éteinte, par exemple lorsque le cessionnaire ne souhaite pas accepter la responsabilité et le coût afférents à l'entretien et à la garde de la garantie (taxes et frais d'assurance dans le cas de biens immobiliers, ou frais d'entreposage et d'assurance dans le cas de matériel). La question du caractère accessoire ou indépendant de la sûreté et les conditions de fond ou de procédure à satisfaire pour la création d'une telle sûreté sont laissées à la loi régissant cette dernière. Vu le large éventail de sûretés régi par l'article 12 et les divergences entre les systèmes juridiques en la matière, cet article ne tente pas de spécifier la loi applicable à ces sûretés. Le paragraphe 1 donne également au cédant l'obligation de transférer au cessionnaire toute sûreté indépendante garantissant le paiement des créances cédées, ainsi que le produit de cette

sûreté. De ce fait, si une sûreté indépendante et son produit sont cessibles, le cessionnaire pourra les obtenir. Si ces droits ne sont pas cessibles, ou ne sont pas cédés pour quelque raison que ce soit, le cessionnaire aura une créance personnelle à l'encontre du cédant. Pour ce qui est de la formulation du paragraphe 1, la Commission voudra peut-être envisager de supprimer la deuxième partie de la première phrase (c'est-à-dire les mots "sauf si... transfert"), qui est superflue (la première partie de la première phrase est sans doute suffisante).

*Limitations contractuelles*

106. Le paragraphe 2 vise à faire en sorte que toute limitation convenue entre le cédant et le débiteur ou toute autre personne accordant une sûreté n'invalide pas la cession. Conformément au paragraphe 3, la responsabilité que le cédant peut avoir du fait d'une contravention au contrat, en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention, n'est pas affectée, mais elle ne s'étend pas au cessionnaire (cette approche est conforme à celle adoptée à l'article 11). Le principe sous-jacent est que les sûretés devraient être traitées, en ce qui concerne les limitations à la cession, de la même manière que les créances, car, souvent, la contrepartie sur laquelle compte le cessionnaire réside dans la sûreté et non dans la créance proprement dite. Toutefois, une limitation figurant dans un contrat avec un tiers garant souverain situé dans un État ayant fait une déclaration en vertu de l'article 38 rendrait la cession sans effet, mais uniquement à l'encontre dudit tiers. De même, une limitation figurant dans un contrat avec un tiers garant d'une créance financière peut invalider la cession en général, ou uniquement à l'encontre dudit tiers, selon que la Commission adopte la variante A ou la variante B de l'article 5.

*Droits de possession*

107. Que le transfert d'une sûreté soit ou non interdit par convention, si le transfert entraîne un transfert de possession de la garantie et si ce transfert cause des préjudices au débiteur ou à la personne accordant la sûreté, la responsabilité pouvant exister en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention n'est pas affectée. Le paragraphe 4 envisage, par exemple, un transfert d'actions nanties qui pourrait habiliter un cessionnaire étranger à exercer les droits d'un actionnaire au détriment du débiteur ou de toute autre personne qui aurait pu nantir les actions.

*Conditions de forme*

108. Aux termes du paragraphe 5, il n'est pas porté atteinte aux règles de droit applicable en dehors du projet de Convention à la forme du transfert des sûretés. En conséquence, un document authentifié et un enregistrement peuvent être nécessaires au transfert effectif d'une hypothèque, tandis qu'un transfert de possession ou un enregistrement peuvent être requis pour le transfert d'un gage. Le projet de Convention n'a pas non plus pour objet d'influer sur les conditions de forme d'une cession de créances garanties par un actif (enregistrement d'une cession garantie par un bien immobilier ou un aéronef, par exemple). Si la Commission incluait, cependant, une règle sur la forme de la cession, soumettant cette forme à la loi applicable là où est situé le cédant (voir par. 80 à 82), cette règle devrait s'aligner sur le paragraphe 5 (par exemple, en prévoyant que la loi applicable là où est situé le cédant régirait la forme, à moins que les créances ne soient garanties par une sûreté, auquel cas la loi régissant cette sûreté régirait la forme).

## CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS

### Section I. Cédant et cessionnaire

#### *Commentaire*

*Objet de la section I*

109. À la différence des autres dispositions du projet de Convention qui traitent des aspects de la cession liés à la propriété, les dispositions contenues dans la présente section traitent de questions contractuelles. Leur utilité réside dans le fait qu'elles reconnaissent l'autonomie des parties, principe énoncé de manière générale à l'article 7, et prévoient des règles par défaut applicables en l'absence de convention entre le cédant et le cessionnaire. Ces règles par défaut offrent d'importants avantages. Elles réduisent le coût des opérations en répartissant les risques et en évitant aux parties d'avoir à reproduire des clauses et des conditions types dans leur contrat. Elles réduisent également le coût du règlement des litiges en offrant une règle claire à la fois pour les tribunaux et pour les parties, si ces dernières n'ont pas réglé une question particulière. Elles ont par ailleurs une fonction éducative utile dans la mesure où elles offrent une liste récapitulative des questions que les parties doivent examiner lorsqu'elles négocient le contrat initial. Mais surtout, elles renforcent l'uniformité et la sécurité en réduisant la nécessité, pour les tribunaux, de recourir aux solutions nationales offertes par la loi même du contrat. Toutefois, le rôle de la loi du contrat ne se trouve pas complètement supprimé à la section I du chapitre IV. C'est elle qui doit déterminer l'effet d'une erreur, d'une fraude ou d'une illégalité sur la validité du contrat, de même que les recours possibles en cas de contravention au contrat (dans la mesure où ils ne portent pas sur la forme et sont donc soumis à la loi du for).

#### 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].

*Références:*

A/CN.9/432, par. 131 à 144
A/CN.9/434, par. 148 à 151
A/CN.9/447, par. 17 à 24
A/CN.9/456, par. 127 et 128

### *Commentaire*

110. L'article 13 a pour principal objet de réaffirmer, dans le contexte de la relation entre le cédant et le cessionnaire, le principe de l'autonomie des parties, principe déjà énoncé en termes généraux à l'article 7. Le cédant et le cessionnaire sont libres de structurer leurs droits et obligations réciproques de façon à répondre à leurs besoins particuliers. Ils sont également libres d'incorporer dans leur convention toutes règles ou conditions par une référence générale plutôt qu'en les reproduisant. Les conditions auxquelles les parties peuvent exercer leur liberté et les conséquences juridiques correspondantes relèvent de la loi régissant leur convention. L'article 13, allant dans le même sens que l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, énonce également dans ses paragraphes 2 et 3 un principe qui n'est peut-être pas reconnu dans tous les systèmes juridiques, à savoir que, dans l'interprétation des contrats de cession, les usages et les habitudes en matière commerciale doivent être pris en considération. Le paragraphe 2 établit une distinction claire entre les usages commerciaux et les habitudes qui se sont établies entre le cédant et le cessionnaire. Ces usages et habitudes peuvent produire des droits et des obligations pour le cédant et le cessionnaire. Cependant, ils ne peuvent lier des tiers tels que le débiteur ou les créanciers du cédant, pas plus qu'ils ne peuvent lier des cédants ou des cessionnaires subséquents. Toutes ces parties n'auraient pas nécessairement connaissance des usages convenus et des habitudes établies entre le cédant initial et le cessionnaire initial.

111. Puisque le paragraphe 1 reconnaît l'autonomie des parties, ces dernières auront toujours le droit de convenir du caractère contraignant ou facultatif des pratiques établies entre elles. Les mots "sauf convention contraire", figurant au paragraphe 2, peuvent donc ne pas être nécessaires. Ils n'apparaissent pas au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, mais avaient été inclus à l'origine au paragraphe 2, parce que, contrairement à la hiérarchie des règles juridiques établie dans la Convention des Nations Unies sur les ventes, le projet de Convention prévaut sur toute convention des parties. Le paragraphe 1 étant limité désormais aux droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire, la règle concernant la prévalence du projet de Convention a été supprimée, et l'écart par rapport au libellé du paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes ne se justifie plus.

112. Le paragraphe 3 définit le champ d'application des questions couvertes par un usage international. En vertu de ce paragraphe, les usages internationaux lient uniquement les parties à des cessions internationales. Cette restriction n'a pas été jugée nécessaire dans l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, puisque cette convention ne s'applique qu'aux opérations internationales. Elle l'est en revanche dans l'article 13 du projet de Convention, car ce dernier peut s'appliquer aux cessions nationales de créances internationales. En outre, en vertu du paragraphe 3, comme en vertu du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, les usages ne s'appliquent qu'au type particulier d'opération visée. Ainsi, un usage international pour l'affacturage ne peut s'appliquer à une cession effectuée dans le cadre d'une titrisation. Cependant, à la différence du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, le paragraphe 3 ne fait pas référence à la connaissance subjective, effective ou implicite des parties, mais seulement à la condition objective que les usages doivent être largement connus et régulièrement observés. Le Groupe de travail a estimé que, si une telle référence à la connaissance subjective des parties pourrait être utile dans une relation bipartite, elle serait inappropriée dans une relation tripartite, car il serait extrêmement difficile pour des tiers de déterminer ce dont le cédant et le cessionnaire avaient ou auraient dû avoir connaissance. Étant donné que l'article 13 a été revu afin de bien préciser qu'il se rapporte aux droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire et que, en vertu de l'article 7, les conventions entre les parties n'ont pas d'incidences sur les tiers, la Commission voudra peut-être réexaminer cette question.

## 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.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 80 à 88
A/CN.9/432, par. 145 à 158
A/CN.9/434, par. 152 à 161
A/CN.9/447, par. 25 à 40
A/CN.9/456, par. 129 et 130

### *Commentaire*

*Autonomie des parties/règles par défaut*

113. Les garanties données par le cédant ont pour objet de réduire le risque que court le cessionnaire de ne pas pouvoir recouvrer, en cas de besoin, ses créances auprès du débiteur. Étant donné leur but, elles constituent pour le cessionnaire un facteur important dans la détermination du crédit à octroyer au cédant et du coût de ce crédit. C'est pourquoi elles font l'objet de négociations très poussées et

sont explicitement réglées entre le cédant et le cessionnaire. Reconnaissant cette réalité, l'article 14 consacre le principe de l'autonomie des parties concernant les garanties du cédant. Celles-ci peuvent découler du contrat de financement, du contrat de cession (s'il est séparé), ou de tout autre contrat entre le cédant et le cessionnaire. Conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 13, elles peuvent également découler d'habitudes et d'usages commerciaux. L'article 14 autorise les parties à modifier explicitement ou implicitement les garanties, y compris celles qui ont trait à l'existence même de la créance cédée.

114. Outre qu'il reconnaît le principe de l'autonomie des parties, l'article 14 énonce une règle par défaut répartissant les risques entre le cédant et le cessionnaire en l'absence de convention des parties sur cette question, avec pour objectif général de concilier la nécessité d'équité et la nécessité de faciliter un accès accru à des crédits moins onéreux. Il va dans le sens de la pratique habituelle selon laquelle le cédant garantit l'existence de la créance cédée mais non la solvabilité du débiteur. Si les parties ne se sont pas mises d'accord sur des garanties, le risque de non-paiement serait, en l'absence d'une règle analogue au libellé de l'article 14, plus élevé. Cette situation pourrait faire échouer une opération (si le risque est trop élevé) ou, du moins, réduire le montant du crédit octroyé et en accroître le coût. Par ailleurs, dans la mesure où le cédant doit supporter un certain risque, ses marchandises ou ses services seraient plus onéreux, voire inaccessibles, pour le débiteur.

*Garanties concernant "l'existence" ou la cessibilité d'une créance*

115. En vertu du paragraphe 1, le cédant garantit qu'il a le droit de céder la créance, qu'il ne l'a pas déjà cédée, et que le débiteur ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception. Compte tenu de la nécessité pour le cessionnaire de pouvoir estimer le risque lié à une opération avant d'accorder un crédit, le paragraphe 1 dispose que les garanties doivent être données et prendre effet au moment de la conclusion du contrat de cession. Ces garanties sont considérées comme données non seulement au cessionnaire immédiat, mais également à tout cessionnaire subséquent. En conséquence, tout cessionnaire subséquent peut se retourner contre le cédant pour violation des garanties. Si les garanties étaient considérées comme étant données uniquement au cessionnaire immédiat, tout cessionnaire subséquent n'aurait de recours que contre son cédant immédiat, ce qui accroîtrait le risque et, partant, le coût des opérations comprenant des cessions subséquentes. Les alinéas *a* à *c* énoncent des garanties que l'on pourrait globalement décrire comme des garanties se rapportant à "l'existence" de la créance (ou à sa cessibilité). Si le cédant n'est pas habilité à céder les créances, les a déjà cédées ou les a dénuées de toute valeur en exécutant de façon incorrecte le contrat conclu avec le débiteur, la créance n'"existe" pas. La Commission voudra peut-être déterminer si d'autres garanties relatives à l'existence d'une créance, notamment sa base factuelle ainsi que sa validité quant à la forme et au fond et son opposabilité, sont suffisamment traitées (voir le projet d'article 12.204 des Principes du droit européen des contrats).

116. Le cédant viole la garantie quant à son droit de céder, énoncée à l'alinéa *a*, s'il n'a pas la capacité ou l'autorité pour agir, ou s'il existe une quelconque limitation légale à la cession. Cette position se justifie par le fait que le cédant est mieux à même de savoir s'il a le droit de céder la créance. Toutefois, le cédant ne se rend pas coupable d'une violation de garantie si le contrat initial contient une clause limitative de cession. Le Groupe de travail a décidé qu'aucune référence explicite à cette règle n'était nécessaire à l'alinéa *a*, puisqu'elle était implicite dans l'article 11, en vertu duquel la cession a effet même lorsqu'elle viole une convention limitant le droit du cédant de céder ses créances. La garantie énoncée à l'alinéa *b*, selon laquelle le cédant n'a pas déjà cédé la créance, a pour objet de tenir le cédant responsable envers le cessionnaire si, du fait d'une cession précédente effectuée par le cédant, le cessionnaire n'a pas la priorité. Cette situation peut se produire si le cessionnaire n'a pas de moyens objectifs de déterminer si une cession a déjà eu lieu. Aux termes de l'alinéa *b*, cependant, le cédant n'est pas tenu de garantir qu'il ne cédera pas les créances à un autre cessionnaire après la première cession. Une telle garantie irait à l'encontre de la pratique moderne de financement, selon laquelle le droit qu'a le cédant de proposer à différents prêteurs des parties des mêmes créances à titre de garantie pour obtenir un crédit est absolument essentiel. La Commission voudra peut-être déterminer si l'alinéa *b* devrait aussi viser les cessions ou autres transferts de plein droit (voir le projet d'article 12.104 *c* des Principes du droit européen des contrats).

117. L'alinéa *c* fait supporter au cédant le risque d'exceptions ou de droits à compensation cachés opposables par le débiteur, qui peuvent empêcher le cessionnaire de recouvrer une partie ou la totalité de sa créance. Le principe sur lequel repose cette disposition est qu'en exécutant correctement son contrat avec le débiteur le cédant pourra empêcher que de telles exceptions soient opposées. Dans le contexte de la vente de marchandises, en particulier, qui inclut des éléments de service et d'entretien, une telle démarche rendrait le cédant davantage responsable de la bonne exécution de son contrat avec le débiteur. Cette disposition part également de l'hypothèse que, dans tous les cas, le cédant sera mieux placé pour savoir si le contrat sera correctement exécuté, même s'il n'est que le vendeur de marchandises fabriquées par un tiers. (Il n'est pas nécessaire que le cédant ait une connaissance effective de l'existence d'exceptions.) Un autre principe dont il a été tenu compte est que le fait de faire supporter le risque d'exceptions au cédant a normalement un impact positif sur le coût du crédit. L'alinéa *c* a un champ d'application étendu qui englobe les exceptions et droits à compensation, qu'ils aient une origine contractuelle ou non contractuelle et qu'ils aient trait à des créances existantes ou futures. Il couvre également les droits à compensation, qu'ils découlent du contrat initial ou de tout contrat connexe ou encore de contrats sans rapport avec le contrat initial (à l'exception des droits à compensation découlant de contrats non connexes qui deviennent opposables après notification et que le débiteur ne peut, en vertu du paragraphe 2 de l'article 20, opposer au cessionnaire). S'agissant des garanties relatives à l'absence d'exceptions opposables à des créances futures cédées globalement à titre de garantie, le Groupe de travail a estimé que la garantie

énoncée à l'alinéa *c* reflétait correctement la pratique actuelle. Selon cette pratique, dans les cessions globales de créances exemptes ou frappées d'exceptions, les cédants ne reçoivent normalement qu'un crédit correspondant au montant des créances non susceptibles de faire l'objet d'exceptions et doivent rembourser un montant plus élevé. En outre, en cas de non-paiement par le débiteur, le cédant doit reprendre les créances que le cessionnaire ne parvient pas à recouvrer auprès du débiteur et les remplacer par d'autres créances ou rembourser le prix des créances impayées ("financement avec recours").

*Garanties concernant la solvabilité du débiteur*

118. Le paragraphe 2 reflète le principe généralement accepté selon lequel le cédant ne garantit pas la solvabilité du débiteur. En conséquence, le risque de défaillance du débiteur est supporté par le cessionnaire, ce que ce dernier prend en compte lorsqu'il détermine s'il peut ou non accorder un crédit et à quelles conditions. Reconnaissant le droit qu'ont les parties à des opérations de financement de convenir d'une répartition différente des risques, le paragraphe 2 autorise le cédant et le cessionnaire à conclure une convention contraire. Ce paragraphe dispose également qu'une telle convention peut être implicite ou explicite. La question de savoir ce qui constitue une convention implicite doit être tranchée par les règles d'interprétation de la loi régissant le contrat.

*Garanties supplémentaires*

119. La Commission souhaitera peut-être envisager d'ajouter aux garanties énumérées au paragraphe 1 les garanties suivantes: le cédant ne modifie pas le contrat initial sans le consentement effectif ou implicite du cessionnaire (art. 22) et le cédant transfère au cessionnaire toute sûreté non accessoire ou tous autres droits adjoints (art. 12; voir également le projet d'article 12.204 *d* et *e* des Principes du droit européen des contrats).

*Violation des garanties*

120. Le Groupe de travail a décidé de ne pas traiter les conséquences juridiques d'une violation des garanties, notamment pour les raisons suivantes: les questions relatives au contrat de financement sous-jacent sortent du champ d'application du projet de Convention, et, en tout état de cause, il serait très difficile de parvenir à un accord sur des questions telles que la responsabilité pour violation de garanties. La Commission voudra peut-être envisager d'examiner, tout au moins, les conséquences que pourrait avoir une violation des garanties sur la cession (les créances sont-elles automatiquement retransférées au cédant ou un nouvel acte de transfert est-il nécessaire?). Cette question revêt une importance particulière si le cédant devient insolvable après une violation des garanties.

Article 15. *Droit de notifier la cession au débiteur*

1. Sauf convention contraire entre eux, le cédant et le cessionnaire 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 envoyée, 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.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 89 à 94 et 119 à 122
A/CN.9/432, par. 159 à 164 et 175
A/CN.9/434, par. 162 à 165
A/CN.9/447, par. 41 à 47
A/CN.9/456, par. 131 à 144 et 193
A/CN.9/466, par. 116 à 117

***Commentaire***

*Droit indépendant du cessionnaire de notifier la cession au débiteur et de demander paiement*

121. Le projet d'article 15 a principalement pour objet de reconnaître au cessionnaire le droit de notifier la cession au débiteur et de demander paiement, même sans la coopération ou l'autorisation du cédant. Il n'a pas pour objet de définir la notification (art. 6) ou de traiter les conditions d'opposabilité de la notification au débiteur (art. 18) ou les conséquences juridiques de la notification (art. 19, 20 et 22). Il est jugé important d'accorder au cessionnaire le droit autonome de notifier la cession au débiteur, en particulier dans la mesure où le cédant pourrait ne pas souhaiter ou, en cas d'insolvabilité, ne pas pouvoir coopérer avec le cessionnaire. De surcroît, du moins dans les systèmes juridiques où la priorité est déterminée par la date de la notification au débiteur, le cédant, agissant d'intelligence avec un ayant droit à l'encontre d'un autre ayant droit, pourrait déterminer l'ordre de priorité, à moins que chaque ayant droit ne soit autorisé à notifier la cession au débiteur indépendamment du cédant. Le Groupe de travail a reconnu que, selon certaines pratiques, il est normal que le cédant envoie des instructions de paiement au débiteur et lui notifie la cession (par exemple, dans l'affacturage). Mais il était conscient, en même temps, que, selon d'autres pratiques, il était important que le cessionnaire puisse notifier la cession au débiteur indépendamment du cédant, qu'il y ait défaillance ou non. Il a été jugé que la protection du débiteur contre le risque de se voir notifier une cession et de se voir demander de payer une personne potentiellement inconnue était une question différente qui pourrait être résolue en autorisant le débiteur, en cas de notification adressée par le cessionnaire, à demander des preuves suffisantes (par définition, une notification doit indiquer le cessionnaire; voir le paragraphe 60; voir aussi le projet d'article 12.303 des Principes du droit européen des contrats, selon lequel, dans un tel cas, la cession doit être effectuée par écrit et le débiteur doit pouvoir l'examiner.)

*La notification comme droit, non comme obligation*

122. Afin de tenir compte des pratiques de non-notification, la notification est formulée, au paragraphe 1, comme

un droit et non comme une obligation. Dans ces pratiques, le débiteur ne reçoit normalement pas notification de la cession et le cédant reçoit le paiement au nom du cessionnaire. L'article 15 a également pour objet de reconnaître des pratiques dans lesquelles le débiteur continue de payer comme avant la cession, tandis que le cédant et le cessionnaire s'entendent sur le contrôle du compte bancaire ou de la boîte postale sur lequel ou à laquelle le paiement s'effectue. Dans ces pratiques, afin d'éviter au débiteur tout inconvénient qui pourrait résulter d'une interruption du flux normal des paiements, le débiteur n'est soit pas avisé du tout, soit avisé et prié de continuer de payer le cédant (cette notification a normalement pour objet d'empêcher le débiteur d'acquérir, après notification, un droit à compensation découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial). Il n'y a que dans des situations exceptionnelles (par exemple, en cas de défaillance) que la cession est notifiée au débiteur, qui reçoit alors des instructions de paiement différentes (payer le cessionnaire ou une autre personne ou sur un compte différent ou à une adresse différente).

*Notification et instruction de paiement*

123. Conformément à l'approche suivie pour l'article 6 *e* (qui définit la notification sans aucune référence aux instructions de paiement), le paragraphe 1 établit une distinction claire entre une notification et une instruction de paiement. Le but est de reconnaître la différence, tant dans l'objet que dans le temps, entre une notification et une instruction de paiement, et de valider des pratiques dans lesquelles une notification est adressée sans aucune instruction de paiement. En vertu de cette approche, la simple notification d'une cession suffit pour abolir le droit à compensation du débiteur découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial, et pour changer la façon dont le cédant et le débiteur peuvent modifier le contrat initial. Cependant, pour éviter de compliquer la libération du débiteur, le Groupe de travail a décidé de ne pas fonder cette libération sur la réception d'une instruction de paiement. En vertu du paragraphe 1, une instruction de paiement peut être envoyée soit par le cédant ou le cessionnaire avec la notification, soit, subséquemment à une notification, par le cessionnaire. Le paragraphe 1, à la différence de l'article 19, renvoie au moment où la notification est "envoyée" (et non "reçue"), car ni le cédant ni le cessionnaire n'ont le moyen de déterminer le moment de la réception. Cette question peut être importante pour la libération du débiteur, traitée à l'article 19, mais non pour ce qui est de savoir qui, du cédant ou du cessionnaire, a le droit d'envoyer une instruction de paiement.

*Conventions concernant la notification*

124. Le paragraphe 1 accorde au cessionnaire le droit autonome de notifier la cession au débiteur et de demander paiement, mais le paragraphe 2 reconnaît également au cédant et au cessionnaire le droit de négocier et de s'entendre sur la question de la notification au débiteur de façon à répondre à leurs besoins particuliers. Le cédant et le cessionnaire, par exemple, peuvent convenir qu'aucune notification ne sera envoyée au débiteur aussi longtemps que le flux des paiements n'est pas interrompu (par exemple, dans l'escompte de factures non divulgué). Pour bien préciser qu'une convention spécifique n'est pas nécessaire, le paragraphe 1 commence par une formulation négative ("Sauf convention contraire"). La règle, introduite dans la première phrase du paragraphe 2, est que, si une notification est envoyée en violation d'une telle convention et si le débiteur paie, celui-ci est libéré. En effet, le débiteur devrait pouvoir se libérer en se conformant à la notification et ne devrait pas se préoccuper des arrangements privés existant entre le cédant et le cessionnaire. Le fait de savoir si la personne qui viole la convention est responsable d'une rupture de contrat en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention est une autre question et ne devrait pas remettre en cause la libération du débiteur, qui n'est pas partie à cette convention. Cependant, une notification envoyée en violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire n'abolit aucun droit à compensation du débiteur découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial (art. 20); elle ne change pas la façon dont le cédant et le débiteur peuvent modifier le contrat initial (art. 22); elle ne constitue pas une base pour déterminer la priorité en vertu de la loi applicable aux questions de priorité (art. 24 à 26). Le Groupe de travail a estimé que de tels résultats conféreraient un avantage indu au cessionnaire, qui notifierait de façon abusive la cession au débiteur. La formulation négative du paragraphe 2 ("n'invalide pas") a pour objet d'assurer que la simple violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire, d'une part, n'invalide pas la notification aux fins de la libération du débiteur et, d'autre part, ne porte pas atteinte au droit des contrats quant aux conditions exigées pour qu'une telle convention ait effet.

### Article 16. *Droit du cessionnaire à recevoir paiement*

1. Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire, 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 le produit et les marchandises restituées 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 recevoir paiement du produit et à se faire remettre les marchandises restituées au cédant au titre de la créance cédée;

*c)* 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 recevoir paiement du produit et à se faire remettre les marchandises restituées à cette personne au titre de la créance cédée.

2. Le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance.

*Références:*

A/CN.9/447, par. 48 à 68
A/CN.9/456, par. 145 à 159
A/CN.9/466, par. 118 à 123

### *Commentaire*

*Objet et champ d'application*

125. L'article 16 a pour objet d'énoncer explicitement ce qui est déjà implicite aux articles 2 et 9, à savoir qu'entre le cédant et le cessionnaire ce dernier a un droit de propriété sur la créance cédée et tout produit (la question de l'opposabilité aux tiers doit être réglée par la loi régissant la priorité au titre de l'article 24 *b*). Le champ d'application de l'article 16 étant limité à la relation entre le cédant et le cessionnaire, cet article est soumis au principe général de l'autonomie des parties consacré à l'article 7, et doit fonctionner comme règle par défaut applicable en l'absence d'une convention entre le cédant et le cessionnaire. Il n'est pas censé influer sur la situation juridique du débiteur ou les questions de priorité.

*Droits au produit et aux marchandises restituées*

126. Entre le cédant et le cessionnaire, le droit du cessionnaire s'étend au produit (qui, en vertu du projet d'article 6 *k*, comprend le produit des créances et le produit du produit), ainsi qu'aux marchandises restituées. À cet égard, le Groupe de travail a estimé qu'il n'y avait aucune raison de limiter la faculté du cédant et du cessionnaire de convenir que le cessionnaire pourrait revendiquer toute marchandise restituée. Il a aussi jugé que, même en l'absence de convention, une règle par défaut autorisant le cessionnaire à revendiquer toute marchandise restituée pourrait réduire les risques de non-recouvrement du débiteur et, partant, avoir un impact positif sur le coût du crédit. Le paragraphe 1 couvre les cas dans lesquels le paiement a été fait au cessionnaire, au cédant ou à une autre personne. Dans ce dernier cas, le droit du cessionnaire, en vertu de l'alinéa *c* du paragraphe 1, est soumis à l'ordre de priorité. Le paragraphe 2 tient compte de la pratique courante dans les cessions effectuées à titre de garantie, selon laquelle le cessionnaire peut être fondé à recouvrer le montant total de la créance due auquel s'ajoutent les intérêts dus en vertu du droit des contrats, mais doit rendre compte et rendre au cédant ou à ses créanciers tout solde restant après paiement de la créance du cessionnaire. Le paragraphe 2 ne reprend pas la référence à une convention contraire des parties, qui figure dans le chapeau du paragraphe 1, puisque le droit du cessionnaire à la créance cédée découle du contrat de cession et est, en vertu de l'article 13, soumis de toute manière à l'autonomie des parties. Quant à l'interaction entre les articles 16 et 38, il convient de noter qu'un débiteur souverain situé dans un État qui a fait une réserve conformément à l'article 38 pourrait se libérer en payant le cédant, le cessionnaire ayant le droit de réclamer à ce dernier le produit du paiement.

*Notification de la cession du débiteur*

127. Le droit du cessionnaire sur le produit est indépendant de toute notification de la cession. Cette démarche se justifie par la nécessité d'assurer que, si un paiement est effectué en faveur du cessionnaire avant la notification, ce dernier pourra conserver le produit du paiement, et que, si un paiement est effectué en faveur du cédant après la notification (ce qui ne libère pas le débiteur), le cessionnaire aura un droit sur ces paiements. Ce droit revêt une importance particulière si le cédant ou le débiteur deviennent insolvables. Si le paiement est effectué en faveur du cédant après la notification, le cessionnaire est en principe fondé, en vertu de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 16, à se faire payer par le cédant ou, en vertu du paragraphe 2 de l'article 19, par le débiteur. Ce résultat est approprié dans la mesure où le débiteur, qui paie le cédant après la notification, prend le risque d'avoir à payer deux fois. Dans la pratique, cependant, le cessionnaire ne réclamerait pas un second paiement du débiteur, à moins que le cédant ne soit devenu insolvable. Dans ce cas, toute demande que le débiteur pourrait former contre le patrimoine du cédant insolvable (par exemple, sur la base du principe d'enrichissement sans cause) n'aurait normalement pas grand sens, puisqu'il est improbable que des ayants droit formant des demandes personnelles puissent obtenir paiement.

## 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 sur les conditions de paiement énoncées 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.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 101
A/CN.9/432 par. 33 à 38, 89, 90, 206 et 244
A/CN.9/434, par. 86 à 95
A/CN.9/445, par. 195 à 198
A/CN.9/456, par. 21, 81 et 168 à 176

### *Commentaire*

*Principe de la protection du débiteur*

128. Le principe de la protection du débiteur est l'un des grands principes du projet de Convention. Il est évoqué en termes généraux dans le préambule et à l'article 17. Un certain nombre d'autres dispositions (par exemple, les articles 1-3, 5, 7, 19 à 23, 28 et 38) y font également allusion. L'idée maîtresse de la règle énoncée au paragraphe 1 est que le projet de Convention n'a aucune incidence sur la situation juridique du débiteur (lorsque se pose la question de savoir si une cession modifie la situation juridique du débiteur, il faut trancher en faveur de ce dernier). Le projet de Convention n'a pas pour objet, en particulier, de modifier, sans le consentement du débiteur, les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial (par exemple, le montant dû, qu'il s'agisse du principal ou des intérêts; la date de paiement; et toute condition régissant l'obligation de paiement du débiteur) ni les exceptions ou droits à compensation que le débiteur peut invoquer en vertu du

contrat initial et ne devrait pas non plus avoir pour effet d'augmenter les frais de paiement. Un principe découlant de l'article 17 est que le projet de Convention n'a pas pour objet de porter atteinte aux droits des consommateurs débiteurs et, en particulier, de déroger à la législation sur la protection des consommateurs (art. 21-1 et 23; en ce qui concerne les créances sur consommateurs et la protection des consommateurs, voir les paragraphes 36, 100, 152, 160 et 196).

*Pays et risque de change*

129. Quelque changement que puisse connaître la situation juridique du débiteur en raison d'une cession effectuée en vertu du projet de Convention, aux termes du paragraphe 2, une instruction de paiement, qu'elle soit donnée en même temps que la notification ou postérieurement, ne peut modifier la monnaie de paiement. Elle ne peut pas non plus modifier le pays où le paiement doit être fait, sauf si cette modification est à l'avantage du débiteur et permet que le paiement soit effectué dans le pays où est situé ce dernier. Une telle modification du pays de paiement est souvent autorisée dans les contrats d'affacturage afin de faciliter le paiement par les débiteurs. La Commission souhaitera peut-être soumettre cette modification également au consentement du débiteur, de sorte qu'il soit tenu compte des cas exceptionnels dans lesquels le débiteur peut avoir un intérêt à payer dans le pays indiqué dans le contrat initial et non dans son propre pays.

Article 18. *Notification de la cession au débiteur*

1. Une notification de la 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.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 124 et 125
A/CN.9/432, par. 176, 177 et 187
A/CN.9/434, par. 172 à 175
A/CN.9/447, par. 45 à 47, 158 et 159
A/CN.9/455, par. 59 à 66
A/CN.9/456, par. 177 à 180

***Commentaire***

*Date d'effet de la notification — règle de la réception*

130. L'objectif premier de l'article 18 est de réaffirmer la "règle de la réception" en ce qui concerne la date d'effet d'une notification, à savoir qu'une notification et des instructions de paiement ont effet lorsqu'elles sont reçues par le débiteur. Une notification, qu'elle soit accompagnée ou non d'instructions de paiement, a des conséquences importantes pour la situation juridique du débiteur (elle change la manière dont ce dernier peut s'acquitter de sa dette, supprime les droits à compensation découlant des contrats qui n'ont pas de lien avec le contrat initial et modifie la façon dont le débiteur peut changer le contrat initial par convention avec le cédant). De telles conséquences peuvent se produire uniquement lorsqu'une notification ou des instructions de paiement sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet au débiteur d'en comprendre le contenu. Par exemple, lorsque la notification se présente sous forme électronique et n'est pas immédiatement lisible, le débiteur devrait être en mesure de la décoder facilement. Pour éviter de créer des incertitudes, le paragraphe 1 prévoit une règle "refuge" selon laquelle l'emploi de la langue du contrat initial est conforme aux exigences.

*Notification concernant des créances n'existant pas au moment où elle est adressée*

131. Contrairement au paragraphe 1 *c* de l'article 8 de la Convention d'Ottawa, en vertu duquel une notification ne peut concerner que des créances existantes (et qui reflète la pratique actuelle en matière d'affacturage), le paragraphe 2 autorise la notification d'une cession de créances qui n'existent pas au moment où celle-ci est adressée. Une telle notification ne peut pas avoir d'incidences sur la libération du débiteur tant que le contrat initial n'est pas conclu et que le paiement ne devient pas exigible. Toutefois, elle simplifie les choses et réduit le coût de la notification en ce qu'elle évite au cessionnaire d'avoir à adresser une notification chaque fois que naît une créance. Elle empêche également que le débiteur, une fois que naît une créance, n'accumule des droits à compensation découlant de contrats séparés conclus avec le cédant ou ne modifie le contrat initial sans le consentement du cessionnaire. Chose plus importante encore, cette notification permet au cessionnaire d'obtenir la priorité, une fois que naît la créance, à compter du moment où la notification est reçue par le débiteur, si, conformément à la loi du lieu de situation du cédant, la priorité est déterminée en fonction de la date de la notification (à cette fin, le projet d'article 24 prévoit que les questions réglées par le projet de Convention, y compris celles relatives à la notification, sont exclues de la loi du lieu où est situé le cédant; voir le paragraphe 163). Le moment où naît une créance est une question qui relève de la loi applicable en dehors du projet de Convention.

*Notification en cas de cessions subséquentes*

132. Le paragraphe 3, qui s'inspire du paragraphe 2 de l'article 11 de la Convention d'Ottawa, est l'une des dispositions les plus importantes du projet de Convention, en particulier pour les opérations internationales d'affacturage. Dans ce type d'opérations, le cédant cède normalement les créances à un cessionnaire se trouvant dans son propre pays (le facteur exportateur) et ce dernier les cède ensuite à un cessionnaire dans le pays du débiteur (le facteur importateur). Ce type d'arrangement facilite le recouvrement auprès du débiteur dans la mesure où le facteur importateur peut prendre toutes les mesures nécessaires pour que la seconde cession ait effet à l'encontre du débiteur. Le bon fonctionnement de telles opérations est fondé sur le principe selon lequel la première cession a égale-

ment effet à l'encontre du débiteur. Étant donné qu'en règle générale le débiteur est avisé uniquement de la seconde cession, il est essentiel de veiller à ce que cette notification couvre aussi la première cession. Dans le cas contraire, la première cession pourrait ne pas avoir effet à l'encontre du débiteur, ce qui pourrait avoir des répercussions sur l'efficacité de la seconde cession également. Afin de traiter les cas dans lesquels il y a plus d'une cession subséquente, le paragraphe 3 prévoit qu'une notification couvre toutes les cessions précédentes et pas seulement la cession immédiatement antérieure (pour ce qui est de la question de la libération du débiteur en cas de notifications multiples relatives à des cessions subséquentes, voir le paragraphe 138). La Commission souhaitera peut-être déterminer s'il faudrait indiquer dans la notification que celle-ci se rapporte à une cession subséquente, même si toutes les cessions subséquentes n'y sont pas énumérées. Une telle approche permettrait au débiteur de déterminer, en cas de notifications multiples, s'il doit payer conformément à la première notification reçue (art. 19-2) ou conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes (art. 19-4).

### 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. Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des paragraphes 2 à 6 du présent article, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire seulement en faveur du cessionnaire ou, si d'autres instructions lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions.

2. 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.

3. S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement.

4. S'il reçoit notification d'une ou de plusieurs cessions subséquentes, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes.

5. 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.

6. 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.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 98 à 117, 127 à 131, 169 à 173 et 179
A/CN.9/432, par. 165 à 174 et 178 à 204
A/CN.9/434, par. 176 à 191
A/CN.9/447, par. 69 à 93 et 153 à 157
A/CN.9/455, par. 52 à 58
A/CN.9/456, par. 181 à 193
A/CN.9/466, par. 124 à 132

#### *Commentaire*

133. L'article 19 a un double objectif, à savoir établir un mécanisme clair pour le paiement libératoire du débiteur et garantir le paiement de la dette. Il ne traite pas de la libération du débiteur en général ni de l'obligation de paiement en tant que telle, puisque cette obligation est subordonnée au contrat initial et à la loi régissant ce contrat. Il ne traite pas non plus des questions de priorité. La règle fondamentale est la suivante: tant que le débiteur n'a pas reçu notification d'une cession, il peut effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial, mais, une fois qu'il a reçu notification, il ne peut se libérer qu'en se conformant aux instructions données par le cédant ou par le cessionnaire avec la notification ou encore par le cessionnaire postérieurement. L'article 19 vise également un certain nombre de cas particuliers: cas où il y a plusieurs notifications; cas où le débiteur reçoit une notification du cessionnaire et n'est pas sûr que ce dernier soit le créancier légitime; cas où le paiement libératoire est effectué conformément à la loi applicable en dehors du projet de Convention.

##### *Paiement libératoire du débiteur avant et après la notification*

134. En vertu du paragraphe 1, tant qu'il n'a pas reçu notification d'une cession, le débiteur est en droit d'effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial (c'est-à-dire en effectuant un paiement en faveur du cédant ou d'une autre personne ou à un compte ou une adresse indiqués dans le contrat initial). Étant donné que la cession a effet à compter de la conclusion du contrat de cession, le débiteur, ayant connaissance de la cession, peut choisir d'effectuer un paiement libératoire au cessionnaire. Toutefois, en pareil cas, il prend le risque d'avoir à payer deux fois, s'il est prouvé ultérieurement qu'aucune cession n'a eu lieu. Le Groupe de travail a décidé de ne pas faire explicitement référence à la possibilité pour le débiteur de payer soit le cédant, soit le cessionnaire afin d'éviter de porter préjudice à des pratiques telles que la titrisation, dans laquelle le débiteur est normalement censé continuer de payer le cédant. En parlant de paiement "conformément au contrat initial" plutôt que de paiement au cédant, on entend protéger le droit du cédant et du débiteur de convenir de tout type de paiement susceptible de répondre à leurs besoins (par exemple, paiement à un compte bancaire sans identification du détenteur du compte ou paiement à un tiers).

135. Après la notification, le débiteur ne peut pas choisir la façon de s'acquitter de sa dette. Il peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou

conformément aux instructions de ce dernier. La référence aux instructions de paiement vise à tenir compte des exigences de diverses pratiques. Le cessionnaire peut, par exemple, adresser une notification au débiteur de manière à geler les droits à compensation de ce dernier, sans demander paiement ou en demandant au débiteur de continuer à payer le cédant (c'est le cas, par exemple, dans l'escompte de factures non divulgué ou dans la titrisation). Afin que ne subsiste aucune incertitude, le paragraphe 1 répète ce qui a déjà été énoncé au paragraphe 1 de l'article 15, à savoir que les instructions peuvent être données par le cédant ou le cessionnaire en même temps que la notification ou uniquement par le cessionnaire après la notification.

*Connaissance/bonne foi*

136. La connaissance d'une cession ne doit pas être considérée comme une notification et entraîner un changement dans la façon dont le débiteur peut s'acquitter de son obligation. Il est certes important de vouloir rendre la pratique commerciale conforme aux normes de bonne foi, mais il ne faudrait pas le faire au détriment de la certitude. Or la certitude se trouverait réduite si la connaissance d'une cession devait entraîner un changement dans la manière dont le débiteur peut se libérer de son obligation. La connaissance ne devrait pas être considérée comme une notification, car, dans certains cas où le cessionnaire n'a pas la structure commerciale voulue pour recevoir les paiements (par exemple, dans la titrisation), il est courant dans la pratique commerciale que le débiteur continue de payer le cédant même s'il a connaissance de la cession. Pour ce qui est de savoir si la nullité (par exemple, pour fraude, contrainte ou incapacité) ou la connaissance de la nullité d'une cession devrait être prise en considération dans la libération du débiteur, le Groupe de travail a conclu que la question du paiement à une personne au profit de laquelle a été faite une cession nulle et non avenue ne se posait que dans des cas exceptionnels et pouvait être régie par la loi applicable en dehors du projet de Convention. La Commission souhaitera peut-être reconsidérer cette question. Même si les notifications frauduleuses ne posent pas problème dans la pratique, le fait qu'un débiteur ne puisse se fier à une notification à première vue légitime peut compromettre la certitude nécessaire à sa libération. Une règle qui protégerait un débiteur payant de bonne foi dans le cas d'une "cession supposée" serait conforme à la politique générale de protection du débiteur (le projet d'article 12.308 des Principes du droit européen des contrats parle d'un débiteur qui exécute son obligation de bonne foi et qui n'a connaissance ni ne devrait avoir connaissance de la nullité.

*Libération du débiteur et priorité/connaissance de droits supérieurs*

137. Contrairement au paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention d'Ottawa, l'article 19 ne fait pas obligation au débiteur de payer la personne ayant la priorité afin d'obtenir une libération valable. Étant convenu que la cession ne devrait pas porter atteinte à la situation juridique du débiteur, le Groupe de travail a établi une distinction claire entre la question de la libération du débiteur et celle de la priorité. Ainsi, le paiement au titre de l'article 19 libère le débiteur même si la personne qui le reçoit n'a pas priorité. Il serait en effet injuste et contraire à la politique de protection du débiteur de demander à ce dernier de déterminer lequel des différents créanciers a la priorité et de le faire payer de nouveau si, la première fois, il a effectué le paiement à la mauvaise personne. Le débiteur aurait très probablement un motif d'action en justice contre cette personne, mais il risquerait de ne pas pouvoir exercer ses droits si cette dernière devenait insolvable. Le risque d'insolvabilité de la personne recevant un paiement devrait être supporté par les divers créanciers et non par le débiteur. Ces créanciers devraient déterminer entre eux leurs droits respectifs sur le produit du paiement conformément à la loi régissant la priorité en vertu du projet de Convention.

*Notifications multiples*

138. Les paragraphes 2 et 4 visent à fournir des règles simples et claires sur la libération en cas de notifications multiples. Le paragraphe 2 traite des cas où le débiteur reçoit plusieurs notifications relatives à plusieurs cessions des mêmes créances effectuées par le même cédant ("cessions multiples"), pratique qui n'implique pas nécessairement une fraude. Il peut s'agir, par exemple, de plusieurs cessions pures et simples à titre de garantie pour l'obtention d'un crédit ne dépassant pas la valeur des créances. Dans de telles cessions, la principale question est de savoir qui sera payé en premier (en d'autres termes, qui a la priorité). Le paragraphe 4 traite des notifications relatives à plusieurs cessions subséquentes. De tels cas sont rares dans la pratique, puisque, normalement, seul le dernier d'une série de cessionnaires adresse une notification au débiteur et lui demande paiement. Quoi qu'il en soit, pour éviter toute incertitude quant à la façon dont le débiteur peut s'acquitter de sa dette, le paragraphe 4 prévoit que celui-ci doit se conformer aux instructions figurant dans la notification de la dernière d'une série de cessions. Pour que cette règle s'applique, il faut que le débiteur puisse facilement déterminer que les notifications reçues se rapportent à des cessions subséquentes, faute de quoi c'est la règle énoncée au paragraphe 2 qui s'appliquerait, et le débiteur pourrait effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue (pour une suggestion du secrétariat à cet égard, voir le paragraphe 132). En tout état de cause, en vertu du paragraphe 5, le débiteur pourrait, en cas de doute, demander aux cessionnaires lui ayant adressé une notification de lui fournir une preuve adéquate. Si le débiteur reçoit plusieurs notifications relatives à plusieurs cessions des mêmes créances effectuées par le même cédant et à des cessions subséquentes, en vertu de l'application combinée des paragraphes 2 et 4, il peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification de la dernière cession (en ce qui concerne la libération du débiteur dans le cas des cessions subséquentes de fractions de créances, voir les paragraphes 32 à 34).

*Modification ou correction des instructions de paiement*

139. Le paragraphe 3 vise à garantir que le cessionnaire peut modifier ou corriger ses instructions de paiement. Qu'une notification émane du cédant ou du cessionnaire, en cas de réception d'une nouvelle instruction de paiement concernant une même cession, le débiteur ne peut s'acquit-

ter de sa dette qu'en se conformant à cette instruction. La seule condition est, conformément au principe sur lequel repose l'article 15-1, qu'après la notification cette instruction de paiement émane du cessionnaire. Afin de protéger le débiteur contre le risque d'avoir à payer deux fois, le paragraphe 3 prévoit expressément que celui-ci ne doit pas tenir compte d'une instruction de paiement reçue après le paiement.

*Droit du débiteur de demander des informations supplémentaires*

140. En vertu de l'article 15, la notification peut être adressée non seulement par le cédant, mais également par le cessionnaire indépendamment du cédant. Par conséquent, le débiteur peut recevoir une notification de la cession d'une personne qu'il ne connaît peut-être pas et se demander si cette personne est un créancier légitime à qui il peut effectuer un paiement libératoire. Afin de lui éviter toute incertitude concernant la façon de s'acquitter de sa dette dans ce type de situation, le paragraphe 5 lui donne le droit de demander au cessionnaire de donner une preuve appropriée de la cession dans un délai raisonnable. Le paragraphe 5 n'impose pas d'obligation au débiteur, car le fait de demander des preuves supplémentaires dans tous les cas retarderait inutilement le paiement et augmenterait le coût de la notification. C'est aux tribunaux judiciaires ou arbitraux qu'il incombe de déterminer ce qui constitue une preuve "appropriée" et un délai "raisonnable" en tenant compte des circonstances de l'espèce. Le Groupe de travail a estimé que la souplesse introduite par ces termes était nécessaire, car il a été impossible de trouver une règle qui soit adaptée à tous les cas de figure possibles. En outre, pour éviter toute incertitude que l'emploi de ces termes pourrait créer, il a décidé d'inclure une règle "refuge", en vertu de laquelle une confirmation écrite émanant du cédant constitue une preuve appropriée (dans ce cas, en vertu du projet d'article 12.303 des Principes du droit européen des contrats, la cession doit être faite au moyen d'un écrit que le débiteur devrait avoir la possibilité d'examiner).

141. La notification n'entraîne pas automatiquement l'obligation de payer, qui demeure soumise au contrat initial et à la loi qui s'y applique. En d'autres termes, le débiteur n'a pas à payer à réception de la notification et ne doit pas verser d'intérêts pour retard de paiement pendant qu'il attend la preuve appropriée qu'il a demandée. Si, toutefois, la créance devient exigible entre-temps, conformément au contrat initial, se pose alors la question de savoir si l'obligation de paiement est suspendue jusqu'à ce que le débiteur ait reçu la preuve demandée et si le débiteur dispose d'un délai raisonnable pour évaluer cette preuve et agir en conséquence. Si l'obligation de paiement n'est pas suspendue, la protection que le paragraphe 5 accorde au débiteur peut se trouver réduite, dans la mesure où le débiteur qui retarde le paiement, même pour de bonnes raisons, aurait à payer des intérêts. Le Groupe de travail est parti du principe que l'obligation de paiement serait suspendue dans ces cas de figure, mais a choisi de ne pas inclure au paragraphe 5 de libellé explicite, puisque l'on pourrait de toute façon parvenir à ce résultat sans ajouter un tel libellé, qui pourrait indirectement empiéter sur la législation nationale relative aux intérêts.

*Libération du débiteur en vertu d'une autre loi*

142. Le paragraphe 6 vise à garantir que l'article 19 n'exclue pas d'autres moyens de libération du débiteur pouvant exister dans la loi nationale applicable en dehors du projet de Convention (par exemple, une notification ne répondant pas aux exigences énoncées aux articles 6 *f*, 15 ou 18).

### Article 20. *Exceptions et droits à compensation du débiteur*

1. Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur une demande de paiement des créances cédées, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions ou tous les droits à compensation qu'il pourrait invoquer si la demande était formée par le cédant, et qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même transaction.

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 du présent article, les exceptions et droits à compensation que le débiteur peut, conformément à l'article 11, invoquer contre le cédant pour violation de conventions limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à céder ses créances ne peuvent être invoqués par le débiteur contre le cessionnaire.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 66 à 68 et 132 à 135
A/CN.9/432, par. 205 à 209
A/CN.9/434, par. 194 à 197
A/CN.9/447, par. 94 à 102
A/CN.9/456, par. 194 à 199
A/CN.9/466, par. 133 à 136

#### *Commentaire*

143. L'article 20 constitue une autre application particulière du principe général selon lequel la cession ne doit pas indûment modifier la situation juridique du débiteur. Ce dernier peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions et tous les droits à compensation qu'il pourrait invoquer à l'encontre du cédant (pour une exception, voir l'article 20-3). Le projet de Convention ne précise pas quels sont ces exceptions et droits à compensation, question qui devra être régie par une autre loi. Néanmoins, comme le cessionnaire n'est pas partie au contrat initial, il n'assume aucune responsabilité contractuelle en cas d'inexécution de la part du cédant. Dans ce cas, le débiteur peut invoquer l'inexécution afin que la demande du cessionnaire soit rejetée, mais doit intenter une action séparée contre le cédant afin d'obtenir, par exemple, une indemnité pour toute perte subie en raison du manquement de ce dernier.

*Absence de limitations concernant les exceptions et droits à compensation découlant du contrat initial et des contrats connexes*

144. En vertu du paragraphe 1, le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions découlant du contrat initial, sans aucune limitation, à savoir: les droits contrac-

tuels qui, dans certains systèmes juridiques, peuvent ne pas être considérés comme des "exceptions"; les droits à résolution du contrat, par exemple, pour erreur, fraude ou contrainte; l'exonération de responsabilité pour inexécution, par exemple, en raison d'un empêchement imprévu indépendant de la volonté des parties; et les contre-créances au titre du contrat initial. Le débiteur peut également opposer des exceptions et des droits à compensation découlant de contrats conclus entre le cédant et lui-même en rapport étroit avec le contrat initial (par exemple, un accord de maintenance ou autre accord de service associé au contrat de vente initial), ces droits devant être traités de la même façon que les droits à compensation découlant du contrat initial. Ces exceptions et droits à compensation peuvent être invoqués qu'ils soient opposables au moment de la notification de la cession ou qu'ils le deviennent uniquement après cette dernière.

*Autres droits à compensation pouvant être invoqués jusqu'à la notification de la cession au débiteur*

145. Le paragraphe 2 prévoit un délai pour les droits à compensation découlant de toute source autre que le contrat initial, c'est-à-dire un contrat séparé entre le cédant et le débiteur, une règle de droit (par exemple, une règle extra-contractuelle) ou encore une décision judiciaire ou autre. De tels droits ne peuvent pas être invoqués à l'encontre du cessionnaire s'ils deviennent opposables après notification de la cession. Le principe qui sous-tend cette règle est que les droits d'un cessionnaire diligent qui adresse une notification au débiteur ne devraient pas être subordonnés aux droits à compensation découlant à tout moment de transactions séparées entre le cédant et le débiteur ou d'autres événements dont on peut raisonnablement penser que le cessionnaire n'en a pas connaissance. D'un autre côté, il n'est pas porté indûment atteinte aux intérêts du débiteur puisque, si le fait de ne pas pouvoir accumuler des droits à compensation constitue pour lui une difficulté inacceptable, le débiteur peut éviter d'effectuer de nouvelles transactions avec le cédant (s'agissant de savoir si le débiteur pourrait résoudre le contrat initial, voir les paragraphes 102 et 104). Compte tenu du principe susmentionné, les droits à compensation découlant de contrats séparés conclus entre le débiteur et le cessionnaire demeurent intacts. Ces droits peuvent être opposés au cessionnaire même après notification de la cession, tout comme les droits à compensation découlant du contrat initial. Il convient aussi de noter qu'une notification, qu'elle contienne ou non une instruction de paiement, entraîne un gel des droits à compensation du débiteur. Cette approche vise à tenir compte des pratiques dans lesquelles une simple notification est adressée précisément afin d'empêcher que le débiteur n'acquière des droits à compensation en raison d'actes ou d'omissions du cédant non imputables au cessionnaire, alors que le débiteur est censé continuer de payer le cédant.

*"Droits pouvant être invoqués"*

146. On laisse le soin à une autre loi de donner la signification exacte de la notion de droits à compensation "pouvant être invoqués" (s'agissant, par exemple, de savoir si le droit à compensation doit être "effectif et avéré" au moment où le débiteur reçoit la notification). Le Groupe de travail n'est pas parvenu à se mettre d'accord sur l'introduction d'une telle précision dans le texte de l'article 20, considérant que celle-ci limiterait indûment les droits à compensation pouvant être invoqués par le débiteur à ceux qui sont quantifiés au moment de la notification. Le Groupe de travail n'est pas non plus parvenu à s'entendre sur la loi régissant les questions relatives aux droits à compensation (voir toutefois le paragraphe 195). La Commission souhaitera peut-être envisager de préciser, au moins, que la contre-créance du débiteur ne doit pas nécessairement être venue à échéance au moment de la notification, sinon une contre-créance potentielle du débiteur, devant échoir en même temps que la créance du créancier, serait éteinte du fait de la cession par le créancier de sa créance. Une telle conséquence serait contraire au principe selon lequel une cession ne doit pas porter atteinte à la situation juridique du débiteur.

*Exceptions et droits à compensation en cas de violation d'une limitation contractuelle*

147. Le paragraphe 3 a pour objet de garantir que le débiteur ne peut pas invoquer à l'encontre du cessionnaire, à titre d'exception ou de compensation, la violation d'une limitation contractuelle par le cédant. Le débiteur peut avoir un motif d'action en justice contre le cédant si, en vertu de la loi applicable en dehors du projet de Convention, la cession constitue une contravention au contrat qui entraîne pour lui une perte. Toutefois, la simple existence d'une limitation contractuelle ne constitue pas une violation de la garantie énoncée au paragraphe 1 *a* de l'article 14. En l'absence d'une disposition allant dans le sens du paragraphe 3, le paragraphe 2 de l'article 11, selon lequel le cessionnaire n'est pas tenu responsable d'une contravention au contrat par le cédant, pourrait être privé de toute signification.

### Article 21. *Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits 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 personnelles, familiales ou domestiques, le débiteur peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits 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 droits à compensation.

2. Le débiteur ne peut renoncer à invoquer:

*a)* Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire;

*b)* Les exceptions fondées sur son incapacité.

3. Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé par application du paragraphe 2 de l'article 22.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 136 à 144
A/CN.9/432, par. 218 à 238
A/CN.9/434, par. 205 à 212
A/CN.9/447, par. 103 à 121
A/CN.9/456, par. 200 à 204
A/CN.9/466, par. 137 à 140

### *Commentaire*

*Renonciation aux exceptions convenue entre le cédant et le débiteur*

148. Afin d'obtenir, à moindre coût, un prix plus élevé pour leurs créances, les cédants garantissent généralement aux cessionnaires que le débiteur ne leur opposera pas d'exceptions et de droits à compensation. Tenant compte de cette pratique, le paragraphe 1 *c* de l'article 14 prévoit qu'une telle garantie existe même en l'absence d'une convention à cet égard entre les parties. Dans la pratique, si de telles garanties ne peuvent être données et si les créances sont susceptibles de faire l'objet d'exceptions, ces créances sont soit refusées par les cessionnaires, soit acceptées à un prix considérablement réduit ou avec possibilité de recours (c'est-à-dire que si le cessionnaire ne peut pas se faire payer par les débiteurs, il a le droit de retourner les créances et de recouvrer les sommes dues auprès du cédant). Afin d'éviter ces effets néfastes, les cédants, dans la pratique, négocient avec les débiteurs une renonciation aux exceptions et aux droits à compensation que les débiteurs pourraient opposer à tout futur cessionnaire. En fonction de cette renonciation, les cessionnaires déterminent les conditions du crédit offertes aux cédants, conditions qui peuvent influer à leur tour sur celles proposées par les cédants aux débiteurs.

149. Pour permettre aux cédants d'obtenir un crédit à coût réduit, l'article 21 valide cette renonciation aux exceptions et aux droits à compensation. En outre, pour lever toute incertitude quant aux conséquences juridiques d'une renonciation et pour éviter qu'un tribunal ne l'annule au motif qu'elle est inéquitable pour le débiteur ou n'a force exécutoire qu'entre le cédant et le débiteur, le paragraphe 1 énonce ce qui peut sembler évident dans certains systèmes juridiques, à savoir qu'une renonciation convenue entre le cédant et le débiteur peut profiter au cessionnaire. Compte tenu du fait que, dans la pratique, une renonciation peut être convenue au moment de la conclusion du contrat initial ainsi qu'à une date antérieure ou postérieure, le paragraphe 1 ne fait pas spécifiquement référence au moment auquel une renonciation peut être convenue. Il n'exige pas non plus que les exceptions soient connues du débiteur ou qu'elles soient explicitement énoncées dans la convention de renonciation. Le Groupe de travail a estimé qu'une telle exigence introduirait un élément d'incertitude dans la mesure où le cessionnaire devrait établir ce que le débiteur savait ou aurait dû savoir dans chaque cas particulier. La question de savoir si l'acceptation d'une cession par le débiteur devrait être interprétée comme une renonciation ou comme la confirmation d'une renonciation, ou si une renonciation aux exceptions doit être interprétée comme un consentement ou une confirmation du consentement du débiteur à la cession, doit être tranchée par une autre loi.

*Renonciation aux exceptions convenue entre le cessionnaire et le débiteur*

150. Le paragraphe 1 ne porte que sur les renonciations convenues par le cédant et le débiteur. En conséquence, les restrictions prévues au paragraphe 2 ne s'appliquent pas aux renonciations convenues par le débiteur et le cessionnaire. Le Groupe de travail a estimé que le projet de Convention ne devrait pas limiter la capacité qu'a le débiteur de négocier avec le cessionnaire afin d'obtenir un avantage tel qu'une réduction du taux d'intérêt ou une prorogation du délai de paiement. Dans le même temps, le Groupe de travail a également estimé que, du fait que les conventions entre cessionnaires et débiteurs sortaient du champ d'application du projet de Convention, ce dernier ne devrait pas habiliter le débiteur à négocier des renonciations avec les cessionnaires si, en vertu de la loi applicable, il n'avait pas ce pouvoir (voir par. 75).

*Limitations concernant les renonciations*

151. Bien qu'ayant pour objet de faciliter l'accès à un crédit à coût réduit, ce qui est dans l'intérêt du commerce en général, l'article 21 n'en néglige pas pour autant la protection du débiteur. Afin de protéger les débiteurs contre toute pression excessive qu'exerceraient des créanciers pour les faire renoncer à leurs exceptions, les paragraphes 1 et 2 introduisent des limitations raisonnables concernant ces renonciations. Ces limitations ont trait à la forme que peuvent prendre ces renonciations, à certains types de débiteurs et à certains types d'exceptions.

152. En vertu du paragraphe 1, une renonciation ne peut être un acte unilatéral ou une convention orale; elle doit prendre la forme d'une convention écrite signée par le débiteur, de façon à garantir que les deux parties, en particulier le débiteur qui renonce à ses droits, sont bien informées de la renonciation et de ses conséquences, y compris les avantages offerts en retour au débiteur, et à faciliter la production de preuves. En outre, une renonciation ne peut déroger à la loi sur la protection des consommateurs en vigueur dans le pays dans lequel le débiteur a son établissement (pour les créances sur consommateurs et la protection des consommateurs, voir les paragraphes 36, 100, 128 et 196). Dans les cas où le projet de Convention s'applique, cette disposition, en renvoyant expressément à la loi applicable dans le lieu de situation du débiteur, se substitue à la règle générale énoncée à l'article 29. Afin d'éviter toute divergence terminologique ou autre existant entre les différents systèmes juridiques, le paragraphe 1 se réfère aux débiteurs dans des transactions "à des fins personnelles, familiales ou domestiques". De surcroît, aux termes du paragraphe 2, une renonciation ne peut porter sur des exceptions découlant d'actes frauduleux commis par le cessionnaire. Un tel résultat irait à l'encontre des règles fondamentales de la bonne foi. Afin de protéger un cessionnaire qui accepte une cession de bonne foi, le Groupe de travail a décidé de ne pas appliquer la même restriction aux exceptions concernant des actes frauduleux commis par le cédant. Si le débiteur ne pouvait renoncer à ces exceptions, le cessionnaire devrait s'assurer qu'aucun acte frauduleux n'a été commis par le cédant dans le cadre du contrat initial. La limitation énoncée au paragraphe 2, cependant, s'applique non seulement aux exceptions relatives à un acte frauduleux commis par le cessionnaire seul, mais aussi à celles relatives à un acte frauduleux du cessionnaire agissant en collusion avec le cédant.

*Modifications des renonciations*

153. Comme le paragraphe 1, le paragraphe 3 exige une convention écrite signée par le débiteur pour la modification d'une renonciation. Les parties doivent être prévenues des conséquences juridiques d'une telle modification, qui

devrait être facilement prouvée, en cas de besoin. Afin qu'une modification, qui peut être convenue par le cédant et le débiteur, n'ait aucune incidence sur les droits du cessionnaire, le paragraphe 3 la subordonne à la procédure prévue à l'article 22-2 concernant la modification du contrat initial après notification de la cession (à savoir au consentement explicite ou implicite du cessionnaire; voir le paragraphe 157).

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.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 109
A/CN.9/432, par. 210 à 217
A/CN.9/434, par. 198 à 204
A/CN.9/447, par. 122 à 135
A/CN.9/456, par. 205 et 206
A/CN.9/466, par. 141 et 142

***Commentaire***

154. Dans la pratique il arrive souvent que le contrat initial doive être modifié, cela pour diverses raisons (des équipements ou des matériaux différents de ceux qui avaient été convenus peuvent être nécessaires pour exécuter un projet). Les effets de ces modifications entre le cédant et le débiteur, ou entre le cédant et le cessionnaire, sont traités dans le contrat pertinent. Reconnaissant l'autonomie des parties à cet égard, l'article 22 est sans incidences sur la relation entre le cédant et le débiteur ou entre le cédant et le cessionnaire. En conséquence, les conditions et les conséquences juridiques d'une modification de la convention ayant effet entre le cédant et le débiteur demeurent soumises à la loi qui régit cette convention, et il n'est porté atteinte à aucun des droits que le cessionnaire peut invoquer à l'encontre du cédant en cas de contravention au contrat (voir par. 158). En revanche, l'article 22 considère les conséquences pour les tiers de telles modifications au contrat qui ne peuvent être traitées que dans des textes législatifs et qui sont réglementées uniquement dans quelques États. Pour ce faire, il dispose, d'une part, que le débiteur a, à l'égard du cessionnaire, le droit de modifier le contrat initial et, d'autre part, que le cessionnaire acquiert des droits à l'égard du débiteur au titre du contrat initial modifié. En conséquence, en cas de modification du prix des marchandises ou des services offerts dans le cadre du contrat initial, le débiteur ne peut pas invoquer la modification du contrat à titre d'exception, en affirmant que le cessionnaire n'a aucun droit au titre du nouveau contrat modifié, ni refuser de payer même le prix réduit. De même, le paiement du prix réduit libérerait le débiteur.

155. La règle fondamentale à l'article 22 est la suivante: avant notification, le cédant et le débiteur peuvent librement modifier leur contrat. Ils n'ont pas besoin du consentement du cessionnaire, même si le cédant s'est engagé, dans le contrat de cession, à n'y apporter aucune modification sans le consentement du cessionnaire ou s'il doit de bonne foi informer le cessionnaire de toute modification du contrat. La violation d'un tel engagement peut engager la responsabilité du cédant à l'égard du cessionnaire, sans toutefois invalider une convention modifiant le contrat initial, ce qui porterait indûment atteinte aux droits du débiteur. Après notification, une modification du contrat initial n'a effet à l'égard du cessionnaire que sous réserve du consentement explicite ou implicite de ce dernier. L'idée maîtresse est que, après notification, le cessionnaire devient partie à une relation triangulaire, et aucune modification de cette relation qui a des incidences sur ses droits ne devrait le lier contre son gré. Cela va d'ailleurs dans le sens de l'article 19 selon lequel, avant notification, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial.

*Modification avant la notification de la cession au débiteur*

156. Le paragraphe 1 vise une convention entre le cédant et le débiteur, qui est conclue avant la notification de la cession et qui a des incidences sur les droits du cessionnaire. Si la convention n'a pas d'incidence sur les droits du cessionnaire, le paragraphe 1 ne s'applique pas. Si elle est conclue après la notification, c'est le paragraphe 2 qui s'applique. En vertu de l'article 18, le moment à considérer est celui où la notification est reçue par le débiteur, puisque c'est à partir de ce moment que le débiteur peut effectuer un paiement libératoire uniquement en se conformant aux instructions de paiement du cessionnaire.

*Modification après la notification de la cession au débiteur*

157. La formulation du paragraphe 2 est négative, car la règle est que, après la notification, une modification est sans effet à l'égard du cessionnaire, à moins qu'une condition supplémentaire ne soit remplie. Les termes "sans effet" signifient que le cessionnaire peut exiger la créance initiale et que le débiteur n'est pas entièrement libéré s'il effectue un paiement inférieur à la valeur de cette créance. Le paragraphe 2 exige le consentement explicite ou implicite du cessionnaire. Le consentement explicite est exigé si la créance a été acquise en totalité par exécution, le cessionnaire pouvant alors raisonnablement s'attendre à recevoir paiement de la créance initiale. Aux fins du projet de Convention, une créance est considérée comme acquise en totalité dès lors qu'une facture est émise, même si le contrat correspondant n'a que partiellement été exécuté. Il s'ensuit que la modification des contrats partiellement exécutés est subordonnée au consentement explicite du cessionnaire. Il y a consentement implicite lorsque la modifi-

cation est prévue dans le contrat initial ou serait approuvée par un cessionnaire raisonnable. Ce consentement est suffisant si la créance n'est pas acquise en totalité et si la modification est prévue dans le contrat initial ou serait approuvée par un cessionnaire raisonnable. En exigeant un consentement explicite ou implicite, le Groupe de travail voulait associer certitude et souplesse. Si une créance est acquise en totalité, sa modification a des incidences sur les attentes raisonnables du cessionnaire et doit donc être subordonnée à son consentement. Si, en revanche, une créance n'est pas acquise en totalité, il n'est pas nécessaire de faire peser sur les parties des exigences de nature à nuire à la bonne exécution d'un contrat. En particulier, dans le cas des contrats à long terme, tels que les accords de financement de projet ou de restructuration de la dette (dans lesquels les créances sont offertes à titre de garantie en contrepartie d'une réduction du taux d'intérêt ou d'un report de la date d'échéance), exiger du cédant qu'il obtienne le consentement du cessionnaire pour la moindre modification apportée au contrat pourrait ralentir les opérations tout en faisant peser une charge inutile sur le cessionnaire. Normalement, ce problème ne devrait pas se poser, puisque, dans la pratique, les parties règlent généralement ces questions dans une convention établissant les types de modifications qui exigent le consentement du cessionnaire. En l'absence d'une telle convention ou en cas de violation de la convention par le cédant, le paragraphe 2 offrirait un degré de protection suffisant au débiteur.

*Responsabilité du cédant pour contravention au contrat*

158. Le paragraphe 3 vise à préserver tous les droits que le cessionnaire peut opposer au cédant au titre d'une autre loi si une modification du contrat initial viole une convention conclue entre eux. Autrement dit si, en vertu de l'article 22, une modification a effet à l'égard du cessionnaire sans le consentement de celui-ci, le paiement effectué par le débiteur conformément au contrat modifié est libératoire. Le cessionnaire, toutefois, peut se retourner contre le cédant pour exiger le solde de la créance initiale et demander réparation pour tout préjudice supplémentaire subi, si la modification porte atteinte à une convention conclue entre le cédant et le cessionnaire au titre de la loi applicable à la convention.

### Article 23. *Recouvrement 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 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.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 145 à 148
A/CN.9/432, par. 239 à 244
A/CN.9/434, par. 94 et 213 à 215
A/CN.9/447, par. 136 à 139
A/CN.9/456, par. 207 et 208
A/CN.9/466, par. 143 et 144

#### *Commentaire*

*La règle: aucune restitution des paiements par le cessionnaire*

159. Dans la pratique, le débiteur peut payer le cessionnaire avant que le cédant n'exécute ses obligations au titre du contrat initial. En cas d'inexécution par le cédant, se pose la question de savoir si le débiteur peut se faire restituer par le cessionnaire les sommes déjà payées. Cette question est particulièrement importante si le cédant devient insolvable, rendant impossible tout recouvrement des paiements auprès de lui. L'article 23 prévoit que, si le débiteur paie le cessionnaire et si le cédant n'exécute pas correctement le contrat initial, le débiteur ne peut se retourner contre le cessionnaire; il lui reste tout motif d'action en justice qu'il peut avoir à l'encontre du cédant en vertu du contrat initial et de la loi régissant ce contrat. Le débiteur supporte donc le risque de l'insolvabilité de son partenaire contractuel, ce qui serait le cas de toute façon en l'absence de cession. Ayant noté que l'article 10 de la Convention d'Ottawa ne suit cette approche que si le débiteur a un motif d'action en justice contre le cédant et prévoit des exceptions en cas d'enrichissement sans cause ou de mauvaise foi du cessionnaire, le Groupe de travail a estimé que la différence était justifiée. Un droit du débiteur de se faire restituer des paiements du cessionnaire équivaut à une garantie donnée par le cessionnaire que le cédant exécutera le contrat initial. Une telle garantie peut être appropriée dans les cas précis d'affacturage visés dans la Convention d'Ottawa mais a été jugée inadéquate dans le grand nombre d'opérations de financement ou de service visé par le projet de Convention.

*Les exceptions*

160. Conformément au principe selon lequel le projet de Convention n'a pas pour objet de supplanter la loi régissant la protection des consommateurs, l'article 23 protège tout droit que le débiteur consommateur peut avoir, en vertu de la loi du pays dans lequel il est situé, de déclarer le contrat initial résolu et de se faire restituer par le cessionnaire tout paiement versé à ce dernier (pour les créances sur consommateurs et la protection des consommateurs, voir les paragraphes 36, 100, 128, 152 et 196). La référence à l'article 20 semble introduire une nouvelle exception. Dans le cas de paiements échelonnés, les exceptions et les droits à compensation du débiteur concernant les paiements restants à faire sont préservés. La Commission voudra peut-être déterminer si ce résultat ressort déjà de façon suffisamment claire de l'article 20.

## Section III. Autres parties

#### *Commentaire*

*Structure de la section III*

161. Les articles 24 (loi applicable aux questions de priorité) et 25 (ordre public) sont des règles de droit international privé. L'article 26 (règles spéciales relatives au produit) est une règle associant le droit international privé et le droit matériel, et l'article 27 (renonciation) est une règle de droit matériel. Les articles 25, 26 et 27 ont pour objet

d'assortir l'application de l'article 24 de certaines réserves. L'article 25 a été placé avant l'article 26, non pas parce qu'il ne s'applique pas de la même manière aux cas traités dans l'article 26, mais parce que ce dernier renvoie, en ce qui concerne les questions de droit international privé, à l'article 24 et, pour les questions de droit matériel, constitue une règle autonome. L'article 25 n'a pas pour objet de limiter l'application de la règle spéciale de droit matériel relative à la priorité énoncée à l'article 27.

### Article 24. *Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties*

À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention, et sous réserve des articles 25 et 26, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant:

*a)* Régit l'étendue des droits d'un cessionnaire sur la créance cédée et la priorité des droits du cessionnaire par rapport aux droits concurrents sur la créance cédée:

i) D'un autre cessionnaire de la même créance provenant du même cédant, même si ladite créance n'est pas une créance internationale et si la cession au cessionnaire n'est pas une cession internationale;

ii) D'un créancier du cédant; et

iii) De l'administrateur de l'insolvabilité;

*b)* Régit l'existence et l'étendue des droits des personnes énumérées aux sous-alinéas i à iii de l'alinéa *a* ci-dessus sur le produit de la créance cédée et la priorité des droits du cessionnaire sur ce produit par rapport aux droits concurrents de telles personnes; et

*c)* Détermine si, par l'effet de la loi, un créancier a des droits sur la créance cédée résultant de ses droits sur d'autres biens du cédant, et régit l'étendue de tels droits sur la créance cédée.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 149 à 164
A/CN.9/432, par. 245 à 260
A/CN.9/434, par. 238 à 258
A/CN.9/445, par. 18 à 29 et 30 à 40
A/CN.9/455, par. 18 à 34
A/CN.9/456, par. 209 à 213
A/CN.9/466, par. 20 à 24 et 32 à 35

#### *Commentaire*

162. L'article 24 est l'une des dispositions les plus importantes du projet de Convention. Il a pour objet d'en réaliser le principal objectif, à savoir faciliter un accès accru à un crédit moins onéreux en améliorant la certitude concernant les droits relatifs des ayants droit en concurrence. Ce but est atteint non pas grâce à une règle de droit matériel relative à la priorité (pour le sens du terme "priorité", voir les paragraphes 63 à 65), puisque le Groupe de travail n'a pas pu parvenir à un consensus sur une telle règle (pour les règles de droit matériel relatives à la priorité, voir, cependant, les articles 26 et 27, l'annexe et l'article 40), mais par le biais d'une règle de droit international privée soumettant les conflits de priorité à la loi d'un lieu unique et aisément déterminable (la loi du lieu où est situé le cédant; pour le sens du terme "situé" voir les paragraphes 66 à 70). Une telle règle constitue une amélioration importante par rapport à la situation actuelle dans laquelle les cessionnaires tendent soit à refuser les créances internationales comme garanties pour l'obtention d'un crédit ou à les accepter à une moindre valeur ou uniquement associées à une autre garantie, parce que soit ils ne peuvent pas déterminer la loi qui régit la priorité, soit ils doivent respecter les conditions imposées par plusieurs juridictions pour assurer la priorité.

*"À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention"*

163. Les premiers mots de l'article 24 visent à faire en sorte que cet article s'applique uniquement aux questions qui ne sont pas régies par une règle de droit matériel du projet de Convention. Par exemple, l'efficacité générale d'une cession de créances futures ou de la notification de la cession est abordée à l'article 9. Dans le cas de créances nées ou acquises après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard du cédant, la question de savoir si le cessionnaire a la priorité est régie par la loi du lieu de situation du cédant. De ce fait, la cession d'une créance n'existant pas au moment de la notification a effet entre le cédant et le cessionnaire. De même, une cession a effet à l'égard du débiteur, même en l'absence d'une notification et, si la loi nationale exige une notification pour des raisons de priorité, cette notification doit être donnée conformément au projet de Convention (elle peut donc porter sur des créances n'existant pas au moment de la notification, même si la loi nationale ne permet pas que ces créances fassent l'objet d'une notification). En outre, une cession a effet en l'absence d'enregistrement (même si la loi nationale fait de l'enregistrement une condition de l'efficacité et requiert une description précise de la créance cédée). Toutefois, la priorité sera déterminée en fonction de l'enregistrement si la loi du lieu de situation du cédant le prévoit (la question de savoir si la créance doit être expressément décrite pour obtenir la priorité par l'enregistrement est régie par la loi du lieu de situation du cédant). Les questions de validité quant à la forme (à savoir s'il est besoin d'un écrit, d'une notification ou d'un enregistrement pour que la cession ait effet *inter partes*) sont laissées à la loi applicable en dehors du projet de Convention (voir le paragraphe 82, qui renferme une proposition du secrétariat à ce sujet), de même que les questions de validité quant au fond, autres que celles abordées aux articles 9 à 12.

*"Sous réserve des articles 25 et 26"*

164. Les questions mentionnées à l'article 24 sont soumises à la loi du lieu de situation du cédant, à moins qu'une disposition de cette loi ne soit manifestement contraire à l'ordre public du for ou qu'il existe un superprivilège en vertu de la loi du for. Dans le premier cas, c'est la loi du lieu de situation du cédant qui prévaut. Dans le second cas, le superprivilège qui, en vertu de la loi du for, a la priorité est prioritaire. La Commission voudra peut-être examiner si l'application de l'article 24 devrait également être subordonnée à l'absence d'une convention de renonciation (art. 27). Ou encore, elle voudra peut-être se demander si, compte tenu du fait que l'article 27 énonce une règle de

droit matériel, les premiers mots de l'article 24 ("À l'exception des questions") suffisent pour prendre en compte les questions réglées à l'article 27 (bien que l'article 26 énonce également une règle de droit matériel et que l'application de l'article 24 soit subordonnée à l'article 26).

*Étendue des droits et priorité sur les créances*

165. L'alinéa *a* de l'article 24 établit une nette distinction entre la priorité et l'étendue des droits du cessionnaire. Les mots "étendue des droits" sont employés pour indiquer s'il s'agit d'une cession à titre de garantie ou d'une cession pure et simple et pour préciser le caractère, réel ou personnel, d'un droit à l'encontre de tiers (la question des effets réels d'une cession entre le cédant et le cessionnaire est réglée à l'article 9). La priorité, en revanche, a trait au point de savoir qui obtient paiement en premier. Dans un conflit entre un ayant droit prioritaire, possédant un droit personnel, et un ayant droit possédant un droit réel, l'ayant droit prioritaire l'emportera. Toutefois, en cas d'insolvabilité, ce dernier serait payé sur un pied d'égalité avec d'autres créanciers possédant un droit personnel, alors qu'il serait payé avant ces créanciers s'il possédait un droit réel.

*Conflits entre les cessionnaires en cas de cessions multiples*

166. Des conflits entre cessionnaires des mêmes créances provenant du même cédant peuvent surgir en cas de "cessions multiples". Ces dernières correspondent à une pratique courante dans le cas des cessions à titre de garantie où les mêmes créances sont offertes à différents prêteurs aux fins de garantie pour des crédits de montants divers. Toutefois, les cessions multiples pures et simples peuvent constituer un acte frauduleux ou déraisonnable. Si la fraude est rare, en revanche, une simple négligence de la part du cédant ou la méconnaissance des effets juridiques d'une cession antérieure sont fréquentes. Un exemple classique en est la cession de créances à un financier en contrepartie de fonds de roulement et à un tiers accordant un financement sur stocks, ou à un fournisseur de matériel à crédit avec réserve de propriété ou autre sûreté jusqu'au paiement total du prix des stocks ou du matériel. Dans ce cas, il peut y avoir conflit entre une cession globale (cession de toutes les créances actuelles et futures) au financier des fonds de roulement et une cession au tiers accordant un financement sur stocks ou au fournisseur du produit de la vente des stocks ou du matériel.

*Conflits entre un cessionnaire visé par la Convention et un cessionnaire qui ne l'est pas*

167. Le sous-alinéa *a* i de l'article 24 dispose expressément qu'un conflit entre un cessionnaire visé par la Convention et un cessionnaire qui ne l'est pas (par exemple, entre un cessionnaire étranger et un cessionnaire national de créances nationales) est visé par le projet de Convention (toutefois, un conflit entre un cessionnaire dans un État contractant et un cessionnaire dans un État non contractant n'est pas visé). Une telle approche évite toute incidence négative sur la pratique et le droit nationaux. En fait, une des raisons pour lesquelles le Groupe de travail a décidé de transformer les règles de priorité en règles de droit international privé est que ces règles ne porteraient pas préjudice aux pratiques nationales. Le projet de Convention ne donne pas la priorité à un cessionnaire étranger sur un cessionnaire national. Il soumet simplement les conflits de priorité à la loi du lieu de situation du cédant. À une éventuelle exception près (voir par. 20), cette loi serait la loi aux dispositions de laquelle le cessionnaire national d'une créance nationale devrait se conformer pour obtenir la priorité, que le projet de Convention s'applique ou non.

*Conflits avec les créanciers du cessionnaire ou l'administrateur de l'insolvabilité*

168. Un créancier du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité peut avoir un droit concurrent avec le cessionnaire, si, après la cession, ce créancier obtient par décision de justice la saisie des créances qui sont entre les mains du cédant (si la cession est effectuée après la saisie ou l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, il n'y a pas de conflit; tout droit que le cessionnaire peut obtenir est subordonné aux droits des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité). Si la priorité dépend de la date de la cession, le fait que la cession est faite avant la saisie ou l'ouverture de la procédure d'insolvabilité suffit pour établir que les créances n'entrent pas dans le patrimoine du cédant (s'il s'agit d'une cession pure et simple) ou pour permettre au cessionnaire de faire valoir sa créance de préférence aux créanciers n'ayant pas de sûretés (s'il s'agit d'une cession à titre de garantie). Si, en revanche, la priorité est fonction de la notification envoyée au débiteur ou de l'enregistrement public de certaines informations sur la cession, le fait que la cession est faite avant la saisie ou l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'est pas suffisant pour établir la priorité. La notification au débiteur ou l'enregistrement doivent également avoir lieu avant la saisie ou l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

*Insolvabilité du cessionnaire ou du débiteur*

169. Les problèmes qui se posent en cas d'insolvabilité du cessionnaire n'entrent pas dans le champ d'application du projet de Convention et ne sont pas abordés, à moins que le cessionnaire ne fasse une cession subséquente et ne devienne cédant. Il n'est pas prévu non plus que le projet de Convention traite des problèmes découlant de l'insolvabilité du débiteur. L'hypothèse est que le cessionnaire aurait sur les créances les mêmes droits que le cédant si le débiteur était insolvable.

*"régit l'existence et l'étendue des droits... et la priorité des droits" sur le produit*

170. Allant dans le même sens que l'alinéa *a*, l'alinéa *b* dispose que la législation du lieu de situation du cédant régit l'étendue des droits des personnes énumérées à l'alinéa *a* et la priorité de ces droits sur le produit. En vertu de l'alinéa *k* de l'article 6, le produit comprend le produit des créances et le produit du produit. Ainsi, il conviendrait peut-être de supprimer les mots "de la créance cédée" afin d'éviter de créer l'impression que seul le produit des créances est visé à l'alinéa *b* de l'article 24. Les mots "l'étendue des droits" vise le caractère, réel ou personnel, des droits du cessionnaire sur le produit. La Commission voudra peut-être se demander si le mot "existence", qui a été ajouté sans débat à la trente et unième session du Groupe de travail, devrait être conservé (voir le document A/CN.9/466, par. 212). Il semblerait que l'alinéa *b* aille

très au-delà de l'alinéa *a*, en ce sens qu'il vise, au sujet du produit, des questions que le projet de Convention n'aborde pas même en ce qui concerne les créances, à savoir les questions de validité quant au fond et de validité quant à la forme. Si l'alinéa *b* reste inchangé, il conviendrait peut-être alors de modifier le titre de l'article.

*L'existence et l'étendue de droits sur des créances qui sont le produit d'autres biens*

171. L'étendue de tous droits et la priorité de ces droits sur des créances qui sont le produit d'autres créances sont soumises à la loi du lieu de situation du cédant en vertu du sous-alinéa *a* i de l'article 24, si ces droits sont créés par convention, ou en vertu du sous-alinéa *a* ii, si ces droits sont créés par l'effet de la loi. Selon que la Commission décide de maintenir ou non la référence à l'"existence" de ces droits, elle voudra peut-être intégrer l'alinéa *c* au sous-alinéa *a* ii ou supprimer complètement l'alinéa *c* et préciser la question dans le commentaire (pour le sens des mots "l'étendue des droits", voir le paragraphe 165).

*Loi applicable*

172. S'écartant de l'approche traditionnellement suivie dans de nombreux systèmes juridiques, qui soumettent les questions de priorité à la *lex situs* (la loi du pays où le paiement est dû ou celle du pays où le débiteur est situé), le Groupe de travail a décidé de faire relever les questions de priorité de la loi du lieu de situation du cédant. S'il a adopté cette formule, c'est parce qu'il a estimé que la règle traditionnelle n'était plus utilisable ni efficace. Dans le cas de plus en plus fréquent de cessions globales de créances existantes et futures, la *lex situs* ne permet pas d'avoir une seule loi applicable. De surcroît, les éventuels cessionnaires se trouvent devant la tâche d'avoir à déterminer le lieu virtuel de chaque créance. L'application de la loi régissant la créance ou de la loi choisie par les parties produit des résultats analogues. Des règles de priorité différentes régiraient la priorité au regard des différentes créances d'un groupe de créances et, dans le cas de créances futures, les parties ne seraient pas en mesure de déterminer avec certitude la loi applicable aux questions de priorité, ce qui pourrait faire échouer une transaction ou, pour le moins, augmenter le coût du crédit. L'application de la loi choisie par le cédant et le cessionnaire, en particulier, pourrait permettre au cédant, agissant en collusion avec un ayant droit pour obtenir un avantage particulier, de déterminer la priorité entre plusieurs ayants droit. En outre, cette loi serait totalement inopérante dans le cas de plusieurs cessions des mêmes créances soit par le même cessionnaire, soit par des cessionnaires différents, car des lois différentes pourraient s'appliquer aux mêmes conflits de priorité.

173. Si le Groupe de travail a décidé de s'écarter de l'approche traditionnelle afin de tenir compte des pratiques les plus courantes en matière de cessions globales de toutes les créances existantes et futures, il a aussi décidé de ne faire aucune exception pour les cessions de créances existantes, uniques, à valeur élevée. Il a été largement admis que le fait d'appliquer une règle de priorité différente à la cession de ces créances porterait atteinte à la prévisibilité assurée à l'article 24. En outre, il serait très difficile de définir clairement les créances "de valeur élevée". De surcroît, lors d'une cession globale comprenant à la fois des créances "de valeur élevée" et des créances "de faible valeur", la priorité serait déterminée par des lois différentes.

174. Compte tenu du fait que, dans le cas où il existe plus d'un lieu d'établissement, le lieu de situation est défini par référence au lieu de l'administration centrale d'une personne morale, l'application de la loi du lieu de situation du cédant aboutira à l'application de la loi d'un seul lieu, facile à déterminer au moment de la cession. Les difficultés exposées plus haut seront ainsi éliminées. En particulier, le lieu de situation du cédant en tant que facteur de rattachement offre l'avantage de fournir un point de référence unique; il peut être déterminé à la date de la cession, même quand il s'agit d'une cession globale de créances futures; il conviendrait même dans le cas des systèmes juridiques qui pratiquent l'enregistrement; et il entraînerait l'application de la loi de la juridiction dans laquelle il ne fait guère de doute qu'une importante procédure d'insolvabilité à l'égard du cédant sera ouverte. Ce dernier aspect de l'application de la loi du lieu de situation du cédant est essentiel, car il règle comme il convient la question de la relation entre le projet de Convention et la loi sur l'insolvabilité applicable.

175. S'agissant de l'insolvabilité, l'idée maîtresse de l'article 24 est de faire en sorte que, dans la plupart des cas, la loi régissant les questions de priorité en vertu de cet article et la loi régissant l'insolvabilité du cédant soient les lois d'une seule et même juridiction (la juridiction principale du cédant). En pareil cas, tout conflit entre le projet de Convention et la loi applicable à l'insolvabilité serait réglé par les règles de droit de cette juridiction. Dans tous les autres cas où une procédure d'insolvabilité portant sur les biens et les affaires du cédant est ouverte dans un État autre que celui de la principale juridiction du cédant (par exemple, une juridiction dans laquelle le cédant a des biens), le projet de Convention cède le pas aux règles de droit qui donnent expression à l'ordre public de l'État dans lequel un différend est tranché (art. 25). Il n'est pas porté atteinte à d'autres droits spéciaux des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité (voir par. 182).

176. La Commission voudra peut-être se demander si l'application de la loi du lieu de situation du cédant aux questions de priorité dans le cas de créances nées de comptes de dépôt, de comptes titres ou de comptes matières serait appropriée. Dans le cadre de ces pratiques, les questions de priorité sont normalement subordonnées à la loi du lieu de situation du prestataire de services financiers. Appliquer une règle de priorité différente à de telles pratiques serait peut-être conforme aux attentes des parties. Toutefois, une telle approche risque d'introduire des incertitudes, du moins dans la mesure où les parties, pour déterminer la règle de priorité qui s'applique, devraient rechercher la source des créances cédées, ce qui ne serait pas possible pour des créances futures et ce qui ne serait réalisable qu'à un certain prix pour les créances cédées globalement.

*Limites des règles de droit applicables*

177. En tant que disposition de droit international privé, l'article 24 ne règle pas les conflits de priorité. Il les renvoie simplement à la loi du lieu de situation du cédant. Si,

en vertu de cette loi, la priorité est fonction du moment de la cession, le cessionnaire qui envisage de financer certaines créances doit se fier aux garanties du cédant et, éventuellement, à celles d'autres parties ou aux informations disponibles sur un marché donné. Si la loi applicable définit la priorité en fonction de la priorité quant à l'envoi de la notification au débiteur, le cessionnaire éventuel doit là aussi se fier aux garanties du cédant et du débiteur, ainsi qu'aux informations émanant d'autres sources. Dans ces cas, la priorité en ce qui concerne les créances futures ne pourra pas être obtenue au moment de la cession (l'identité des débiteurs n'étant pas connue), et la priorité en ce qui concerne les créances cédées globalement ne pourra être obtenue qu'au prix de l'envoi d'une notification à tous les débiteurs. Si, en revanche, en vertu de la loi applicable, outre les garanties du cédant ou d'autres parties, la priorité s'obtenait par enregistrement public de certaines informations, les éventuels cessionnaires pourraient se reporter à cet enregistrement. En outre, les cessionnaires qui enregistreraient les informations requises disposeraient d'un moyen objectif d'acquérir la priorité (pour d'autres limites à l'application des règles de priorité du projet de Convention, voir les paragraphes 179 à 182).

*Moment approprié pour déterminer le lieu de situation du cédant*

178. Pour que le projet de Convention, y compris l'article 24, s'applique, le cédant doit être situé dans un État contractant au moment de la conclusion du contrat de cession. Cette approche renforce le degré de prévisibilité quant à l'application du projet de Convention et facilite les décisions à prendre sur l'opportunité de conclure une transaction et l'établissement de son coût. Toutefois, si le cédant effectue une cession dans un pays et une autre cession dans un autre pays dans lequel il s'établit, le projet de Convention risque de ne pas s'appliquer si le nouveau lieu de situation du cédant n'est pas dans un État contractant (le sous-alinéa *a* i de l'article 24 ne vise pas de tels cas), et même s'il s'applique l'application de l'article 24 soulèverait des difficultés, car il y aurait deux lois pour le lieu de situation du cédant. De ce fait, la Commission estimera peut-être qu'en cas de changement de lieu du cédant ou de la créance un délai de grâce devrait être adopté pendant lequel le cessionnaire ayant la priorité en vertu de la loi du lieu initial ne perdrait pas cette priorité. Ainsi, les droits des ayants droit dans le nouveau lieu ne seraient pas indéfiniment subordonnés aux droits des ayants droit d'autres lieux. Cette règle de transition serait nécessaire, car, compte tenu du rythme actuel des fusions, le fait de déplacer l'administration centrale d'une entité risque de ne pas être un phénomène rare. Il serait nécessaire d'aborder la question du changement de lieu, en particulier si le lieu de situation d'une entité est défini par référence au lieu où une créance est enregistrée. Il est certainement plus facile de transférer des créances que le lieu de l'administration centrale.

### Article 25. *Ordre public et droits préférentiels*

1. 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.

2. Dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit préférentiel qui est reconnu par la loi de l'État du for et qui se voit accorder la priorité sur les droits d'un cessionnaire dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi dudit État conserve cette priorité nonobstant l'article 24. Un État peut à tout moment déposer une déclaration spécifiant de tels droits préférentiels.

*Références:*

A/CN.9/434, par. 216 à 237
A/CN.9/445, par. 41 à 44
A/CN.9/455, par. 35 à 40
A/CN.9/456, par. 214 à 222
A/CN.9/466, par. 36 à 41

#### *Commentaire*

*Ordre public*

179. Le principe qui sous-tend l'article 25 est d'établir un équilibre entre la nécessité d'assurer la certitude quant à l'application de la loi du lieu de situation du cédant et celle de préserver les principes fondamentaux de la loi de l'État du for. En conséquence, le paragraphe 1 reconnaît le droit d'un tribunal ou d'une autre autorité, que ce soit ou non dans le contexte d'une insolvabilité, d'écarter une disposition de la loi du lieu de situation du cédant et, dans le même temps, limite ce droit aux cas où cette disposition est "manifestement contraire" à l'ordre public de l'État du for. Au paragraphe 1, il faut entendre par ordre public l'ordre public international de l'État du for. Le recours à l'ordre public a un effet négatif uniquement en ce sens qu'il peut exclure l'application d'une disposition de la loi applicable en vertu de l'article 24, qui est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for (par exemple, une règle donnant la priorité à un État étranger en matière fiscale). Il s'ensuit qu'une personne donnée peut être écartée lors de la détermination du rang de priorité, la priorité étant déterminée par d'autres dispositions de la loi applicable.

180. Pour qu'une règle de priorité soit écartée en application du paragraphe 1, elle doit être "manifestement contraire" à l'ordre public de l'État du for. On part ici du principe que deux États sont en jeu (à savoir que l'État du for est différent de celui où est situé le cédant). Si un seul État était en jeu, les règles de ce dernier permettraient de trancher la question. La notion "manifestement contraire" est utilisée dans des textes internationaux pour qualifier l'ordre public (voir, par exemple, l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, l'article 16 de la Convention de Rome et l'article 18 de la Convention de Mexico). L'idée est d'insister sur le fait que les exceptions d'ordre public doivent être interprétées de façon restrictive et que le paragraphe 3 ne devrait être invoqué que dans des circonstances exceptionnelles touchant à des questions d'importance fondamentale pour l'État du for. Autrement, la certitude offerte par l'article 24 pourrait être sérieusement compromise, ce qui aurait une incidence négative sur l'offre et le coût du crédit fondé sur des

créances (l'expression "manifestement contraire" est aussi utilisée à l'article 32; voir le paragraphe 199).

181. Comme mentionné ci-dessus, l'ordre public évoqué à l'article 25 ne peut pas avoir d'effet positif. Il ne peut pas aboutir à l'application positive d'une règle de priorité de l'État du for qui est l'expression de l'ordre public (par exemple, une règle donnant la priorité aux salariés dans l'État du for). Pour cette raison, le paragraphe 2 permet à l'État du for d'appliquer son propre régime de priorité, si une règle de priorité applicable au titre des paragraphes 1 et 2 est manifestement contraire à l'ordre public du for, et de donner la priorité aux superprivilèges, qui donnent expression à l'ordre public du for (par exemple, les droits de l'État en matière fiscale ou des salariés en matière salariale, mais pas les sûretés nées de contrats ou d'autres droits de propriété reconnus par décision judiciaire). Le paragraphe 2 va encore plus loin. Il permet à l'État (sans créer d'obligation) d'énumérer dans une déclaration les superprivilèges qui devraient prévaloir sur les droits du cessionnaire en vertu du projet de Convention. La possibilité de faire une déclaration doit renforcer la certitude en ce sens qu'elle offre aux cessionnaires un moyen de connaître les superprivilèges qui auraient la priorité sur leurs droits. La Commission voudra peut-être revoir l'emploi du mot "préférentiels" (il peut avoir un sens plus large que prévu et être confondu avec la priorité normale, qui est définie à l'alinéa *h* de l'article 6 comme une préférence).

*Droits spéciaux en matière d'insolvabilité*

182. L'article 25 ne mentionne pas les droits spéciaux des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité qui pourraient prévaloir sur les droits du cessionnaire en vertu de la loi régissant l'insolvabilité. La raison en est que la priorité établie en vertu du projet de Convention ne porte pas atteinte à ces droits spéciaux. Ceux-ci comprennent, entre autres, le droit des créanciers du cédant d'annuler ou de rendre sans effet de toute autre manière une cession, en tant que transfert frauduleux ou préférentiel, ou d'engager une action à cette fin. Ils comprennent aussi le droit de l'administrateur de l'insolvabilité d'agir de la même façon lorsqu'il juge également qu'une cession constitue un transfert frauduleux ou préférentiel, ou en cas de cession de créances qui n'étaient pas nées au moment de l'ouverture de la procédure; de grever les créances cédées des dépenses encourues par lui pour exécuter le contrat initial; ou de grever les créances cédées des dépenses encourues par lui pour préserver ou exécuter les créances à la demande et au profit du cessionnaire. Si les créances cédées constituent des garanties de dettes ou d'autres obligations, les droits spéciaux protégés comprennent tous les droits existants en vertu des règles ou procédures d'insolvabilité qui régissent généralement l'insolvabilité du cédant et qui permettent à l'administrateur de l'insolvabilité de grever les créances cédées; prévoient la suspension du droit des cessionnaires ou créanciers individuels du cédant de recouvrer les créances pendant la procédure d'insolvabilité; permettent de remplacer les créances cédées par de nouvelles créances de valeur au moins égale; ou permettent à l'administrateur de l'insolvabilité de faire des emprunts garantis par les créances cédées dans la mesure où la valeur des créances dépasse celle des obligations garanties.

Article 26. *Règles spéciales relatives au produit*

1. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cessionnaire, ce dernier a le droit de conserver ce produit, dans la mesure où son droit sur la créance cédée a la priorité sur des droits concurrents sur la créance cédée des personnes énumérées à l'alinéa *a* i à iii de l'article 24.

2. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cédant, les droits du cessionnaire sur ce produit ont la priorité sur des droits concurrents sur ce produit des personnes énumérées à l'alinéa *a* i à iii de l'article 24, de la même manière que les droits du cessionnaire avaient la priorité sur les droits desdites personnes sur la créance cédée si:

*a)* Le cédant a reçu le produit et le détient sur instructions du cessionnaire pour le compte de ce dernier; et

*b)* Le produit est détenu séparément par le cédant pour le compte du cessionnaire et est raisonnablement identifiable par rapport aux actifs du cédant, par exemple dans un compte de dépôt distinct ne contenant que les fonds provenant des créances cédées au cessionnaire.

*Références:*

A/CN.9/447, par. 63 à 68
A/CN.9/456, par. 160 à 167
A/CN.9/466, par. 42 à 53

***Commentaire***

183. L'article 26 a pour objet d'introduire une règle de priorité de droit matériel limitée au sujet du produit. Le produit comprend le produit du produit (il faudrait donc peut-être supprimer les mots "de la créance cédée"), mais non les marchandises restituées (dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, les droits sur le produit et les marchandises restituées sont traités au paragraphe 1 *c* de l'article 16).

*Produit reçu par le cessionnaire*

184. En vertu du paragraphe 1, le cessionnaire peut conserver tout produit qu'il reçoit (en d'autres termes, il a un droit réel), s'il a la priorité sur la créance cédée. La limite implicite, qu'il conviendrait peut-être d'exprimer explicitement (comme au paragraphe 3 de l'article 16), est que le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de sa créance. Le paragraphe 1, toutefois, pourrait avoir involontairement pour effet qu'une priorité sur le produit du produit serait accordée à un cessionnaire, même si une autre personne avait la priorité sur le produit de la créance cédée en vertu de la loi du lieu de situation du cédant. Par exemple, si le débiteur paie le cédant par chèque, que le cédant dépose ce chèque sur son compte bancaire puis paie le cessionnaire, en vertu du paragraphe 1, le premier cessionnaire a le droit de conserver les espèces (le produit du produit), même si l'institution dépositaire a priorité sur le solde dans le compte de dépôt (le produit de la créance cédée). On peut de façon tout aussi involontaire parvenir au même résultat si le cédant reçoit paiement à titre de garantie (par exemple, un cautionnement), que la garantie est donnée en nantissement à un second cessionnaire puis que son produit est versé au premier cession-

naire. Ce dernier pourrait conserver le produit du produit, même si le second cessionnaire a normalement la priorité sur le produit de la créance cédée en vertu de la loi du lieu de situation du cédant. La Commission voudra donc peut-être formuler un nouveau libellé à l'article 26 pour faire en sorte que le droit du cessionnaire sur le produit du produit ne porte pas préjudice aux droits d'une autre personne sur le produit de la créance cédée en vertu de la loi du lieu de situation du cédant.

*Produit reçu par le cédant*

185. En vertu du paragraphe 2, le cessionnaire a la priorité sur le produit reçu par le cédant s'il a la priorité sur la créance cédée et si le cédant a encaissé un paiement pour le compte du cessionnaire et le détient séparément de ses propres actifs. Cette disposition limitée a pour but de faciliter certaines pratiques, telles que l'escompte de factures non divulgué et la titrisation, dans la mesure où une telle priorité sur le produit renforcera la certitude quant au paiement au cessionnaire, notamment en cas d'insolvabilité. La Commission voudra peut être se demander si le paragraphe 2 est suffisant pour atteindre ses objectifs, car il ne soumet pas clairement l'étendue d'un droit (à savoir s'il s'agit d'un droit réel ou personnel) à la loi du lieu de situation du cédant, comme le fait l'article 24 (la nature et la priorité d'un droit sont deux questions distinctes; voir le paragraphe 165).

### Article 27. *Renonciation*

Un cessionnaire bénéficiant d'une priorité peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout cessionnaire existant ou futur.

*Références:*

A/CN.9/445 par. 29
A/CN.9/455, par. 31
A/CN.9/456, par. 210

#### *Commentaire*

186. L'article 27 a pour objet de tenir compte de l'intérêt que les parties à un conflit ont à négocier et à renoncer à la priorité en faveur d'un autre ayant droit lorsque des considérations commerciales le justifient. Afin d'assurer le maximum de souplesse et de tenir compte des pratiques commerciales en vigueur, l'article 27 indique clairement qu'une renonciation est valable même si elle n'est pas faite sous forme de convention directe entre le cessionnaire qui a la priorité et le bénéficiaire de la renonciation. La renonciation peut aussi se faire unilatéralement, par exemple sous forme d'un engagement pris à l'égard du cédant par le cessionnaire de premier rang (dans le contrat de cession ou dans une convention séparée, conclue par écrit ou oralement) qui habilite le cédant à effectuer une seconde cession venant au premier rang dans l'ordre de priorité. Le terme "unilatéralement" précise que le bénéficiaire de la renonciation (le second cessionnaire) n'a pas de contrepartie à offrir en échange de la priorité qui lui revient à la suite de la renonciation unilatérale. En outre, l'article 27 montre clairement qu'une renonciation a effet sans qu'il soit nécessaire d'identifier expressément le ou les bénéficiaires prévus ("tout cessionnaire existant ou futur") et qu'il est possible d'employer des termes généraux. Une telle renonciation unilatérale peut intervenir dans une cession entre entités relevant du même groupe de sociétés ou elle peut se présenter sous forme d'un service offert par un prêteur à un emprunteur pour des considérations commerciales.

## CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS

*Références:*

A/CN.9/420, par. 185 à 187
A/CN.9/445, par. 52 à 55
A/CN.9/455, par. 67 à 73
A/CN.9/466, par. 145 à 149

### Champ d'application et objet du chapitre V

#### *Commentaire*

187. Le chapitre V vise à énoncer quelques principes généraux largement adoptés mais non reconnus dans tous les systèmes juridiques. Il n'a pour objet ni de traiter de manière exhaustive toutes les questions relatives à la cession, ni d'aller à l'encontre des textes législatifs internationaux existants ou de s'y substituer. Les articles 28, 29, 31 et 32 reprennent des principes généralement admis (par exemple, dans la Convention de Mexico ou à l'article 12 de la Convention de Rome, à l'exception de l'exigence d'un choix exprès au paragraphe 1 de l'article 28 et la présomption réfragable en faveur du lieu de situation du cédant au paragraphe 2 de ce même article). Le fait que ces principes puissent être déjà reconnus dans le droit de certains États ne les rend pas moins utiles pour d'autres. En outre, en l'absence de telles dispositions, beaucoup d'incertitudes demeureraient quant à la loi applicable à toutes les matières qui, par nécessité, ne sont pas régies par le projet de Convention (pour une liste non exhaustive, voir le paragraphe 79).

188. L'article 30, qui vise à étendre le champ d'application des principes énoncés dans les articles 24 à 26 aux opérations n'entrant pas dans le cadre du projet de Convention, innove en traitant une question à laquelle le droit actuel n'apporte pas de réponse claire ou satisfaisante. À cet égard, le Groupe de travail a soigneusement examiné l'article 12 de la Convention de Rome et a conclu que, faute de pouvoir déterminer avec certitude si cet article s'applique aux questions de priorité et, dans l'affirmative, quelle est alors la loi applicable, il fallait régler cette question dans le projet de Convention. Le principe sur lequel repose l'article 30, à savoir que les questions de priorité doivent être régies par la loi du lieu de situation du cédant, a été adopté par consensus dans les articles 24 à 26. Il reste à déterminer la portée exacte de cette règle. Si le chapitre V paraît plus ou moins acceptable sur le fond, certains États, cependant, émettent des objections pour des raisons de politique législative générale (ces États se demandant, par exemple, s'il est bon d'insérer des règles générales de droit

international privé dans un texte essentiellement de droit matériel, si la CNUDCI est l'organe approprié pour élaborer des règles de droit international privé ou si la question devrait être examinée par d'autres organisations internationales ou régionales). Pour tenir compte de ces préoccupations, on a soumis le chapitre V à une clause d'option négative. En effet, en supprimant ce chapitre ou en restreignant son champ d'application, on réduirait les avantages que pourraient en tirer les États qui en ont besoin sans pour autant protéger davantage ceux qui n'en ont pas besoin. De même, une clause d'option positive pourrait indirectement en limiter le champ d'application en risquant de dissuader les États de l'adopter.

189. Pour ce qui est de la forme, la Commission souhaitera peut-être déterminer si le paragraphe 3 de l'article premier, qui définit le champ d'application du chapitre V et prévoit une possibilité d'exclusion pour les États, devrait figurer au début de ce même chapitre, et y être assorti d'une disposition traitant de la hiérarchie entre les règles de droit matériel et les règles de droit international privé du projet de Convention (voir par. 22). La Commission souhaitera peut-être également examiner s'il conviendrait de reformuler le titre du chapitre V comme suit: "Autres règles de conflit de lois" (car les articles 24 à 26 sont également des règles de conflit de lois). Elle peut toutefois aussi souhaiter regrouper toutes les règles de conflit de lois dans un seul chapitre. Si cette dernière solution était adoptée, l'article 30 pourrait être supprimé, et les articles 24 à 26 devraient faire l'objet d'une clause d'option négative, mais ce uniquement dans la mesure où ils s'appliqueraient, que le cédant soit ou non situé dans un État contractant.

### Article 28. *Loi applicable aux droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

1. [À l'exception des questions qui sont réglées par la présente Convention,] les droits et obligations du cédant et du cessionnaire en vertu du contrat de cession sont régis par la loi expressément choisie par eux.

2. À défaut de choix d'une loi par le cédant et le cessionnaire, leurs droits et obligations en vertu du contrat de cession sont régis 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 dans la mesure où il ne peut être dérogé par contrat à ladite loi.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 188 à 196
A/CN.9/445, par. 52 à 74
A/CN.9/455, par. 67 à 119
A/CN.9/466, par. 150 à 153

***Commentaire***

190. L'article 28 traduit le principe de l'autonomie des parties quant à la loi applicable au contrat de cession (principe reconnu dans les articles 12 de la Convention de Rome et 7 de la Convention de Mexico). Quoique largement reconnu, ce principe n'est pas universellement accepté. En attendant que la Commission détermine définitivement la portée exacte du chapitre V, on a placé les premiers mots de l'article 28 entre crochets (si la proposition faite par le secrétariat au paragraphe 3 était adoptée, ces mots pourraient être supprimés). Le paragraphe 1 prévoit que le choix de la loi doit être exprès. Le Groupe de travail a reconnu qu'un choix implicite irait dans le sens des tendances actuelles du droit international privé (voir le paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention de Rome et l'article 7 de la Convention de Mexico). Toutefois, il a été largement estimé qu'un choix exprès devait être exigé dans le cas des opérations de financement dans lesquelles la certitude était primordiale et pouvait déterminer si une opération aurait lieu et à quel coût. La Commission souhaitera peut-être reconsidérer la question. Il semblerait que le fait de valider un choix pouvant être "clairement inféré du contrat" ne compromettrait pas gravement la certitude et rendrait l'article 28 plus acceptable pour certains États.

191. En vertu du paragraphe 1, la loi applicable au contrat régit les aspects purement contractuels du contrat de cession (par exemple, la conclusion du contrat et sa validité quant au fond, l'interprétation de ses clauses, l'obligation pour le cessionnaire de payer le prix ou d'accorder le crédit promis, l'existence et l'effet des garanties concernant la validité et l'exigibilité de la créance). Le paragraphe 1 ne vise toutefois pas les questions de validité quant au fond qui sont traitées dans le projet de Convention en ce qui concerne les cessions entrant dans le champ d'application de ce dernier (c'est ce qu'indiquent les premiers mots du paragraphe) ni d'autres aspects de la validité quant au fond, tels que la capacité ou l'autorité pour agir. Ce point est important, car, dans certains pays, la capacité d'effectuer une cession globale est limitée aux sociétés ou au cédant lorsqu'il effectue la cession dans le cours normal de ses affaires. On ne peut déterminer avec suffisamment de certitude si l'article 9 l'emporterait sur ces interdictions légales concernant la capacité, ni quelle loi s'appliquerait à de telles interdictions légales. Bien que la plupart des cessions en vertu du projet de Convention doivent être effectuées par des cédants dans le cours normal de leurs affaires, une zone d'ombre demeurera si on laisse cette question sans réponse (pour une suggestion du secrétariat tendant à régler la question de la loi applicable à la cessibilité légale, voir le paragraphe 196). Le paragraphe 1 ne vise pas non plus les contrats de financement, si le contrat de cession se réduit à une simple clause dans ce type de contrat, sauf convention contraire entre les parties. Enfin, le paragraphe 1 ne traite pas des aspects de la cession liés à la propriété (c'est pourquoi il est fait référence au "contrat de cession" et non à la cession elle-même; pour cette distinction, voir les paragraphes 24 et 25). Le Groupe de travail a admis qu'il ne serait pas opportun de soumettre le transfert des droits de propriété à la loi régissant le contrat. Pour ce qui est des cessions entrant dans le champ d'application du projet de Convention, ces aspects liés à la propriété sont, dans une large mesure, traités dans les dispositions autres que celles du chapitre V.

192. Le paragraphe 2 porte sur les cas exceptionnels où les parties ne sont pas expressément convenues de la loi applicable au contrat de cession ou en sont convenues mais leur convention s'est ultérieurement avérée non valable. Il fait référence au critère de la relation la plus étroite, qui peut aboutir à l'application de la loi du lieu où est situé le cédant (par exemple, dans le cas d'une cession-vente) ou de la loi du lieu où est situé le cessionnaire (par exemple, dans une cession à titre de garantie faite dans le cadre d'une opération de crédit). Pour concilier souplesse et certitude, le paragraphe 2 introduit une présomption réfragable selon laquelle l'État ayant la relation la plus étroite avec le contrat est celui où se trouve le cédant, autrement dit, dans ce contexte, celui où le cédant a son établissement. Le paragraphe 2 ayant un champ d'application limité, le Groupe de travail a estimé qu'une telle référence à l'établissement ne compromettrait pas la certitude nécessaire aux opérations de financement. En établissant une présomption particulière en faveur de la loi du lieu de situation du cédant, l'article 28 n'est pas nécessairement en contradiction avec la pratique suivie dans d'autres textes de droit international privé qui font référence, par exemple, au lieu dans lequel la partie devant fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou son établissement (paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention de Rome) ou à tous les éléments subjectifs et objectifs du contrat (article 9 de la Convention de Mexico). Il pourrait y avoir contradiction dans les situations où l'application du critère de la prestation caractéristique n'aboutirait pas à une présomption en faveur de la loi du lieu de situation du cédant. Toutefois, dans les opérations de financement complexes, donnant lieu au versement d'argent, ainsi qu'à la fourniture de services et à l'exécution d'obligations réciproques, ce critère risque de ne pas être aussi efficace pour déterminer la loi ayant la relation la plus étroite de manière réaliste. En tout état de cause, les parties peuvent choisir la loi applicable. En outre, la présomption peut être renversée par la preuve contraire si les circonstances montrent que le contrat est plus étroitement lié à un autre pays.

193. Le paragraphe 3 vise à limiter l'autonomie des parties en ce sens que les parties à un contrat purement national ne peuvent pas déroger aux règles impératives de la loi de l'État auquel se rattache le contrat. Lorsque le contrat n'est pas purement national, l'autonomie des parties fait l'objet de limitations prévues aux articles 31 et 32. Si le chapitre V doit s'appliquer aux cessions internationales ou aux cessions de créances internationales telles que définies au chapitre premier, la portée de cette règle serait limitée aux cas où une cession nationale d'une créance nationale entrerait dans le champ d'application du projet de Convention (à savoir dans le cas d'une cession subséquente lorsqu'une des cessions qui la précède est régie par le projet de Convention). Même si le chapitre V s'applique indépendamment du chapitre premier, sa portée en serait limitée, car la présence d'un élément international serait toujours nécessaire pour que les dispositions de droit international privé s'appliquent en premier lieu. L'élément international pourrait se rapporter au contrat de cession en tant que tel ou à la créance cédée. La Commission souhaitera peut-être examiner s'il conviendrait d'expliciter ce point au paragraphe 3 (par exemple, le paragraphe 3 de l'article 3 de la Convention de Rome mentionne non seulement le contrat mais aussi tous les éléments de la situation au moment du choix d'une loi étrangère). La Commission souhaitera peut-être également déterminer si le paragraphe 3 devrait, dans ce même esprit, faire référence au lien entre un État et le contrat de cession (et non la cession elle-même).

### Article 29. *Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur*

[À l'exception des questions qui sont réglées par la présente Convention,] la loi régissant la créance sur laquelle porte la cession détermine le caractère exécutoire des limitations contractuelles à la cession, 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.

*Références:*

A/CN.9/420, par. 197 à 200
A/CN.9/445, par. 65 à 69
A/CN.9/455, par. 92 à 104 et 117
A/CN.9/466, par. 154 à 158

#### *Commentaire*

194. Conformément au principe selon lequel une cession ne devrait pas modifier la situation juridique du débiteur, l'article 29 prévoit que les questions se posant dans le cadre de la relation entre le cessionnaire et le débiteur doivent être réglées par la loi régissant la créance. Il faut entendre par là la loi régissant le contrat initial et non la *lex situs* théorique de la dette. La Commission souhaitera peut-être expliciter ce point à l'article 29 (et au paragraphe 2 de l'article premier). Une telle démarche serait justifiée, car, contrairement au paragraphe 2 de l'article 12 de la Convention de Rome, dont s'inspire l'article 29, et qui peut s'appliquer aux droits extracontractuels, l'article 29 ne vise que les créances contractuelles. Le Groupe de travail a décidé de ne pas préciser comment la loi régissant le contrat initial devrait être déterminée. Il a été largement estimé que de telles règles complexes n'étaient pas nécessaires dans un chapitre dont l'objet était d'énoncer quelques règles générales et non pas d'aborder toutes les questions de droit international privé relatives à la cession. Il a aussi été généralement estimé qu'il ne serait pas approprié de tenter de déterminer la loi qui régit une large gamme de contrats pouvant être à l'origine d'une créance (contrats de vente, contrats d'assurance ou contrats relatifs aux opérations sur les marchés financiers, par exemple). En attendant que la Commission arrête le champ d'application exacte du chapitre V, on a placé les premiers mots du paragraphe 29 entre crochets (si la proposition du secrétariat présentée au paragraphe 23 était adoptée, ces mots pourraient être supprimés).

195. Il semblerait que l'article 29 s'applique également aux opérations de compensation (à savoir en cas de contre-créance née du contrat initial ou d'un contrat connexe), puisque ce type de compensation se rapporterait soit aux "rapports entre cessionnaire et débiteur", soit aux "condi-

tions d'opposabilité de la cession au débiteur". La Commission souhaitera peut-être préciser ce point. En revanche, les compensations indépendantes (qui concernent des créances nées de sources qui n'ont aucun lien avec le contrat initial) ne sont pas visées. Ces créances peuvent avoir diverses origines (par exemple, un contrat séparé conclu entre le cédant et le débiteur, une règle de droit ou encore une décision judiciaire ou arbitrale). La question de savoir si elles sont recouvrables et dans quelles conditions (par exemple, liquidité, mêmes devise et échéance) est laissée à une autre loi. Le Groupe de travail a pensé qu'il pourrait s'agir de la loi régissant le contrat initial ou le contrat d'où pourrait découler un droit à compensation indépendant, mais il n'a pas pu parvenir à un consensus.

196. L'article 29 traite également de la cessibilité contractuelle, mais non légale, en tant que question liée au paiement par le débiteur et à la libération de ce dernier. En conséquence, lorsque les droits et obligations du débiteur sont régis par le projet de Convention, la cession a effet à l'égard de celui-ci, même si une clause limitant les cessions est prévue dans le contrat initial (art. 11-1), et le débiteur ne pourra invoquer aucune exception contre le cessionnaire (art. 20-3). Si le projet de Convention ne s'applique pas à l'égard du débiteur, les effets d'une limitation contractuelle sur la relation entre le cessionnaire et le débiteur relèvent de la loi régissant la créance. Les termes "caractère exécutoire" des limitations contractuelles signifient que ces limitations ont effet tant entre les parties qu'à l'égard des tiers (validité *inter partes* et efficacité *erga omnes*). Par souci de cohérence et pour éviter les problèmes d'interprétation (les termes "caractère exécutoire" semblent exclure la notion de validité *inter partes*), la Commission souhaitera peut-être envisager de remplacer "caractère exécutoire" par "efficacité". La Commission souhaitera peut-être également réexaminer la question de la loi applicable à la cessibilité légale. La loi du lieu de situation du cédant ou la loi régissant la créance pourrait être envisagée. La restriction concernant les règles impératives ou l'ordre public de l'État du for serait suffisante pour garantir que la loi applicable ne s'applique pas lorsqu'elle ne le doit pas (par exemple, la loi régissant la créance pourrait ne pas être appropriée dans le cas d'interdictions légales visant à protéger le cédant). L'article 29 ne renvoie pas les questions relatives à la protection des consommateurs à la loi du lieu de situation du débiteur. L'article 31, qui laisse à un tribunal la liberté d'appliquer toute règle impérative de la loi du for ou d'une loi étroitement liée, devrait suffire pour assurer l'application de la loi sur la protection des consommateurs (pour les créances sur consommateurs et la protection des consommateurs, voir les paragraphes 36, 100, 128, 152 et 160).

[Article 30. *Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties*

1. La loi de l'État dans lequel est situé le cédant:

*a)* Régit l'étendue des droits d'un cessionnaire sur la créance cédée et la priorité des droits du cessionnaire par rapport aux droits concurrents sur la créance cédée:

i) D'un autre cessionnaire de la même créance provenant du même cédant, même si ladite créance n'est pas une créance internationale et si la cession audit cessionnaire n'est pas une cession internationale;

ii) D'un créancier du cédant; et

iii) De l'administrateur de l'insolvabilité;

*b)* Régit l'existence et l'étendue des droits des personnes énumérées aux sous-alinéas *a* i à iii du paragraphe 1 sur le produit de la créance cédée et la priorité des droits du cessionnaire sur ce produit par rapport aux droits concurrents de telles personnes; et

*c)* Détermine si, par l'effet de la loi, un créancier a des droits sur la créance cédée résultant de ses droits sur d'autres biens du cédant, et régit l'étendue de tels droits sur la créance cédée.

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.

3. Dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit préférentiel qui est reconnu par la loi de l'État du for et qui se voit accorder la priorité sur les droits d'un cessionnaire dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi dudit État conserve cette priorité nonobstant le paragraphe 1 du présent article. Un État peut à tout moment déposer une déclaration spécifiant de tels droits préférentiels.]

*Références:*

A/CN.9/445, par. 70 à 74
A/CN.9/455, par. 105 à 110
A/CN.9/466, par. 159 et 160

### *Commentaire*

197. Tout comme les articles 31 et 32, l'article 30 figure entre crochets en attendant que la Commission détermine le champ d'application ou l'objet du chapitre V. Le maintien de l'article 30 ne se justifie que si le chapitre V s'étend aux opérations n'entrant pas dans le champ d'application du projet de Convention au titre du chapitre premier. Si le chapitre V a le même champ d'application que les autres parties du projet de Convention, l'article 30, qui reprend les règles apparaissant dans les articles 24 à 27, pourrait être supprimé. Si le chapitre V s'applique indépendamment du chapitre premier, il faudrait conserver l'article 30. En outre, il faudra peut-être préciser dans le corps de l'article que celui-ci s'applique aussi aux conflits ayant trait à une cession subséquente, comme si le cessionnaire subséquent était le cessionnaire initial (cette question est traitée dans le cadre du chapitre premier, à l'article 2 *b*). De plus, on pourrait supprimer le paragraphe 2, qui est superflu, puisqu'il aborde une question déjà traitée à l'article 32. En tant que règle de droit international privé, l'article 30 a pour objet d'assurer la certitude quant à la loi applicable aux conflits de priorité. Cette certitude sera assurée à condition de se référer à la loi d'un seul État facile à déterminer (voir par. 172 à 176). La priorité est définie à l'article 5 *i* comme une préférence (dans le paiement ou une autre forme de libération), l'article 30 précisant quant à lui les parties entre lesquelles

peuvent naître de tels conflits. Étant donné que le débiteur ne figure pas parmi ces parties, la priorité ne concerne pas sa libération. En conséquence, il ne peut être demandé au débiteur dont la libération relève de la loi qui régit la créance de payer de nouveau la partie ayant la priorité en vertu de la loi du lieu de situation du cédant.

[Article 31. *Règles impératives*

1. Aucune disposition des articles 28 et 29 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 28 et 29 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.]

*Références:*

A/CN.9/455, par. 111 à 117
A/CN.9/466, par. 161 et 162

***Commentaire***

198. Le paragraphe 1 reprend un principe généralement accepté en droit international privé, selon lequel la loi impérative de l'État du for peut être appliquée quelle que soit la loi applicable par ailleurs (voir l'article 7 de la Convention de Rome et l'article 11 de la Convention de Mexico). La loi impérative, dans ce contexte, ne désigne pas une loi à laquelle il ne peut être dérogé par convention (comme au paragraphe 3 de l'article 28), mais une loi d'une importance fondamentale telle que la loi sur la protection des consommateurs ou la loi pénale (loi de police). Le paragraphe 2 introduit une règle différente, à savoir qu'un tribunal d'un État contractant peut n'appliquer ni la législation de son propre pays ni la loi applicable en vertu des articles 28 et 29, mais la loi d'un pays tiers au motif que les questions réglées dans ces dispositions ont une relation étroite avec ce dernier pays (ce paragraphe est inspiré du paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention de Rome, qui fait l'objet d'une réserve, ce qui n'est pas le cas des textes de droit international privé plus récents). Le champ d'application de l'article 31 est limité aux cas ayant trait à la loi applicable au contrat de cession et à la relation entre cessionnaire et débiteur. S'agissant de savoir si la loi applicable aux questions de priorité peut être écartée lorsqu'elle est contraire aux règles impératives de l'État du for, il a été généralement estimé que le paragraphe 3 de l'article 30, en vertu duquel une règle de priorité de la loi applicable peut être écartée afin de protéger, par exemple, le droit d'imposition de l'État du for, était suffisant. Il a été estimé qu'une telle restriction concernant l'exception de la loi impérative se justifiait, car les règles de priorité ont elles-mêmes un caractère obligatoire, et le fait de les écarter en faveur des règles impératives de l'État du for ou d'un autre État entraînerait indirectement des incertitudes quant aux droits des tiers, ce qui aurait un impact négatif sur la disponibilité et le coût du crédit.

[Article 32. *Ordre public*

Pour ce qui est des questions réglées 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 une autre autorité compétente que si ladite disposition est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.]

*Références:*

A/CN.9/455, par. 118 et 119
A/CN.9/466, par. 163 et 164

***Commentaire***

199. L'article 32 se différencie de l'article 31 en ce qu'il a uniquement un effet négatif, à savoir la possibilité de déroger à une règle de la loi applicable si cette règle est manifestement contraire à l'ordre public international du for (sur cette question, voir le paragraphe 180; voir aussi l'article 16 de la Convention de Rome et l'article 18 de la Convention de Mexico). Comme dans d'autres textes juridiques internationaux, l'adverbe "manifestement" a été ajouté avant les mots "contraire à l'ordre public". Il convient de noter que c'est l'application de la loi applicable à un cas particulier, et non la loi applicable en elle-même, qui doit être manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for. L'application d'une loi étrangère, par conséquent, ne peut être refusée au motif que la loi elle-même, d'une manière générale, est jugée préjudiciable à l'ordre public du for, mais uniquement au motif que l'application d'une règle particulière dans un cas particulier irait à l'encontre de cet ordre public.

## CHAPITRE VI. CLAUSES FINALES

### Article 33. *Dépositaire*

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est le dépositaire de la présente Convention.

*Référence:*

A/CN.9/455, par. 124 et 125

***Commentaire***

200. La Section des traités du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies, située au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York, remplit les fonctions de dépositaire du Secrétaire général. Les traités déposés auprès du dépositaire sont accessibles sur la page d'accueil de la Section des traités sur la toile mondiale (http://www.un.org/depositary).

Article 34. *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 et d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

*Référence:*

A/CN.9/455, par. 141 et 142

***Commentaire***

201. La Commission voudra peut-être réfléchir au délai pendant lequel le projet de Convention devrait être ouvert à la signature des États. Dans les conventions élaborées par la CNUDCI, ce délai va d'un an (Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, 1978, et Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international) à deux ans et demi (Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux).

Article 35. *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 peut, à tout moment, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut 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 n'est 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.

*Référence:*

A/CN.9/455, par. 143 et 144

***Commentaire***

202. L'article 35 a pour objet de garantir qu'un État fédéral peut adopter le projet de Convention même si, pour quelque raison que ce soit, il ne souhaite pas que cet instrument s'applique à une ou plusieurs de ses unités territoriales. Un tel droit est particulièrement important pour les États ayant plusieurs systèmes de droit. La déclaration peut être faite à tout moment, y compris avant ou après la ratification, l'approbation ou l'adhésion (référence est faite à un "État" et non pas à un "État contractant", puisqu'une déclaration peut être faite par un État signataire). En cas de déclaration au titre de l'article 35, une partie située dans une unité territoriale à laquelle le projet de Convention ne doit pas s'appliquer en vertu de ladite déclaration n'est pas considérée comme située dans un État contractant (par. 3). Si cette partie est le cédant, le projet de Convention ne s'applique pas du tout. S'il s'agit du débiteur, les dispositions du projet de Convention portant sur les droits et obligations du débiteur ne s'appliquent pas. Le moment auquel le débiteur doit être situé dans un État contractant ou le moment où la loi régissant la créance cédée doit être la loi d'un État contractant ne ressort pas clairement (paragraphe 2 de l'article premier). À moins que ce moment ne soit spécifié au paragraphe 2 de l'article premier (et éventuellement à l'article 35), si le débiteur est situé dans un État contractant au moment de la conclusion du contrat de cession, mais, du fait d'une déclaration au titre de l'article 35, ne l'est pas au moment où naît une créance future ou au moment de la notification, il serait difficile de déterminer si le projet de Convention s'applique à ce débiteur (pour une suggestion du secrétariat en faveur du moment de la conclusion du contrat initial, voir le paragraphe 17).

Article 36. *Conflits avec d'autres accords internationaux*

La présente Convention ne prévaut pas sur un accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention [, à condition que le cédant soit situé dans un État partie à un tel accord ou, pour ce qui est des dispositions de la présente Convention traitant des droits et obligations du débiteur, que le débiteur soit situé dans un État partie à un tel accord].

*Références:*

A/CN.9/445, par. 52 à 55, 75, 76 et 201 à 203
A/CN.9/455, par. 67 à 73 et 126 à 129
A/CN.9/456, par. 232 à 239
A/CN.9/466, par. 192 à 195

***Commentaire***

203. L'article 36, qui tient compte des principes généralement acceptables concernant les conflits entre les textes législatifs internationaux (voir, par exemple, l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969 (la "Convention de Vienne") et l'article 90 de la Convention des Nations Unies sur les ventes), donne la préséance à d'autres textes qui contiennent des dispositions concernant les matières régies par le projet de Convention. Les textes

avec lesquels le projet de Convention peut être en conflit sont la Convention d'Ottawa, la Convention de Rome, la Convention de Mexico, la Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by, le projet de règlement de l'Union européenne sur l'insolvabilité et l'avant-projet de Convention sur les garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles.

*Convention d'Ottawa*

204. Le champ d'application matérielle et territoriale de la Convention d'Ottawa est plus étroit que celui du projet de Convention (les opérations non visées sont les contrats d'affacturage dans lesquels n'est offert qu'un seul des trois services mentionnés à l'article premier de la Convention d'Ottawa; aucune notification n'est donnée; le cédant, le cessionnaire ou le débiteur ne sont pas situés dans un État contractant). En outre, les parties peuvent exclure l'application de la Convention d'Ottawa dans son intégralité. Par ailleurs, la Convention d'Ottawa ne traite pas certaines questions (par exemple, les questions de priorité). Toutefois, dans la mesure où les deux conventions s'appliquent à un contrat d'affacturage, leur application peut donner des résultats contradictoires dans un certain nombre de cas (tels que la portée de la réserve sur la règle relative aux limitations contractuelles de la cession, la notification pour les créances qui n'existent pas au moment de cette notification, le paiement libératoire effectué au profit du cessionnaire par un débiteur, sachant qu'une autre personne a un droit supérieur, et le recouvrement auprès du cessionnaire de sommes payées par le débiteur. Dans ces cas, il faudrait déterminer si l'ensemble du projet de Convention est écarté ou si le texte pourrait s'appliquer tout au moins pour les matières non régies par la Convention d'Ottawa (par exemple, les questions de priorité). L'article 36 ne donne pas de réponse explicite, bien que l'on puisse arguer qu'en ce qui concerne ces questions il n'y aurait pas de conflit et le projet de Convention s'appliquerait, si les conditions de son application étaient remplies. La Commission voudra peut-être rendre l'article 36 plus explicite sur ce sujet. Pour ce qui est des questions régies à la fois par le projet de Convention et par la Convention d'Ottawa, en cas de conflit entre les deux textes, c'est la Convention d'Ottawa qui prévaudrait. Cependant, étant donné que cette dernière contient également une disposition allant dans le même sens que l'article 36, il pourrait être difficile de déterminer celle des deux conventions qui s'appliquerait dans un cas particulier. Si c'est la Convention d'Ottawa, apparaît alors un autre problème. En effet, si les deux conventions sont applicables à un contrat d'affacturage donné, que la Convention d'Ottawa prévaut et que les parties au contrat d'affacturage ou au contrat donnant naissance aux créances cédées excluent l'application de cette convention (article 3 de la Convention d'Ottawa), le projet de Convention ne s'appliquerait pas en vertu de l'article 36 et la Convention d'Ottawa ne s'appliquerait pas non plus, puisqu'elle aurait été exclue par les parties. Dans un tel cas, il serait une fois encore difficile de déterminer la loi applicable.

205. Ces questions peuvent être abordées de diverses manières. Une première solution pourrait consister à s'en remettre à l'autonomie des parties. Si ces dernières excluent l'application de la Convention d'Ottawa et choisissent le projet de Convention, celui-ci devrait s'appliquer, tout au moins si toutes les conditions de son application énoncées au chapitre premier sont remplies (bien que, dans certains États, le projet de Convention puisse s'appliquer en vertu des règles de droit international privé même s'il n'est pas applicable en l'absence d'un choix des parties). Un tel choix de la loi applicable aurait normalement effet, sauf s'il était contraire à l'ordre public ou à la loi impérative du for. Mais on irait alors à l'encontre du principe qui sous-tend les articles 24 à 26 et 30 du projet de Convention, qui n'autorisent pas les parties à choisir la loi applicable aux questions de priorité. Une deuxième solution serait de laisser chaque État décider du texte auquel il souhaite donner la préséance (voir, par exemple, l'article 33-2 dans le document A/CN.9/WG.II/WP.104 et l'article 20 de la Convention de Mexico; pour des remarques critiques sur cette disposition, voir les paragraphes 192 à 195 du document A/CN.9/466). Une telle solution, toutefois, pourrait compromettre la sécurité du droit. Les parties devraient examiner chaque déclaration et déterminer son contenu exact, le lien avec le lieu où est situé le cédant ou le débiteur et le moment à prendre en considération pour que la déclaration ait des incidences sur les intérêts du cédant, du cessionnaire et des tiers créanciers, d'une part, et sur les intérêts du débiteur, d'autre part. Une troisième solution serait de prévoir explicitement, dans l'article 36, que le projet de Convention s'appliquera aux contrats d'affacturage et aux matières non régies par la Convention d'Ottawa. L'inconvénient éventuel de cette solution est que, pour déterminer si le projet de Convention s'applique à un contrat d'affacturage donné, les parties devraient examiner la Convention d'Ottawa, ce qui pourrait compliquer l'application du projet de Convention et augmenter le coût des opérations. Une quatrième solution serait que le projet de Convention annule et remplace la Convention d'Ottawa, mais se poserait alors une question de politique législative que les États devraient examiner. Sur le fond, toutefois, une telle solution semble offrir le degré de sécurité le plus élevé. On pourrait envisager d'insérer à l'article 36 un des libellés ci-après:

*Variante A*

"2. Si la présente Convention est écartée en vertu du paragraphe 1 du présent article et si l'application de la Convention d'Ottawa est exclue par les parties au contrat d'affacturage ou au contrat initial, lesdites parties peuvent opter pour la présente Convention [si les conditions du chapitre premier sont remplies]."

*Variante B*

"2. Un État peut, à tout moment, déclarer que la Convention ne prévaudra pas sur les conventions internationales ou autres accords multilatéraux ou bilatéraux énumérés dans la déclaration, qu'il a conclus ou qu'il conclura et qui contiennent des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention."

*Variante C*

"2. Si la Convention d'Ottawa ne s'applique pas, ou pour toute matière qu'elle ne régit pas, la présente Convention s'applique."

*Variante D*

"2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, la présente Convention annule et remplace la Convention d'Ottawa."

206. La variante A serait compatible avec le principe de l'autonomie des parties. Les variantes B à D iraient dans le sens de l'article 30-2 de la Convention de Vienne, selon lequel un traité peut spécifier quel traité prévaut en cas de conflit. Si la Commission décide de conserver le libellé entre crochets à l'article 36, il devrait être complété par une référence à l'application du projet de Convention pour ce qui est des droits et obligations du débiteur dans les cas où la loi régissant la créance est la loi d'un État contractant (paragraphe 2 de l'article premier).

*Conventions de Mexico et de Rome*

207. Il n'y a pas de conflits entre le projet de Convention et la Convention de Mexico, qui traite de la loi applicable aux contrats en général (et non aux contrats de cession en particulier), et ce d'une manière qui est compatible avec l'article 28 du projet de Convention. Tous conflits entre l'article 12 de la Convention de Rome et les articles 28 et 29 du projet de Convention sont minimes, puisque ces articles sont identiques à l'article 12 de la Convention de Rome (sauf pour ce qui est du choix exprès requis au paragraphe 1 de l'article 28 et la présomption réfragable envisagée au paragraphe 2). En outre, il ne devrait normalement y avoir aucun conflit entre l'article 12 de la Convention de Rome et l'article 30 du projet de Convention, puisque, selon l'avis qui prévaut, l'article 12 ne régit pas cette question. Toutefois, dans la doctrine et dans la jurisprudence, il a été déclaré que l'article 12 de la Convention de Rome traite les questions de priorité, soit au paragraphe 1 (la loi choisie par les parties), soit au paragraphe 2 (la loi régissant la créance). Le Groupe de travail a adopté comme position que ni l'une ni l'autre de ces deux lois n'étaient appropriées. En tout état de cause, pour éviter tout conflit avec la Convention de Rome, l'article 37 prévoit qu'un État peut déclarer qu'il ne sera pas lié par le chapitre V. En conséquence, si tous les États parties à la Convention de Rome se déclarent non liés par le chapitre V, il n'y aura aucun conflit. Toutefois, l'exclusion des articles 24 à 26 n'est pas autorisée, d'où la possibilité de conflits entre ces articles et l'article 12 de la Convention de Rome. Ni l'article 36 ni son équivalent dans la Convention de Rome, à savoir l'article 21, n'aident à déterminer quelle Convention s'appliquerait en cas de conflits, puisqu'ils donnent tous deux la préséance à un autre texte, ce qui peut être source d'incertitude. La question pourrait être réglée en recourant aux principes du droit international public en vertu desquels c'est le texte le plus spécifique ou le texte de droit matériel (en l'occurrence le projet de Convention) qui prévaudrait. Toutefois, on pourrait améliorer la sécurité en traitant la question explicitement à l'article 36. La Commission voudra peut-être envisager de faire jouer l'autonomie des parties ou de laisser à chaque État le soin de trancher ou encore de permettre que le projet de Convention complète ou remplace la Convention de Rome (voir les variantes présentées au paragraphe 205).

208. La Commission souhaitera peut-être déterminer si l'article 36 devrait traiter les conflits avec le droit supranational qui ne se présente pas sous forme d'accord international (par exemple, les règlements de l'Union européenne). En le faisant et en donnant préséance à ce droit supranational, elle pourrait éliminer un obstacle possible à l'adoption du projet de Convention par certains États.

*Projet de règlement de l'Union européenne sur l'insolvabilité*

209. Il n'y a aucun conflit avec le projet de règlement de l'Union européenne sur l'insolvabilité (approuvé par le Conseil de l'Union et soumis au Parlement européen). La notion d'administration centrale est identique à celle de centre des intérêts principaux employée dans le projet de règlement, et ce dernier n'a pas d'incidences sur les droits réels dans une procédure d'insolvabilité principale. Le projet de règlement pourrait affecter ces mêmes droits dans une procédure d'insolvabilité secondaire (art. 2 *g*, 4 et 28), mais l'article 25 suffirait à préserver, par exemple, les superprivilèges, et, en tout état de cause, le projet de Convention ne devrait pas porter atteinte aux droits spéciaux concernant l'insolvabilité (voir par. 179 à 182).

*Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by*

210. Si la cession du droit de demander paiement d'un engagement indépendant est exclue du projet de Convention, et si la cession du produit de cet engagement est soumise à l'article 5, il n'y a pas de conflit avec la Convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by (voir par. 48 et 52).

*Avant-projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles*

211. Des conflits peuvent apparaître avec l'avant-projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, dont l'élaboration a été entreprise par un groupe d'experts (Organisation internationale de l'aviation civile (OACI), Unidroit et autres organisations). Cet avant-projet vise les matériels d'équipement mobiles de grande valeur, encore qu'il ne contienne aucune liste précise des types de matériels concernés et que l'article 2 fasse référence à un "bien qui relève d'une catégorie de biens". Un protocole doit toutefois être élaboré pour que le projet de Convention s'applique à un type particulier de matériel (art. 7). En ce qui concerne la cession de créances, cet avant-projet a pour caractéristique essentielle de traiter l'obligation principale, à savoir la créance née de la vente ou de la location-bail de matériels mobiles comme un droit accessoire de la sûreté sur ces matériels. En conséquence, un cessionnaire qui inscrit sa sûreté auprès du registre international prévu à cet effet dans l'avant-projet de Convention obtiendrait automatiquement l'obligation principale. Un cessionnaire de l'obligation principale n'ayant pas de sûreté sur le matériel mobile ne pourrait ni inscrire sa sûreté ni obtenir la priorité. En vertu de l'article 36, tous conflits avec l'avant-projet de Convention seraient résolus en faveur de l'application dudit avant-projet (question qui pourrait être davantage précisée dans ce texte). On parviendrait au même résultat même en l'absence de l'article 36, puisqu'en vertu des principes généraux du droit coutumier des traités le texte qui prévaut est celui qui est le plus spécifique (*lex specialis derogat legi generali*).

Article 37. *Application du chapitre V*

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre V.

*Références:*

A/CN.9/455, par. 72 et 148
A/CN.9/466, par. 196 et 197

***Commentaire***

212. Pour rendre le projet de Convention plus acceptable pour les États parties à des textes de droit international privé existants, tels que la Convention de Rome, l'article 37 les autorise à exclure le chapitre V. Une telle option est conforme à la décision du Groupe de travail selon laquelle le chapitre V devrait former une partie intégrante du projet de Convention. Contrairement à l'option d'exclusion, une option d'acceptation facultative pourrait avoir pour effet non voulu de décourager les États d'adopter le chapitre V.

Article 38. *Limitations concernant les personnes publiques*

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par les articles 11 et 12 si le débiteur ou toute personne qui constitue une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée est situé dans cet État au moment de la conclusion du contrat initial et est une collectivité publique, nationale ou locale, toute subdivision de ladite collectivité, ou toute autre personne publique. Si un État a fait une telle déclaration, les articles 11 et 12 n'ont pas d'incidences sur les droits et obligations de ce débiteur ou de cette personne.

*Références:*

A/CN.9/432, par. 117
A/CN.9/455, par. 48
A/CN.9/456, par. 115 et 116
A/CN.9/466, par. 107 à 115

***Commentaire***

213. L'article 38 vise à garantir que les débiteurs souverains ne seront pas affectés par les cessions effectuées en violation des limitations contractuelles aux cessions prévues dans les marchés publics ou des contrats analogues. Du fait de cet article, la cession de créances dues par un débiteur souverain situé dans un État qui a fait une déclaration au moment de la conclusion du contrat initial n'a pas effet à l'encontre de ce débiteur. Toutefois, elle a effet à l'encontre du cédant et des créanciers du cédant. Le Groupe de travail a décidé d'adopter cette approche de manière à éviter de réduire l'acceptabilité du projet de Convention pour les États qui peuvent ne pas être en mesure de protéger les débiteurs souverains par une limitation législative, tout en reconnaissant que la plupart prévoyaient une telle limitation, sur laquelle le projet de Convention n'aurait pas d'incidences. Il a été aussi largement estimé qu'une règle de fond donnant pleinement effet à une limitation contractuelle ou invalidant la cession à l'encontre du débiteur souverain augmenterait le coût du crédit pour ce type de débiteurs, qu'ils souhaitent ou qu'ils doivent être protégés de cette manière. En outre, le Groupe de travail a reconnu que si le débiteur souverain était protégé, il n'y avait aucune raison d'invalider la cession en général. En préservant la validité de la cession entre le cédant et le cessionnaire, on permettrait à ce dernier d'obtenir la priorité en satisfaisant aux exigences de la loi du lieu où était situé le cédant.

214. Contrairement à l'article 6 de la Convention d'Ottawa, qui autorise une réserve concernant tout débiteur, l'article 38 n'autorise une telle réserve que pour les débiteurs souverains. Le Groupe de travail, en effet, a estimé que les États qui envisageaient d'adopter le projet de Convention devraient mettre en balance l'inconvénient potentiel pour le débiteur d'avoir à payer une personne différente avec l'avantage d'un accès accru à un crédit moins onéreux pour les débiteurs et pour les cédants, ce qui pourrait stimuler l'ensemble de l'économie. L'article 38 vise à permettre à un État d'exclure l'application des articles 11 et 12 à toute entité d'une collectivité publique centrale ou locale ou à ses subdivisions. S'agissant des personnes publiques, l'article 38 laisse aux États une grande souplesse pour ce qui est de déterminer celles qu'ils souhaitent exclure de l'application des articles 11 et 12 (sans limiter l'application de l'article 38 aux entités commerciales appartenant à l'État ou aux personnes publiques agissant en leur qualité d'entité commerciale). Le Groupe de travail a reconnu que c'était à chaque État qu'il revenait de déterminer le type de personne publique qu'il souhaitait protéger. Une telle approche est particulièrement nécessaire dans les pays où les personnes publiques et leurs activités ne sont pas régies par des dispositions de droit public particulières mais relèvent des mêmes règles que les entités et activités "commerciales".

[Article 39. *Autres exclusions*

Un État peut déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention à certaines pratiques énumérées dans une déclaration. Dans ce cas, la Convention ne s'applique pas à de telles pratiques si le cédant est situé dans un tel État ou, pour ce qui est des dispositions de la présente Convention traitant des droits et obligations du débiteur, si le débiteur est situé dans un tel État.]

*Référence:*

A/CN.9/466, par. 198 à 201

***Commentaire***

215. Pour rendre le projet de Convention plus acceptable pour les États qui pourraient s'inquiéter de son application à certaines pratiques, l'article 39 donne aux États la possibilité d'exclure d'autres pratiques. Il a été mis entre crochets en attendant la détermination définitive du champ d'application exacte du projet de Convention. Après quoi, et en particulier lorsque l'article 5 sera finalisé, la Commission voudra peut-être déterminer si l'article 39 est nécessaire. S'il est maintenu, il faudrait inclure dans la

seconde phrase une référence à la loi qui régit la créance et au moment où, dans le contrat initial, le débiteur devrait être situé dans un État contractant ou le moment où la loi régissant la créance cédée devrait être la loi d'un État contractant (le paragraphe 2 de l'article premier; voir également le paragraphe 17). La seconde phrase de l'article 39 pourrait aussi être remplacée par un deuxième paragraphe libellé comme suit:

"2. Si un État fait une déclaration au titre du paragraphe 1 du présent article:

*a)* La Convention ne s'applique pas à ces pratiques si le cédant est situé dans cet État au moment de la conclusion du contrat de cession; et

*b)* Les dispositions de la Convention ayant des incidences sur les droits et les obligations du débiteur ne s'appliquent pas si, au moment de la conclusion du contrat initial, le débiteur est situé dans cet État, ou la loi régissant la créance est la loi de cet État."

### Article 40. *Application de l'annexe*

1. Un État contractant peut à tout moment déclarer

*Variante A*

qu'il sera lié soit par les sections I et/ou II, soit par la section III de l'annexe à la présente Convention.

*Variante B*

qu'il:

*a)* Sera lié par les règles de priorité fondées sur l'enregistrement énoncées à la section I de l'annexe et participera au système d'enregistrement international établi en application de la section II de l'annexe;

*b)* Sera lié par les règles de priorité fondées sur l'enregistrement énoncées à la section I de l'annexe et donnera effet à de telles règles en utilisant un système d'enregistrement qui permette d'atteindre les objectifs de ces règles [telles qu'énoncées dans les règlements promulgués conformément à la section II de l'annexe], auquel cas, aux fins de la section I de l'annexe, l'enregistrement conformément à un tel système aura le même effet que l'enregistrement conformément à la section II de l'annexe; ou

*c)* Sera lié par les règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession énoncées à la section III de l'annexe.

2. Aux fins de l'article 24, la loi d'un État contractant qui a fait une déclaration en application de l'alinéa *a* ou *b* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section I de l'annexe, et la loi d'un État contractant qui a fait une déclaration en application de l'alinéa *c* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section III de l'annexe. L'État contractant peut établir des règles en vertu desquelles les cessions effectuées avant que la déclaration ne prenne effet sont soumises, dans un délai raisonnable, à ces règles.

3. L'État contractant qui ne fait pas de déclaration en application du paragraphe 1 du présent article peut, conformément à ses règles nationales de priorité, utiliser le système d'enregistrement établi en application de la section II de l'annexe.

*Références:*

A/CN.9/455, par. 122 et 130 à 132
A/CN.9/466, par. 188 à 191, 202 et 203

#### *Commentaire*

216. L'article 40 énumère les différentes options proposées aux États en ce qui concerne l'annexe et décrit les effets découlant du choix par voie de déclaration de l'une de ces options (choix autorisé au paragraphe 4 de l'article premier; voir le paragraphe 23). Il comporte deux variantes. La variante A présente brièvement les options proposées aux États sans en indiquer les effets (le contenu et la formulation de cette variante, en particulier les mots "et/ou", n'ont pas été approuvés par le Groupe de travail). La variante B, plus développée que la variante A, expose les différentes options et leurs effets. Ainsi, quatre possibilités s'offriraient aux États en ce qui concerne l'annexe, à savoir: adopter les règles de priorité énoncées à la section I ainsi que le système d'enregistrement proposé à la section II (alinéa *a* du paragraphe 1); adopter les règles de priorité énoncées à la section I ainsi qu'un système d'enregistrement autre que celui proposé à la section II (alinéa *b* du paragraphe 1); adopter les règles de priorité énoncées à la section III (alinéa *c* du paragraphe 1); ou encore adopter le système d'enregistrement proposé à la section II et des règles de priorité autres que celles énoncées à la section I (par. 3). L'option du paragraphe 3 se différencie des options présentées au paragraphe 1 en ce qu'un État ne serait pas tenu de faire une déclaration s'il opte pour elle. En vertu du paragraphe 2, selon la section de l'annexe pour laquelle un État aura opté, la section I ou III de cette annexe sera la loi du lieu de situation du cédant, à condition que l'État ayant fait la déclaration soit celui où se trouvait le cédant au moment de la conclusion du contrat de cession (chose qu'il faudrait indiquer clairement à l'article 40). Comme les articles 35 à 39 et 41, l'article 40 devrait faire référence à un État (et non à un État contractant), car une déclaration peut être faite "à tout moment", y compris au moment de la signature mais avant la ratification, l'acceptation ou l'approbation.

### Article 41. *Effets des déclarations*

1. Les déclarations faites en vertu des articles 35-1 et 37 à 40 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 35-1 et 37 à 40 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'ex-

piration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

[5. Une déclaration ou son retrait n'a pas d'incidences sur les droits des parties découlant des cessions faites avant la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet.]

*Références:*

A/CN.9/445, par. 79 et 80
A/CN.9/455, par. 145 et 146
A/CN.9/466, par. 206

***Commentaire***

217. Les paragraphes 1 à 4 reflètent la pratique courante en matière de droit des traités. Aux termes des paragraphes 1 et 2, les déclarations faites lors de la signature doivent être confirmées au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation; en outre, les déclarations ainsi que la confirmation des déclarations doivent être faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire. En vertu du paragraphe 3, une déclaration prend effet au moment où la Convention entre en vigueur à l'égard de l'État déclarant. Si le dépositaire reçoit notification de la déclaration après l'entrée en vigueur de la Convention, cette déclaration prend effet le premier jour suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de réception de la notification formelle par le dépositaire. Aux termes du paragraphe 4, le retrait d'une déclaration prend effet le premier jour suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification formelle par le dépositaire.

218. Le paragraphe 5 traite d'un aspect lié à l'application transitoire du projet de Convention. Tout comme les règles d'application transitoire énoncées au paragraphe 3 de l'article 43 et au paragraphe 3 de l'article 44, il figure entre crochets, le Groupe de travail ayant décidé de laisser à la Commission le soin de régler cette question (voir A/CN.9/466, par. 206). Les aspects liés à l'application transitoire du projet de Convention sont d'autant plus complexes qu'une cession peut avoir une incidence sur les intérêts de personnes autres que les parties et qu'il faudra probablement tenir compte de différentes dates pour la protection des diverses parties. Le paragraphe 5 vise à garantir qu'une déclaration ou le retrait d'une déclaration par un État au titre des articles 35, 37, 38, 39 ou 40 n'a aucune incidence sur les droits acquis avant sa prise d'effet.

219. Le paragraphe 5 devrait aussi faire référence aux obligations et préciser les effets sur toutes les parties — cédants, cessionnaires et débiteurs. Comme l'article 39, le paragraphe 5 devrait également préciser les personnes dont les droits et obligations sont modifiés, en fonction de l'État qui fait ou retire la déclaration et de la date à laquelle ladite déclaration est faite ou retirée. Il ne devrait pas être permis qu'une déclaration ou le retrait d'une déclaration par l'État dans lequel est situé le cédant lors de la conclusion du contrat de cession aient une incidence sur les droits et obligations du débiteur. Une déclaration faite par l'État dans lequel est situé le débiteur ou dont la loi régit la créance (au moment de la conclusion du contrat initial; voir le paragraphe 2 de l'article premier et l'article 35, ainsi que les paragraphes 17 et 202) ne devrait pas avoir d'incidences sur la priorité entre des créanciers concurrents. Seule une déclaration ou son retrait par l'État ou les États où sont situés le cédant et le débiteur pourraient avoir une incidence sur les droits et obligations de toutes les parties (ce qui n'est possible en pratique que si le cédant et le débiteur se trouvent dans le même État ou lors de l'entrée en vigueur initiale du projet de Convention, à savoir lorsque ce dernier prendra effet au même moment à l'égard des cinq États contractants (paragraphe 3 de l'article 41 et paragraphe 1 de l'article 43). Il faudrait peut-être aussi que le paragraphe 5 aborde la question des cessions de créances nées après la prise d'effet d'une déclaration ou de son retrait, mais avant que le débiteur ait reçu notification de la cession. On pourrait semble-t-il permettre, dans ce cas, qu'une déclaration ou son retrait aient une incidence sur les droits et obligations du débiteur, ce qui ne décevrait pas les attentes légitimes de ce dernier quant à l'application du projet de Convention, car avant réception de la notification le débiteur ignore si le projet de Convention s'appliquera et, en conséquence, ne peut pas prévoir les effets précis que le projet aura sur ses droits et obligations.

### Article 42. *Réserves*

Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention.

*Référence:*

A/CN.9/455, par. 147 et 148

***Commentaire***

220. L'article 42, qui reflète la pratique courante en matière de droit des traités, vise à garantir qu'aucune réserve en dehors de celles qui sont expressément autorisées au paragraphe 1 de l'article 35 ainsi qu'aux articles 37 à 40 ne sera formulée.

### Article 43. *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.]

*Références:*

A/CN.9/455, par. 149 et 150
A/CN.9/466, par. 206

### *Commentaire*

221. Les paragraphes 1 et 2 reflètent la pratique courante en matière de droit des traités. En décidant qu'un délai de six mois et que cinq ratifications sont nécessaires pour l'entrée en vigueur du projet de Convention, le Groupe de travail a tenu compte du fait que le projet devrait entrer en vigueur aussi rapidement que possible, à condition d'avoir reçu l'appui d'un nombre suffisant d'États. Le paragraphe 3 vise à garantir que le projet de Convention n'aura aucune incidence sur les droits acquis avant son entrée en vigueur. Tout comme le paragraphe 5 de l'article 41 et le paragraphe 3 de l'article 44, il figure entre crochets, car le Groupe de travail a décidé de laisser à la Commission le soin de régler les questions relatives à l'application transitoire du projet de Convention (voir A/CN.9/466, par. 206).

## Article 44. *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.

[3. La présente Convention reste applicable aux cessions effectuées avant la date à laquelle la dénonciation prend effet.]

*Références:*

A/CN.9/455, par. 151 à 155
A/CN.9/466, par. 206

### *Commentaire*

222. L'article 44 a pour objet de permettre à un État contractant de dénoncer le projet de Convention. La seconde phrase du paragraphe 2 n'est peut-être pas nécessaire. Si un État souhaite que la dénonciation prenne effet plus tard, il peut différer l'envoi de la notification au dépositaire. Le fait d'autoriser les États à changer la date de prise d'effet d'une dénonciation risque d'engendrer des incertitudes quant à l'application du projet de Convention ou, du moins, d'accroître le coût des opérations dans la mesure où les parties devraient examiner les déclarations faites par les États afin de déterminer la date à laquelle prend effet la dénonciation. En outre, un tel principe serait en contradiction avec le paragraphe 3 de l'article 41, qui n'autorise pas les États à modifier la date à laquelle une déclaration prend effet. Afin d'assurer la certitude, le paragraphe 3 prévoit qu'une dénonciation n'a aucune incidence sur les droits acquis avant sa prise d'effet. Cette disposition est indispensable pour protéger les droits des tiers, qui pourraient avoir accordé des crédits en échange des créances futures en comptant sur l'application du projet de Convention. Sans une telle règle uniforme, les tiers seraient obligés de s'en remettre aux règles de fond relatives à l'évolution ultérieure de la loi prévues dans les différents systèmes juridiques, ce qui risquerait d'aboutir à des solutions contradictoires ou non satisfaisantes dans les cas envisagés et, partant, irait à l'encontre du but principal du projet de Convention qui est de faciliter l'accès à un crédit à coût réduit.

*Clauses finales supplémentaires*

223. La Commission souhaitera peut-être étudier la possibilité d'insérer, dans les clauses finales, la disposition ci-après, que le Groupe de travail n'a pas eu le temps d'examiner à sa trente et unième session (voir A/CN.9/466, par. 207 et 208):

"Article X. *Révision et amendements*

1. À la demande d'un tiers au moins des États contractants à la présente Convention, le dépositaire convoque une conférence des États contractants ayant pour objet de réviser ou d'amender la présente Convention.

2. Tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion déposé après l'entrée en vigueur d'un amendement à la présente Convention sera réputé s'appliquer à la Convention telle qu'elle aura été amendée."

## ANNEXE DU PROJET DE CONVENTION

*Références:*

A/CN.9/420, par. 155 à 164
A/CN.9/434, par. 239 à 258
A/CN.9/445, par. 18 à 44 et 83 à 93
A/CN.9/455, par. 18 à 32 et 120 à 123

### *Commentaire*

224. Étant donné que le Groupe de travail n'est pas parvenu à s'entendre sur une règle de droit matériel relative à la priorité, les articles 24 à 26 renvoient les questions de priorité à la loi nationale (la loi du lieu de situation du cédant). Il se peut toutefois que les règles nationales en la matière fassent défaut, soient obsolètes ou ne soient pas totalement adaptées pour résoudre tous les problèmes qui se posent. C'est pourquoi le Groupe de travail a décidé d'insérer, dans une annexe facultative au projet de Convention, deux règles de droit matériel relatives à la priorité, l'une fondée sur la date de la cession et l'autre sur l'enregistrement. Afin de déterminer s'ils doivent revoir leurs règles de priorité, les États souhaiteront peut-être comparer celles-ci avec les règles énoncées dans l'annexe.

225. Si les règles présentées en annexe sont destinées à servir de modèle pour la législation nationale, elles ne constituent pas pour autant une loi type complète (et s'appliquent uniquement aux créances). Les États devraient donc élaborer des dispositions complémentaires. Par exemple, s'ils optent pour un système fondé sur l'enregistrement, ils devront peut-être exclure certaines pratiques du régime de priorité fondé sur l'enregistrement pour les soumettre à un régime différent; ils devraient par ailleurs compléter les règles d'enregistrement par des règlements appropriés. De

manière générale, l'annexe ne peut s'appliquer qu'à un État ayant fait une déclaration au titre de l'article 40 (paragraphe 4 de l'article premier, voir le paragraphe 23). Les différentes options proposées aux États ainsi que leurs effets sont décrits à l'article 40 (voir par. 216).

## Section I. Règles de priorité fondées sur l'enregistrement

### Article premier. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

Entre des cessionnaires de la même créance du même cédant, la priorité est déterminée par l'ordre dans lequel les données concernant la cession sont enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, quel que soit le moment du transfert de la créance. Si aucune donnée n'est enregistrée, la priorité est déterminée en fonction du moment de la cession.

*Références:*

A/CN.9/445, par. 88 à 90
A/CN.9/466, par. 167 et 168

#### *Commentaire*

226. Le système d'enregistrement prévu à l'article premier suppose que certaines données concernant une cession soient librement consignées dans un registre public. L'objet de cet enregistrement n'est pas de créer ou d'attester des droits de propriété mais de protéger les tiers en les avisant des cessions qui ont été effectuées et de fournir une base pour le règlement des conflits de priorité entre des créances concurrentes ayant toutes également effet. En raison de sa fonction limitée et afin qu'il soit simple, rapide et peu coûteux, le système d'enregistrement envisagé à l'article premier exige l'inscription d'un très petit nombre de données (indiquées à l'article 4 de l'annexe) sur le registre public. Si aucune donnée n'a été enregistrée, le premier cessionnaire dans l'ordre chronologique obtient la priorité.

227. L'article premier (ainsi que les sections I et II) part du principe que le fait d'aviser les prêteurs potentiels des cessions et de déterminer la priorité sur les créances à l'aide d'un système d'enregistrement public permettra d'accroître la certitude quant aux droits de ces prêteurs et, partant, aura un effet bénéfique sur l'offre et le coût des crédits accordés sur la base de créances. Afin que les règles de priorité énoncées à la section I puissent s'insérer dans un système d'enregistrement national existant, on devra peut-être revoir l'article premier (qui fait référence à un système prévu à la section II, lequel devrait être mis en place conformément à l'article 3 de l'annexe).

### Article 2. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant*

[Sous réserve de l'article 25 de la présente Convention,] un cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si les créances ont été cédées et des données sur la cession ont été enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la saisie.

*Référence:*

A/CN.9/466, par. 169 et 170

#### *Commentaire*

228. L'article 2 énonce le principe selon lequel, si l'enregistrement a eu lieu avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité concernant les avoirs et activités du cédant ou avant la saisie des créances se trouvant entre les mains de ce dernier, le cessionnaire a la priorité et peut en conséquence être payé avant les créanciers chirographaires (toutefois, il n'est pas porté atteinte aux droits préférentiels spéciaux existant en vertu du droit sur l'insolvabilité; voir le paragraphe 182). De plus, afin de préserver tout superprivilège (par exemple, les créances de l'État au titre des impôts, des employés au titre des salaires ou de l'administrateur de l'insolvabilité au titre des coûts de la procédure), l'application de l'article 2 est subordonnée à l'article 25.

## Section II. Enregistrement

### Article 3. *Création d'un système d'enregistrement*

Un système d'enregistrement est créé pour l'enregistrement des données concernant les cessions au titre de la présente Convention et les règlements devant être promulgués par le conservateur du registre et l'autorité de supervision. Les règlements prescrivent dans le détail la manière dont le système d'enregistrement fonctionne, ainsi que la procédure de règlement des litiges relatifs à ce fonctionnement.

*Références:*

A/CN.9/445, par. 94 à 103
A/CN.9/466, par. 171 et 172

#### *Commentaire*

229. L'idée maîtresse de l'article 3 est que l'annexe devrait inclure quelques dispositions fondamentales relatives à l'enregistrement mais que le processus même d'enregistrement devrait être régi par des règlements que devront élaborer le conservateur du registre et l'autorité de supervision. Afin de ne pas donner l'impression que ces règlements devraient être plus détaillés qu'il ne le faut dans la pratique et de laisser au conservateur du registre et à l'autorité de supervision une latitude suffisante pour établir ceux-ci, on parle à l'article 3 de règlements qui prescrivent "dans le détail" (mais non "exactement") la manière dont fonctionne le système d'enregistrement.

230. Le conservateur du registre (qui sera probablement une entité privée) et l'autorité de supervision (qui devra être une organisation intergouvernementale) jouiraient de pouvoirs importants pour régler, outre les aspects liés au mécanisme d'enregistrement, des questions de fond, telles que la compétence des tribunaux sur les devoirs, responsabilités, privilèges et immunités du conservateur du regis-

tre. Par conséquent, la Commission souhaitera peut-être examiner les modalités de nomination de l'autorité de supervision et du conservateur du registre. Du fait que le conservateur du registre et l'autorité de supervision se verraient conférer des pouvoirs étendus en ce qui concerne l'application du projet de Convention, il semblerait qu'une procédure similaire à celle de la révision, qui passe par la convocation d'une conférence des États contractants, serait appropriée (voir A/CN.9/466 par. 165 et 166). Une autre solution possible serait que la Commission, si elle le souhaite, désigne dans l'annexe une organisation internationale intergouvernementale en qualité d'autorité de supervision et, éventuellement, le conservateur initial; et qu'elle traite, dans cette même annexe, certaines questions fondamentales, telles que la compétence des tribunaux, les devoirs, responsabilités, privilèges et immunités du conservateur du registre ou encore les coûts de mise en place et de fonctionnement du système (approche adoptée dans l'avant-projet de Convention de l'OACI/Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et dans l'avant-projet de Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques; voir les articles XVI et XIX de l'avant-projet de Protocole ainsi que les articles 26, 26 *bis* et 40 de l'avant-projet de Convention).

### Article 4. *Enregistrement*

1. Toute personne autorisée par les règlements peut enregistrer dans le registre des données se rapportant à une cession conformément à la présente Convention et aux règlements d'enregistrement. Les données enregistrées identifient le cédant et le cessionnaire conformément aux règlements et donnent une description succincte des créances cédées.

2. Le même enregistrement peut porter sur:

*a)* La cession par le cédant au cessionnaire de plus d'une créance;

*b)* Une cession non encore effectuée;

*c)* La cession de créances n'existant pas au moment de l'enregistrement.

3. L'enregistrement, ou sa modification, produit ses effets à compter du moment où les données visées au paragraphe 1 sont accessibles aux utilisateurs. La partie qui enregistre peut spécifier, parmi les options proposées dans les règlements, la période d'effet de l'enregistrement. En l'absence d'une telle spécification, l'enregistrement produit ses effets sur une période de cinq ans. Les règlements précisent de quelle manière l'enregistrement peut être reconduit, modifié ou supprimé et, dans la mesure où il n'en résulte pas d'incompatibilité avec la présente annexe, tous autres aspects nécessaires au fonctionnement du système d'enregistrement.

4. Toute anomalie, irrégularité, omission ou erreur dans l'identification du cédant qui empêcherait une recherche faite à partir de l'identification du cédant d'aboutir aux données enregistrées invalide l'enregistrement.

*Références:*

A/CN.9/445, par. 104 à 117
A/CN.9/466, par. 173 à 178

#### *Commentaire*

231. L'article 4 a pour objet de définir les paramètres fondamentaux d'un système d'enregistrement efficace. Ces paramètres sont les suivants: caractère public du registre, type de données devant être enregistrées, manières de satisfaire aux exigences des pratiques financières modernes en matière d'enregistrement et période d'effet de l'enregistrement. Le registre envisagé est un registre public. Toutefois, afin d'éviter tout abus, on devra peut-être introduire quelques restrictions quant aux personnes autorisées à enregistrer des données (par exemple, seules les personnes ayant un intérêt légitime ou ayant été autorisées par le cédant) et donner au cédant le droit d'exiger la suppression des données enregistrées. Aux termes du paragraphe 1, ces questions sont régies par les règlements. Ces derniers pourraient également traiter des enregistrements abusifs et frauduleux. Toutefois, cette question ne devrait normalement pas poser de problème, car l'enregistrement prévu à l'article 4 ne crée pas de droits fondamentaux. En tout état de cause, en cas de pertes dues à un enregistrement non autorisé ou frauduleux, on pourrait s'en remettre aux règles générales relatives à la responsabilité extracontractuelle ou à la fraude, voire aux règles de droit pénal. En vertu du paragraphe 1, les données à enregistrer identifient le cédant et le cessionnaire et donnent une description succincte des créances cédées. Le type d'identification requis doit être déterminé par les règlements. L'identification est toutefois censée se faire à l'aide d'un numéro. L'expression "description succincte" signifie une description générique du type "toutes mes créances procédant de mon entreprise automobile" ou "toutes mes créances procédant des pays A, B et C". Le paragraphe 2 constitue une disposition essentielle du fait qu'il a pour objet d'assurer le bon fonctionnement du système d'enregistrement et de répondre aux exigences d'opérations importantes. En vertu des alinéas *a* et *c*, une seule notification pourrait porter sur un grand nombre de créances, actuelles ou futures, découlant d'un ou de plusieurs contrats, ainsi que sur un ensemble variable de créances et un montant fluctuant de crédits garantis (crédit renouvelable). Si tel n'était pas le cas, l'enregistrement serait coûteux, lent et inefficace. Tout abus pouvant porter préjudice au cédant sans toutefois créer de droits fondamentaux relève d'une autre législation.

232. En vertu du paragraphe 3, l'enregistrement produit ses effets lorsque les utilisateurs accèdent aux données enregistrées. En conséquence, si le cédant devient insolvable après l'enregistrement mais avant que les données ne soient accessibles aux utilisateurs, la partie qui enregistre assume le risque que surviennent des événements pouvant porter atteinte à ses intérêts. À l'exception des cas de restructuration de crédits posant problème, dans lesquels il est essentiel de débloquer rapidement des fonds, la partie qui enregistre peut se protéger en ne versant les fonds que lorsque les données enregistrées deviennent accessibles. Ce risque serait sensiblement réduit s'il ne s'écoulait aucun laps de temps entre le moment où les données sont enregistrées et celui où elles deviennent accessibles aux utilisateurs, ce qui est possible dans les systèmes d'enregistrement électroniques. Le paragraphe 3 autorise les parties qui enregistrent à choisir la période d'effet de l'enre-

gistrement parmi différentes options proposées dans les règlements. À défaut de choix, cette période est de cinq ans. Les règlements régissent les aspects liés à la reconduction, à la modification et à la suppression des enregistrements ainsi que tout autre aspect nécessaire au fonctionnement du système d'enregistrement. Afin de préserver les enregistrements comportant des erreurs minimes, le paragraphe 4 prévoit que seule une anomalie, une irrégularité ou une omission dans l'identification du cédant qui empêcherait les utilisateurs de trouver les données enregistrées invalide un enregistrement. Le raisonnement est le suivant: si l'erreur est commise par la partie qui enregistre, cette dernière devrait en subir les conséquences; si l'erreur est faite par le conservateur du registre, ce dernier devrait être tenu pour responsable (question devant être traitée dans les règlements). L'emploi des mots "qui empêcherait" vise à garantir que l'enregistrement n'est pas valide en cas d'erreur essentielle dans l'identification du cédant, même si nul n'est véritablement induit en erreur. Les erreurs ou omissions mineures dans l'identification du cédant ou toute erreur ou omission dans l'identification du cessionnaire ou dans la description des créances cédées n'invalident pas l'enregistrement.

Article 5. *Recherches dans le registre*

1. Toute personne peut faire des recherches dans les fichiers du registre à partir de l'identification du cédant, conformément aux règlements, et obtenir le résultat de ces recherches par écrit.

2. Le résultat d'une recherche par écrit qui est censé émaner du registre est recevable à titre de preuve et, en l'absence de preuve contraire, atteste les données sur lesquelles porte la recherche, notamment:

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

*b)* Le rang de l'enregistrement.

*Références:*

A/CN.9/445, par. 118 et 119
A/CN.9/466, par. 179 et 180

***Commentaire***

233. L'article 5 consacre le principe selon lequel le registre est accessible au public pour des recherches, ce qui n'est pas le cas pour un enregistrement. Seul un registre accessible au public pourrait garantir la transparence nécessaire pour offrir plus de certitude quant aux droits des tiers. Un tel accès au registre ne compromet pas la confidentialité indispensable aux opérations de financement, car très peu de données figureraient dans le registre. L'article 5 dispose également que le résultat d'une recherche est admissible et a force probante devant un quelconque tribunal, et atteste en particulier les données nécessaires pour établir la priorité, à savoir la date et l'heure de l'enregistrement ainsi que le rang de l'enregistrement.

## Section III. Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession

Article 6. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

Entre des cessionnaires de la même créance du même cédant, le droit sur cette créance est acquis par le cessionnaire qui bénéficie du contrat de cession le plus ancien.

*Références:*

A/CN.9/445, par. 83 à 87
A/CN.9/466, par. 181 à 185

***Commentaire***

234. En vertu de l'article 6, le premier cessionnaire dans l'ordre chronologique acquiert la créance cédée. Un cessionnaire subséquent n'obtient rien, étant donné que le cédant n'a rien de plus à transférer (*nemo dat quod non habet*). S'il ne peut y avoir plus d'une cession valable des mêmes créances par le même cédant, aucun conflit de priorité ne risque de surgir entre plusieurs cessionnaires de ces créances. Par ailleurs, l'article 6 ne règle peut-être pas les conflits de priorité entre plusieurs cessionnaires, si le cédant cède différentes fractions des mêmes créances à différents cessionnaires, car, à supposer que la législation nationale autorise ce type de cession, différentes "créances" seraient en cause. En outre, l'article 6 ne résoudrait pas un conflit de priorité entre plusieurs cessionnaires, si le cédant cède les mêmes créances à différents cessionnaires afin de garantir des crédits de différents montants ne dépassant pas la valeur des créances. Si tel est le sens que l'on veut donner à l'article 6, le titre de ce dernier et celui de la section III, qui font référence à la "priorité", devraient être modifiés. Si, en vertu de l'article 6, plus d'une cession des mêmes créances peut être valable, il faudrait alors reformuler cet article comme suit: "Entre des cessionnaires de la même créance du même cédant, la priorité est déterminée en fonction de la date de la cession." Dans ses délibérations, la Commission souhaitera peut-être examiner le régime de priorité prévu dans le projet d'article 12.401 des Principes du droit européen des contrats. En vertu de ce projet d'article, la priorité doit être déterminée en fonction de la date de la notification au débiteur et, en l'absence de notification, en fonction de la date de la cession. Dans les deux cas, il faut se conformer aux dispositions de la loi applicable à l'insolvabilité.

Article 7. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant*

[Sous réserve de l'article 25 de la présente Convention,] un cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers du cédant, y compris les créanciers saisissant les créances cédées, si les créances ont été cédées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la saisie.

*Références:*

A/CN.9/445, par. 83 à 87
A/CN.9/466, par. 186 et 187

*Commentaire*

235. Contrairement à l'article 6 de l'annexe, l'article 7 fait référence à la priorité. Toutefois, si une créance est effectivement transférée avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou une saisie, du moins dans le cas d'une cession pure et simple, il n'y a pas de question de priorité (la créance ne fait pas partie de la masse des biens de l'insolvabilité). Une telle question peut se poser dans le cas d'une cession à titre de garantie, dans laquelle le cessionnaire chercherait à être payé en premier sur le produit de la créance. Selon l'interprétation correcte donnée à l'article 7, la Commission souhaitera peut-être modifier ce dernier. Comme à l'article 2 de l'annexe, la priorité ne doit pas avoir d'incidence sur les droits spéciaux en matière d'insolvabilité (voir par. 182) et les mots employés au début de l'article visent à préserver les superprivilèges prévus dans la loi de l'État du for (voir par. 181).

## F. Projet de Convention sur la cession de créances [à des fins de financement][dans le commerce international]: compilation des commentaires de gouvernements et d'organisations internationales

## (A/CN.9/472 et Add.1 à 4) [Original: anglais]

### TABLE DES MATIÈRES


| | *Pages* |
|---|---|
| INTRODUCTION | 370 |
| COMPILATION DES COMMENTAIRES | 371 |
| Allemagne | 371 |
| Danemark | 373 |
| France | 374 |
| Lituanie | 376 |
| Pérou | 377 |
| République de Corée | 378 |
| République tchèque | 379 |


### INTRODUCTION

1. À sa trente et unième session, tenue à Vienne du 11 au 22 octobre 1999, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a adopté le projet de Convention sur la cession de créances [à des fins de financement] [dans le commerce international] et prié le secrétariat de transmettre ce projet à tous les États et aux organisations internationales intéressées pour commentaires. Afin d'aider les délégations à finaliser le projet de Convention à la trente-troisième session de la Commission, qui se tiendra à New York du 12 juin au 7 juillet 2000, le Groupe de travail a également prié le secrétariat d'établir une compilation analytique de ces commentaires (A/CN.9/466, par. 215).

2. La présente note reproduit, avec des modifications de forme minimes, les premiers commentaires reçus des gouvernements. Tous autres commentaires reçus ultérieurement seront inclus dans un additif à la présente note.

# COMPILATION DES COMMENTAIRES

## Allemagne

*[Original: allemand, anglais]*

### *I. Commentaires généraux*

Le Gouvernement allemand approuve les objectifs que tente d'atteindre le projet de Convention de la CNUDCI sur le financement par cession de créances. Les divergences entre les réglementations nationales sur les exigences concernant l'efficacité des cessions, sur le statut du cédant, du cessionnaire et du débiteur ainsi que sur les possibilités de cession globale et de cession de créances futures limitent l'utilisation internationale de créances à des fins de financement. Il semble nécessaire d'éliminer les incertitudes juridiques sans perturber les pratiques financières existantes.

Le Gouvernement allemand se félicite des progrès faits à ce jour sur le projet de la CNUDCI mais note que certains problèmes fondamentaux ne sont toujours pas résolus.

### *II. Commentaires portant sur des points particuliers*

*Champ d'application/créances autres que les créances commerciales*

Le Groupe de travail avait à l'origine recommandé un champ d'application relativement large. La délégation allemande avait appuyé cette approche. Lors de l'examen de certaines dispositions, toutefois, il est devenu clair qu'en raison de la nature particulière de certaines créances un champ d'application illimité ne conviendrait pas. C'est le cas en particulier pour les créances nées d'instruments financiers à terme, de prêts garantis par nantissement, de conventions de rachat et de créances passant par des systèmes de compensation.

Dans la pratique, les instruments financiers à terme, les prêts garantis par nantissement et les conventions de rachat s'intègrent dans des conventions-cadres. Ces conventions ont pour objet, en cas de manquement ou d'insolvabilité de l'une des parties, de permettre une résiliation ou un règlement global (ce que l'on appelle le "netting")[1]. La convention-cadre limite en particulier tout droit que peut avoir l'administrateur de l'insolvabilité de prendre des décisions sélectives. Ainsi, il ne peut plus exécuter des opérations de valeur individuelles (par rapport à la masse des biens du débiteur insolvable) tout en en annulant d'autres (ce que l'on appelle le picorage ou "cherry-picking"). Pour atteindre l'objectif des conventions-cadres (à savoir la réduction des risques et l'exclusion du picorage) ou plutôt, pour éviter qu'elles ne soient contournées, les conventions normalement utilisées en Allemagne et internationalement prévoient qu'une partie qui souhaite céder des créances découlant d'opérations individuelles incluses dans la convention-cadre doit obtenir au préalable le consentement (écrit) de la contrepartie[2].

On trouve également un mécanisme de résiliation et de règlement global, tel que décrit ci-dessus, dans les systèmes de compensation qui prévoient la compensation multilatérale des paiements effectués par ce biais. L'objectif est le même que pour les instruments financiers à terme, les prêts garantis par nantissement et les conventions de rachat selon lesquels, pour ce qui est de la réduction des risques, le risque de règlement est, avec le risque d'insolvabilité, le critère le plus important. En outre, toutes les conventions de compensation multilatérale prévoient une limitation de la cessibilité.

Le Gouvernement allemand estime que le projet de Convention de la CNUDCI ne devrait pas entraver les pratiques établies et qu'il faudrait donc prévoir une règle spéciale pour les opérations visées, soit en limitant en conséquence le champ d'application du projet de Convention (solution de l'exclusion), soit en prévoyant d'exclure la relation entre le débiteur et le cédant du champ d'application de certaines dispositions (solution du traitement particulier).

Étant donné que le Groupe de travail a recommandé de prévoir un champ d'application aussi large que possible, il semble qu'il soit impossible de parvenir à un accord sur la solution de l'exclusion. Pour ce qui est de la solution du traitement particulier, qui serait de toute manière nécessaire, il faudrait créer un concept à la fois transparent et facile à appliquer dans la pratique. Dans cette perspective, il semblerait approprié d'adopter la solution consistant à exclure les créances susmentionnées du champ des articles 11 et 12 du projet de Convention, lorsque existent des clauses d'incessibilité entre les parties.

En tout état de cause, l'acceptation d'une telle solution dépendra de la possibilité d'identifier clairement les créances devant faire l'objet du traitement particulier. De ce fait, l'emploi du terme "créance commerciale" semble problématique, dans la mesure, en particulier, où il est fait référence aux "services financiers", puisqu'il n'existe

[1]Le "netting" fonctionne comme suit: les opérations individuelles effectuées dans le cadre d'une convention-cadre constituent, avec cette convention, une obligation unique. On peut uniquement annuler l'ensemble des opérations, et dans certains cas seulement (par exemple, défaut de paiement, insolvabilité, diminution de la solvabilité due à une réorganisation). Il n'est pas possible d'annuler des opérations individuelles. En cas de résiliation de la convention-cadre, toutes les opérations qu'elle englobe sont annulées. Les créances réciproques découlant d'un tel système (par exemple, pour le paiement d'argent ou la fourniture de sûretés) sont remplacées par une créance de péréquation unique. Le montant de cette créance est calculé sur la base de la valeur du marché de chacune des opérations. Dans la mesure où les valeurs du marché positives et négatives sont mises en balance, elles s'annulent mutuellement.

[2]Voir par exemple la section 7 de la convention-cadre de l'International Swaps and Derivatives Association de 1992 ainsi que le n° 10 de la convention générale allemande concernant les instruments financiers à terme. Cette obligation de consentement est appelée ci-après "incessibilité".

aucune interprétation uniforme de ce terme dans les différents systèmes juridiques. Compte tenu de cette situation, il faudrait définir les créances nées d'instruments financiers à terme, de prêts garantis par nantissement et de plans de vente et de rachat ainsi que les créances passant par des systèmes de compensation en tenant dûment compte de la pratique internationale (par exemple, les définitions des conventions-cadres types couramment utilisées internationalement).

*"Située" (article 6* i*)*

Le terme "située" revêt une importance fondamentale pour le projet de Convention, non seulement en ce qui concerne le champ d'application mais également certaines dispositions relatives à la protection du débiteur et certaines règles de droit international privé. À ce jour, le Groupe de travail n'a pu parvenir à un accord sur la définition de ce terme.

Le Gouvernement allemand pense que la définition doit être sans ambiguïté, claire, toujours identifiable et tenir compte de la situation juridique effective. L'alinéa *i* de l'article 6 suscite des doutes dans la mesure où il ne fait aucune distinction entre le siège et une succursale. Ce n'est qu'en établissant une telle distinction qu'il sera possible de tenir compte de la pratique commerciale européenne et internationale, selon laquelle les banques, en particulier, opèrent souvent dans des pays étrangers, non pas par l'intermédiaire de filiales mais de succursales dépendantes de la société mère.

Si les dispositions relatives au champ d'application et aux règles pertinentes de conflit de lois font uniquement référence au siège, on en arrive, résultat inacceptable, à ce que les opérations effectuées par l'intermédiaire de succursales étrangères soient soumises au régime juridique du siège, bien que ce dernier n'ait aucun lien avec la cession particulière visée.

À sa trente et unième session, le Groupe de travail a, pour la raison susmentionnée, proposé de faire référence au lieu où est située la succursale dans les livres de laquelle une créance est inscrite immédiatement avant une cession. Cette proposition suscite de nombreuses objections. Au moment où a lieu une cession, il est souvent impossible de déterminer le lieu où la créance est enregistrée. En outre, à l'âge de l'informatique, le lieu d'inscription d'une créance dans les livres ne peut souvent être déterminé qu'avec difficulté, et, en cas de tenue internationale des registres, les inscriptions peuvent se rapporter aux créances de succursales situées dans différents pays.

*Autres questions de droit international privé (chapitre V)*

Les dispositions de droit international privé devraient être placées à la fin du chapitre V, si possible, et non pas à divers endroits du projet de Convention. Partant, l'article 26 et les crochets autour de l'article 30 devraient être supprimés. La Commission pourrait avoir à déterminer si la disposition spéciale relative à l'ordre public, à l'article 30-2, pourrait être supprimée, puisque l'article 32 contient une disposition générale en la matière. L'article 31-2 va à l'encontre de la sécurité juridique, car le terme "lien étroit" est vague et peut donner lieu à controverse. On peut se demander, au demeurant, si cette disposition ne pourrait, elle aussi, être supprimée.

*Conflits avec d'autres accords internationaux (article 36)*

S'agissant des questions traitées à l'article 36, il convient de noter que les États Membres de l'Union européenne doivent tenir compte du fait qu'ils sont, en vertu du droit international, déjà liés par l'article 12 de la Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. En outre, il ne faut pas oublier que les instruments juridiques de l'Union européenne (règlements et directives) ayant un rang de priorité plus élevé dans le cadre du droit international privé (sur la base des articles 61 et suivants du Traité sur l'Union européenne — version d'Amsterdam) ne seront pas affectés par le projet de Convention. Compte tenu de ce qui précède et de la complexité de l'article 36, il pourrait être nécessaire d'en supprimer la seconde partie.

Par ailleurs, l'article 36 semble avoir des conséquences incertaines pour les États Parties à la Convention d'Ottawa sur l'affacturage international. Selon la règle de la spécialité et malgré son champ d'application étroit, la Convention d'Ottawa pourrait prévaloir sur le projet de Convention de la CNUDCI. Partant, les États Parties à la Convention d'Ottawa pourraient faire une réserve sur la règle validant les cessions faites en violation de limitations contractuelles (article 18 de la Convention d'Ottawa). En ce qui concerne les contrats d'affacturage n'entrant pas dans le champ d'application de la Convention d'Ottawa mais dans celui du projet de Convention de la CNUDCI, seul ce dernier serait applicable. La non-applicabilité de la Convention d'Ottawa peut être attribuée à la nature particulière du contrat, mais également à la sphère géographique d'application de cette convention qui est différente de celle du projet de Convention de la CNUDCI. Même si les objectifs de ces deux conventions ne divergent pas, les dispositions du projet de Convention de la CNUDCI sont plus générales et contiennent davantage d'éléments de droit matériel. De plus, les conditions requises pour faire valoir des créances sont déterminées différemment et les deux conventions énoncent des règles différentes concernant l'incessibilité.

Des problèmes analogues surgiront avec le projet de Convention Unidroit/OACI sur les garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et le Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques. Un groupe d'experts, convoqué dans le cadre de ce projet, se réunira au début de mars 2000. Le Gouvernement allemand compte qu'il présentera une solution acceptable pour les deux projets.

## Danemark

*[Original: anglais]*

### *I. Commentaires généraux*

De manière générale, le Danemark apprécie et accueille avec satisfaction l'élaboration par la CNUDCI d'un projet de Convention sur la cession de créances [à des fins de financement] [dans le commerce international] ("le projet de Convention"). Il estime en outre que, si cet instrument est adopté par un nombre suffisant d'États, il pourrait améliorer les possibilités d'obtention de crédits par la cession de créances.

### *II. Commentaires portant sur des points particuliers*

Le Danemark souhaite formuler des Commentaires sur les articles 1-3, 6 *i*, 24, 25-2, 26 et 36.

*Champ d'application du chapitre V (article 1-3)*

Pour indiquer l'importance des règles de droit international privé, en ce qui concerne en particulier les questions de priorité, il faudrait faire du chapitre V une partie intégrante du projet de Convention sans possibilité d'exclusion (voir les documents A/CN.9/WG.II/WP.104, p. 37 et 38 et A/CN.9/466, par. 148).

*"Située" (article 6* i*)*

À des fins de sécurité et de transparence, l'établissement avec lequel le contrat a le lien le plus étroit devrait être considéré comme le facteur de rattachement dans la définition du terme "située" à l'alinéa *i* de l'article 6 (voir A/CN.9/466, par. 96, variante A et par. 25 à 30). Un tel établissement est visible pour les tiers, alors que le lieu de "l'administration centrale" ou le "centre des intérêts principaux" n'est pas toujours évident et prévisible pour ces mêmes tiers, qui doivent savoir quelle loi s'appliquera à une cession future. Par ailleurs, quel que soit le facteur de rattachement retenu, il doit être clairement expliqué dans le commentaire sur le projet de Convention, de façon à en faciliter la compréhension.

*Changement du lieu de situation du cédant et de la loi applicable à la priorité (article 24)*

S'il est peu probable que le cédant change souvent de lieu de situation, nous proposons néanmoins que la Commission détermine si une disposition traitant ce point est nécessaire (analogue, par exemple, à la règle de l'article 9 du Code de commerce uniforme des États-Unis).

*Superprivilèges (article 25-2)*

Le paragraphe 2 de l'article 25 du projet de Convention porte sur les créances qui, en vertu du droit de l'insolvabilité interne d'un État, sont assorties de superprivilèges (c'est-à-dire ont priorité sur celles d'un cessionnaire). En vertu de l'article 24, les questions de priorité doivent être réglées par la loi de l'État du cédant. Partant, le cessionnaire ne peut se fonder que sur la loi du lieu où est situé le cédant et doit calculer le risque qu'il prend, y compris celui de l'existence de superprivilèges.

Toutefois, le paragraphe 2 de l'article 25, qui constitue une dérogation à l'article 24, préserve les superprivilèges prévus par une loi sur l'insolvabilité autre que la loi du lieu de situation du cédant (dans la pratique, la loi du lieu de situation du débiteur). En conséquence, pour évaluer le risque de l'existence de superprivilèges, le cessionnaire doit examiner la loi du lieu de situation à la fois du cédant et du débiteur, ce qui peut entraîner une augmentation du coût de la transaction.

Il serait inapproprié de supprimer le paragraphe 2 de l'article 25, car on risquerait, ce faisant, d'entraîner un conflit entre le projet de Convention et le projet de règlement de l'Union européenne relatif aux procédures d'insolvabilité (art. 2 *g*, 4 et 28). Toutefois, la Commission voudra peut-être envisager de limiter le champ d'application de ce paragraphe aux cas où la procédure d'insolvabilité à l'égard du cédant est ouverte dans un État dans lequel ce dernier a un établissement. On pourrait ainsi réduire le risque qu'encourt le cessionnaire sans créer de conflit avec le projet de règlement sur l'insolvabilité, et cela devrait être suffisant pour protéger les intérêts des créanciers locaux.

En outre, que l'on prévoie ou non de limiter le champ d'application du paragraphe 2 comme proposé, la Commission voudra peut-être envisager de rendre obligatoire la déclaration de tout superprivilège pouvant être invoqué dans une procédure d'insolvabilité secondaire. Le cessionnaire pourrait ainsi, tout au moins, déterminer plus facilement qu'une loi autre que celle du cédant s'applique. Si les États s'accordent sur le fait qu'une diminution du coût des transaction améliorerait l'accès au crédit, l'obligation de déclarer des superprivilèges ne devrait pas rendre le projet de Convention inacceptable.

*Signification du produit (article 26)*

Pour limiter les conflits éventuels avec la législation nationale sur les crédits garantis par des actifs autres que des créances et pour éviter de traiter les questions complexes de la reconstitution des sûretés réelles, la Commission voudra peut-être envisager de limiter le champ d'application de l'article 26 aux produits en espèces (par exemple, argent, chèques, comptes de dépôt). Elle pourrait le faire en définissant le terme "produit" à l'alinéa *k* de l'article 6 comme un produit en espèces uniquement. Dans ce cas, la dernière phrase de cet alinéa, qui mentionne les marchandises restituées, ne serait plus nécessaire et pourrait être supprimée.

*Conflits avec d'autres textes internationaux (article 36)*

Selon l'article 36, le projet de Convention ne prévaut pas sur d'autres accords internationaux traitant de questions régies par ce projet. Si le but recherché est l'uniformité afin de garantir une prévisibilité maximale, la démar-

che adoptée à l'article 36 pourrait ne pas être appropriée. Par exemple, on ne pourrait savoir exactement dans quelle mesure l'article 12 de la Convention de Rome traite les matières régies par le projet de Convention, et, s'il le fait, quel texte prévaudrait (la Convention de Rome contient une disposition analogue). Dans un commentaire sur le projet de Convention, il est déclaré que les conflits entre la Convention de Rome et le projet de Convention sont minimes et que, selon l'avis qui prévaut, la Convention de Rome ne traite pas des questions de priorité (A/CN.9/466, par. 193). Toutefois, il convient de noter qu'il existe en Europe une jurisprudence nationale qui semble partir du principe que la Convention de Rome traite en fait de la loi applicable aux questions de priorité. On peut certes arguer que le projet de Convention prévaut, puisqu'il s'agit d'un texte de droit matériel (A/CN.9/466, par. 194), mais cet argument n'est peut-être pas entièrement correct dans la mesure où, en ce qui concerne les questions de priorité, le texte (chap. IV, sect. III, et chap. V, art. 30) est en fait, dans une large mesure, un texte de droit international privé.

En conséquence, pour réduire au minimum les incertitudes juridiques découlant d'accords internationaux contradictoires, il pourrait être approprié de prévoir que le projet de Convention prévaudra sur d'autres textes, à l'exception de ceux qui sont énumérés dans une déclaration (A/CN.9/466, par. 192) et, éventuellement, des textes traitant des droits sur les créances nées de la vente ou de la location d'aéronefs (A/CN.9/466, par. 83). Une autre solution pourrait être de prévoir que le projet de Convention ne prévaudra pas sur d'autres textes, à l'exception des textes énumérés dans une déclaration. Si l'article 36 n'est pas modifié, le commentaire sur le projet de Convention devrait donner des explications sur les conflits avec les accords internationaux existants.

## France

*[Original: français]*

*Titre du projet de Convention*

La France propose le titre "Convention sur la cession de créances dans le commerce international', qui est, selon elle, davantage en harmonie avec le contenu très large du texte.

*Créances non contractuelles (article 2* a*)*

À l'alinéa *a* de l'article 2, il est fait référence au "droit contractuel du cédant au paiement d'une somme d'argent", ce qui a pour effet d'exclure du champ d'application de la Convention les créances extracontractuelles. La France souhaite que les créances non contractuelles puissent être comprises dans ledit champ, à tout le moins par l'aménagement d'un système optionnel.

*Limitations concernant les créances autres que les créances commerciales (article 5)*

Le projet de Convention prévoit de donner effet à une cession de créances même dans l'hypothèse où la convention conclue entre le cédant et le débiteur contient une clause d'incessibilité (art. 11). Une telle disposition est incompatible avec les mécanismes de compensation globale des créances et dettes réciproques sur lesquels reposent toutes les conventions-cadres organisant les opérations conclues sur les marchés financiers[3].

[3]C'est le cas, par exemple, des conventions-cadres "Global Master Repurchase Agreement" des associations Public Securities Association et International Securities Market Association, "Master Agreement" de l'International Swaps and Derivatives Association, "European Master Agreement" de la Fédération bancaire européenne, "Convention-cadre de l'Association française des banques relative aux opérations de pension-livrée", "Convention-cadre de l'AFB relative aux opérations de marchés à terme", "Rahmenvertrag für echte Pensionsgeschäfte" et "Rahmenvertrag für echte Finanztermingeschäfte" de l'Association bancaire allemande.

Le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a écarté l'idée d'exclure les créances financières, définies comme les créances autres que commerciales, du champ d'application du projet de Convention au motif qu'une telle exclusion aurait par trop réduit ce dernier. Une exclusion aussi large ne s'impose au demeurant pas, puisque seules posent problème les créances qui sont incluses dans un mécanisme de compensation et non toutes les créances financières en général.

Dès lors qu'il semble admis que les créances financières resteront couvertes par le projet de Convention, il convient pour le moins de trouver une solution pour que les clauses d'incessibilité essentielles au bon fonctionnement des conventions-cadres de compensation conservent leur efficacité. En effet, l'usage de telles conventions est encouragé par les banques centrales et les autorités de surveillance bancaire en raison de leur impact positif sur la gestion des risques bancaires.

Dans le document A/CN.9/466, deux solutions sont proposées pour l'article 5, "Limitations concernant les créances autres que les créances commerciales": l'une proposée par la délégation des États-Unis d'Amérique (la variante A) et l'autre proposée par la délégation du Canada (la variante B). La variante A vise à donner effet à la cession entre le cédant et le cessionnaire mais à ne pas lui donner effet dans les relations entre le cédant et le débiteur, sauf si ce dernier consent à la cession. La variante B vise à interdire la cession lorsque le débiteur et le cédant ont stipulé une clause d'incessibilité.

Dans son principe, la variante B est plus simple que la variante A; elle évite notamment les complications qui résulteraient de la distinction entre effet entre les parties et effet à l'égard des tiers sur laquelle repose la variante A. Au demeurant, l'une et l'autre variantes prévoient de s'appliquer aux cessions de "créances autres que des créances

commerciales" et renvoient à la définition de ces dernières qui est donnée dans l'article 6-1.

L'article 6-1 (qui est encore entre crochets dans le rapport du Groupe de travail) définit le terme "créance commerciale" comme toute créance née "d'un contrat initial de vente ou de location de marchandises ou de fourniture de services autres que de services financiers". Or, comme expliqué plus haut, ce ne sont pas toutes les créances nées de contrats de services financiers qui justifient un traitement dérogatoire dans la Convention, mais uniquement celles de ces créances qui sont régies par une convention de compensation.

En conséquence, que l'on retienne la variante B ou la variante A, il conviendrait donc d'aménager la définition des termes "créance commerciale" de telle sorte que la portée de l'exception introduite à l'article 5 soit réduite à ce qui est nécessaire. On pourrait, par exemple, suggérer que l'article 6-l soit rédigé comme suit:

> "le terme "créance commerciale" désigne une créance qui naît d'un contrat initial de vente ou de location de marchandises ou de fourniture de services autres que de services financiers lorsque ceux-ci sont fournis dans le cadre d'une convention prévoyant la compensation de l'ensemble des créances et des dettes réciproques des parties."

Des exemples de tels services financiers (pensions, swaps, services de paiement, etc.) pourraient utilement être donnés dans le Commentaire que le secrétariat de la CNUDCI fera du texte du projet de Convention.

*Définition de la localisation (article 6* i*)*

Le Gouvernement français approuve la définition du lieu de situation du cédant qui est prévue à l'article 6 *i*. Toutefois, il tient à faire observer que cette définition pose problème si le mécanisme de cession de créances organisé par le projet de Convention doit être utilisé pour refinancer des succursales de banque. Il est en effet prévu de définir le lieu de situation du cédant comme l'État dans lequel le cédant, s'il a plus d'un établissement, a son administration centrale. Le lieu de situation du cédant détermine, notamment, le régime de priorité des droits du cessionnaire.

En pratique, la définition figurant à l'alinéa *i* de l'article 6 aboutirait à ce que, dans le cadre d'une cession de créances entre, par exemple, la Banque de France (cessionnaire) et une succursale à Paris d'une banque étrangère (cédant), le lieu de situation du cédant soit l'État du siège, c'est-à-dire l'État du siège de la banque étrangère. La cession de créances serait donc soumise au droit de cet État en ce qui concerne, notamment, le régime de priorité. Une telle situation serait tout à fait inacceptable pour la banque de refinancement, qu'il s'agisse d'une banque centrale ou d'un autre établissement de crédit.

Sauf à sérieusement entraver l'utilisation du projet de Convention à des fins de refinancement interbancaire, un régime particulier pour les succursales de banque doit être trouvé. Un tel régime particulier serait d'autant plus justifié que les succursales bancaires sont soumises aux mêmes obligations, d'agrément notamment, que les banques constituées sous forme de personnes morales de droit local, sous réserve des aménagements particuliers résultant du "passeport européen". De même, si la surveillance prudentielle des banques peut rester de la compétence des autorités du pays du siège, la responsabilité de la fourniture de liquidités (à savoir le refinancement) appartient toujours, même dans le cadre européen, aux autorités du pays d'accueil (voir l'article 14-2 de la directive n° 89/646 de la CEE, dite deuxième directive de coordination des législations bancaires).

Un tel régime particulier pourrait consister à faire passer les succursales de banque dans la même catégorie que le débiteur, pour lequel l'établissement pertinent est celui "qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial" (alinéa iii).

*Conflits de priorités entre des cessionnaires concurrents (articles 1-4, 24 et 40)*

Il sera très difficile de faire fonctionner un instrument dans lequel coexistent plusieurs systèmes parallèles pour fixer les priorités entre cessionnaires concurrents. Par exemple, si une cession a la priorité selon la loi d'un État A ayant opté pour les sections I et II de l'annexe (enregistrement), et une autre cession a priorité selon la loi de l'État B du lieu de situation du cédant ayant opté pour les règles de priorité de la section III de l'annexe (date du contrat de cession), le conflit dont sera saisi le tribunal de l'État A sera-t-il réglé conformément aux sections I et II ou à la section III de l'annexe?

Il semble évident qu'un tribunal d'un État où est situé le cédant et qui est un État contractant doit appliquer les critères du paragraphe 1 *a* de l'article premier pour déterminer si le projet de Convention, y compris l'article 24, s'applique. Mais le texte du projet de Convention n'est pas suffisamment clair à cet égard. L'article 40, relatif à l'application de l'annexe, se contente d'indiquer que "Un État contractant peut... déclarer qu'il sera [lié soit par les sections I et II, soit par la section III de l'annexe à la présente Convention]". Le paragraphe 2 de l'article 40 précise qu'aux fins de l'article 24 (qui détermine la loi applicable aux droits concurrents d'autres parties) la loi d'un État contractant qui a fait une déclaration en application des dispositions précitées est l'ensemble des règles énoncées soit à la section I de l'annexe, soit à la section III. Quant à l'article 1-4, il énonce que l'annexe s'applique dans un État contractant qui a fait une déclaration au titre de l'article 40. Il est donc proposé d'amender cet article comme suit: "L'annexe de la Convention s'applique aux cessions visées dans une déclaration faite au titre de l'article 40 par l'État contractant dans lequel est situé le cédant."

*Protection du consommateur (articles 17 à 23)*

Les dispositions de la section II du chapitre IV du projet de Convention, à l'exception des articles 21 et 23, sont insuffisamment protectrices des droits des débiteurs consommateurs. Le Groupe de travail a décidé de ne pas exclure du champ du projet de Convention les cessions sur des consommateurs, sauf si elles sont effectuées à des fins de consommation. Il est donc essentiel que la situation du consommateur, dont la créance sur une banque résulte d'un prêt mobilier ou immobilier ou d'un découvert en compte ou de l'utilisation d'une carte de crédit, ne soit pas affectée par l'instrument en préparation. À cet égard, les arguments développés au paragraphe 58 du document A/CN.9/WG.II/

WP.106 valent non seulement pour les articles 21 et 23, mais pour tous ceux de cette section. En effet, en France, comme dans de nombreux autres pays, la loi nationale protège les consommateurs dans les situations visées par la Convention, et la plupart de ces dispositions sont impératives.

Généralement, les consommateurs, en tant que débiteurs protégés par la loi, ne peuvent consentir à renoncer par contrat aux dispositions d'ordre public (par exemple, à celles contenues en France dans la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur le crédit à la consommation). En outre, le consommateur est protégé contre les clauses abusives que le professionnel pourrait être amené à lui proposer par une Directive communautaire (n° 93/13 du 5 avril 1993) et la loi française (article L 132-1 du Code de la consommation et annexe comprenant les clauses jugées abusives; et recommandations de la Commission des clauses abusives, notamment celle relative aux clauses de consentement implicite et la recommandation de synthèse). En outre, l'article 19, qui prévoit que lorsqu'il a reçu notification de la cession le débiteur doit seulement effectuer le paiement au cessionnaire, ne devrait pas s'appliquer à des débiteurs consommateurs. La loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 sur les fonds communs de créances prévoit que l'établissement cédant demeure tenu, outre d'une obligation de garantie, de recouvrer les créances cédées (art. 36) ou d'en confier le recouvrement obligatoirement à un autre établissement de crédit français ou à la Caisse des dépôts et consignations en avisant le débiteur.

Par conséquent, la France demande que l'ensemble des articles de cette section II du chapitre IV concernant le débiteur soient "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 personnelles, familiales ou domestiques".

*Articulation avec le projet d'Unidroit concernant les garanties sur les biens d'équipement mobiles (article 36)*

En ce qui concerne les rapports entre le projet de Convention de la CNUDCI et le projet de Convention d'Unidroit, il y a lieu d'observer que les dispositions de l'article 36, qui semble mettre en œuvre le principe "*lex specialis derogat legi generali*", ne semblent pas de nature à régler le conflit potentiel entre les deux instruments dans le cas où le chapitre sur les cessions de garanties serait maintenu dans le projet de Convention d'Unidroit.

Le chapitre IX du projet d'Unidroit traite en effet des cessions de garanties internationales, alors qu'une sûreté est généralement considérée dans la plupart des systèmes juridiques comme un accessoire de la créance garantie. Dans le système du projet de Convention d'Unidroit, c'est la créance qui constitue l'accessoire de la sûreté. La démarche de la CNUDCI est totalement différente [en vertu de l'article 12, la sûreté suit l'obligation garantie]. Le projet de Convention de la CNUDCI traite des cessions de créances internationales et des cessions internationales de créances.

La France rappelle que cette question doit être examinée lors de la prochaine session conjointe d'Unidroit et de l'OACI (Rome, 20-31 mars 2000) chargée d'élaborer un projet de Convention sur les garanties portant sur le matériel d'équipement mobile et qu'un document de travail sur ce sujet préparé par la délégation française qui présente différentes options y sera discuté. Il lui semble donc préférable d'attendre les résultats des discussions en cours à Unidroit avant de se prononcer définitivement sur cette question dans le cadre de la CNUDCI, d'autant que l'existence même du chapitre du projet de Convention d'Unidroit sur les cessions de garanties est encore contestée.

## Lituanie

*[Original: anglais]*

*Titre du projet de Convention*

Le titre du projet de Convention devrait être "Convention sur la cession de créances dans le commerce international".

*Exclusion des cessions à des fins de consommation (article 4-1*a*)*

Il serait plus précis de dire à l'alinéa 1 *a* de l'article 4 que le projet de Convention ne s'applique pas lorsque la créance née du contrat-consommateur est transférée à un consommateur.

*Traitement des créances autres que les créances commerciales (article 5)*

La variante B de l'article 5 serait préférable.

*Autonomie des parties (article 7)*

Le champ d'application de l'article 7 est incertain. Nous estimons que la limitation du principe de l'autonomie des parties ne devrait s'appliquer qu'aux dispositions impératives du projet de Convention. Par exemple, l'article 13 devrait, étant donné son contenu, être considéré comme une norme impérative. En conséquence, les parties ne devraient pas être autorisées à l'écarter. Le projet de Convention contient d'autres dispositions de caractère impératif auxquelles les parties ne devraient pas être autorisées à déroger. Il pourrait en effet perdre tout son sens si les parties peuvent introduire des règles différentes de celles des dispositions impératives. Il faudrait donc prévoir à l'article 7 une réserve permettant aux parties d'établir par convention d'autres droits et obligations, sauf dans les cas où le projet de Convention détermine les droits et obligations des parties par une norme impérative.

*Date de la cession (article 10)*

L'article 10 du projet de Convention renvoie à la date de la conclusion du contrat de cession. Toutefois, la date à laquelle un contrat est réputé être conclu est définie de manière différente dans la législation interne de divers États. Il serait par conséquent préférable de déterminer,

dans le projet de Convention, la date à laquelle un contrat de cession est réputé être conclu.

*Limitations contractuelles à la cession (article 11)*

Le paragraphe 1 de l'article 11 est incompatible avec les principes fondamentaux du droit des contrats. Lorsque les parties conviennent que le créancier ne cédera pas la créance, une telle convention lie les parties. Une dérogation à ce principe n'est possible que dans des contrats particuliers, comme le contrat d'affacturage. Toutefois, il ne faudrait pas en faire une règle générale applicable à tous les contrats. Le paragraphe 1 de l'article 11 ne tient pas compte de l'intérêt tout à fait raisonnable et légitime d'un débiteur de traiter avec un créancier particulier.

*Principe de la protection du débiteur (article 17)*

Il serait utile de prévoir, à l'article 17, l'indemnisation du débiteur pour toutes dépenses encourues en raison de toute modification des instructions de paiement.

*Conflits de priorité (article 24)*

Il n'est pas certain que l'article 24 soit nécessaire. Le projet de Convention a pour objet d'unifier le droit matériel et non le droit international privé. Par conséquent, on voit mal pourquoi il est nécessaire de réglementer les questions relatives à la loi applicable. Les questions de droit international privé peuvent être réglées dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé.

*Exceptions relatives à l'ordre public (article 25)*

L'article 25 limite considérablement la possibilité d'appliquer la loi du for. Nous estimons que le projet de Convention devrait autoriser le for à écarter une disposition de la loi applicable si cette disposition est manifestement contraire non seulement à l'ordre public de l'État du for, mais également aux normes obligatoires de la loi de cet État.

*Dispositions de droit international privé (chapitre V)*

Nous pensons que le chapitre V devrait être supprimé et que les questions relatives à la loi applicable devraient être réglées par une autre convention, puisque le projet de Convention vise à unifier le droit matériel mais non le droit international privé et que, en tout état de cause, les États peuvent, en vertu de l'article 37, déclarer qu'ils ne sont pas liés par le chapitre V.

*Exclusion des créances souveraines (article 39)*

L'article 39 ainsi que d'autres offrent aux États de nombreuses possibilités de déroger à l'application d'un ou de plusieurs articles du projet de Convention. Une possibilité de dérogation aussi large pourrait réduire l'effet du texte.

## Pérou

*[Original: espagnol]*

*Titre du projet de Convention*

Le titre le plus approprié est: "Convention sur la cession de créances dans le commerce international".

*Champ d'application (articles 1er et 5)*

Compte tenu de l'article 5, l'article premier, qui établit le champ d'application, devrait préciser que le projet de Convention s'appliquera uniquement aux créances commerciales ou, plus précisément, aux créances nées d'opérations commerciales internationales.

*"Créance future" (article 6* b*)*

À l'article 6, les termes "créance future" devraient figurer dans un alinéa séparé de la même manière que les autres termes définis dans cet article.

*"Située" (article 6* i*)*

Il faudrait préciser à l'alinéa *i* de l'article 6 que cet alinéa fait référence au domicile des personnes participant à la cession. Dans certains articles, par exemple les articles 23, 24, 25 et 30, référence est faite au lieu de situation. Il faudrait préciser qu'il s'agit du "domicile".

*"Fractions de créances" (article 9)*

L'article 9 mentionne les "fractions" de créances. Ce terme devrait être défini à l'article 6.

*Prescriptions de forme concernant la création de sûretés garantissant des créances (article 12-5)*

Il conviendrait de clarifier le paragraphe 5 de l'article 12, car ce dernier donne l'impression que les dispositions du projet de Convention prévaudront sur celles du droit interne. Au Pérou, par exemple, les hypothèques et les privilèges sans dépossession ou les remises juridiques doivent être portés sur un registre public, ce qui exige l'accomplissement d'un certain nombre de formalités.

*Exceptions et droits à compensation du débiteur (article 20)*

Le paragraphe 3 renvoie [dans la version espagnole] à l'article 10, alors qu'il devrait renvoyer à l'article 11.

*Modification du contrat initial (article 22)*

Le paragraphe 1 n'est pas clair. Il semble qu'il y ait eu une erreur de rédaction, puisque ce paragraphe dispose

qu'une convention conclue avant notification de la cession produit effet, ce qui ne devrait pas être le cas. L'alinéa *b* du paragraphe 2 fait référence à un cessionnaire "raisonnable", mais il serait plus approprié de parler d'un cessionnaire "diligent".

*Loi applicable aux droits et obligations du cédant et du cessionnaire (article 28)*

La disposition figurant au paragraphe 2 de l'article 28 s'écarte de la règle de droit international privé correspondante figurant dans le Code civil péruvien. Selon cette dernière, si les parties ne choisissent pas la loi applicable, c'est la loi du lieu d'exécution du contrat qui s'applique ou, si le contrat doit être exécuté dans différents pays, la loi applicable est celle qui régit l'obligation principale ou, si elle ne peut être déterminée, la loi du lieu où le contrat a été conclu. Ce commentaire vaut également pour les articles 29 et 30, sauf en ce qui concerne les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité, dont les droits et obligations sont régis par un régime juridique séparé. Ce commentaire et celui qui concerne l'article 12-5 sont compensés par les articles 37 et 38 en vertu desquels un État peut déclarer, de son propre chef, qu'il ne sera pas lié par ces dispositions.

## République de Corée

*[Original: anglais]*

### *I. Commentaires généraux*

La Corée estime qu'une convention internationale visant à améliorer la cessibilité des créances dans les opérations internationales améliorera le commerce et les financements internationaux en réduisant le coût du crédit. La Corée appuie donc le projet de Convention qu'examine actuellement la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, à condition que ce projet permette bien d'améliorer la cessibilité des créances et protège dûment les droits des parties concernées par la cession. La Corée reconnaît certes l'objectif économique du projet de Convention, mais elle note également que les règles relatives aux cessions de créances ont des implications sociales et politiques qui méritent d'être sérieusement examinées. Elle souhaite en outre insister sur le fait que certaines règles internes concernant la cession de créances font partie intégrante du système juridique national, qui ne saurait être bouleversé. Outre ces observations générales, la Corée souhaite faire des commentaires sur certains points particuliers.

### *II. Commentaires portant sur des points particuliers*

*Titre, préambule et définition du financement par cession de créances à l'article 6* c

La Corée ne juge pas nécessaire de limiter le champ d'application du projet de Convention aux cessions de créances à des fins de financement. Elle estime que le texte devrait s'appliquer de manière générale à la cession de créances dans le commerce international. Le titre devrait donc traduire cette idée, et les termes "à des fins de financement" devraient être remplacés par les termes "dans le commerce international". Il faudrait modifier en conséquence le libellé du préambule. Partant, la Corée ne juge pas nécessaire de définir le financement par cession de créances dans le projet de Convention.

*Champ d'application du chapitre V (article 1-3)*

La Corée estime que le champ d'application du chapitre V devrait correspondre à celui du projet de Convention. Ce chapitre devrait donc s'appliquer aux "cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies au chapitre premier".

*Pratiques concernant la cession de créances financières (article 5) et pratiques concernant la cession de créances nées de la vente ou de la location d'aéronefs ou de matériels d'équipement mobiles de même type (article 36)*

Il est inapproprié d'appliquer le projet de Convention à certaines opérations financières qui ne sont pas, techniquement, des cessions de créances mais visent à fournir un crédit (par exemple, les conventions de rachat et les opérations de swap). Appliquer le projet de Convention à ces types de créances ne fera que perturber les pratiques établies et créer la confusion. Ces opérations devraient donc être entièrement exclues du champ d'application du projet.

Le projet de Convention ne devrait pas inclure de règle faisant explicitement référence à la cession de créances nées de la vente ou de la location d'aéronefs ou de matériels d'équipement mobiles de même type, visée par l'avant-projet de Convention actuellement élaboré dans le cadre d'Unidroit. Selon la Corée, la relation entre ces deux conventions devrait être décidée conformément aux règles de droit international. Toute disposition sur la relation entre ces textes qui est compatible avec les règles de droit international serait superflue, alors qu'une disposition qui ne serait pas compatible avec de telles règles ne ferait que créer un conflit.

*"Située" (article 6* i*)*

La définition du lieu de situation devrait être claire. Le terme employé devrait également désigner un lieu tel que celui où l'opération pertinente est effectivement convenue et effectuée. Partant, la Corée n'accepte pas l'établissement comme lieu de situation. Si le cédant ou le cessionnaire ont plus d'un établissement, elle propose que l'établissement soit celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. Elle propose par ailleurs que le lieu de l'administration centrale soit réputé être ce lieu en l'absence de preuve du contraire. Cette proposition permettrait de déterminer clairement le lieu de situation et d'englober tout un éventail de cas exceptionnels où les opérations sont convenues localement dans une succursale, comme cela est souvent le cas dans les opérations bancaires.

*Application de l'annexe du projet de Convention (article 40)*

La Corée préfère une application de l'annexe conformément à la deuxième proposition entre crochets figurant à l'article 40, puisque cette proposition permet de mieux préciser les différentes options offertes aux États.

*Autres exclusions et effets des déclarations (articles 39, 41-5, 43-3 et 45-3)*

La Corée appuie résolument l'adoption de l'article 39, qui permet aux États d'exclure d'autres pratiques de l'application du projet de Convention. Les systèmes financiers des États en sont à des stades de développement extrêmement différents. Certaines pratiques financières varient aussi considérablement d'un État à l'autre. En outre, le développement rapide du secteur financier peut rendre l'application du projet de Convention à certains types de cessions de créances inappropriée. Par conséquent, un État peut juger inévitable d'exclure certaines pratiques, ce qui montre que le filet de protection que constitue l'article 39 est essentiel. En ce qui concerne l'effet des déclarations, la Corée souhaite adopter toutes les dispositions figurant entre crochets aux articles 41, 43 et 44 de l'annexe 1 du document A/CN.9/466 en plus des autres dispositions de ces articles.

## République tchèque

*[Original: anglais]*

### *I. Commentaires généraux*

Nous apprécions hautement toutes les activités et tous les travaux de la CNUDCI visant à accroître la disponibilité de crédits moins onéreux par la cession de créances dans le commerce international. Dans notre pays, la réglementation des cessions de créances est très générale. Toutefois, elle diffère du projet de Convention par certains aspects.

Notre plus grande préoccupation concerne les articles 11 et 12. En vertu de la loi tchèque, il est impossible de céder une créance en contravention d'une convention entre le cédant et le débiteur. Une telle cession est nulle et non avenue. Le même problème se pose pour la variante A de l'article 5.

En outre, les articles 15 et 17, qui laissent la notification de la cession au débiteur à la discrétion du cédant ou du cessionnaire, nous posent un problème. En effet, en vertu de la loi tchèque, le cédant est tenu de notifier promptement la cession au débiteur. L'article 21 nous pose également un problème, car il autorise la renonciation aux exceptions et droits à compensation futurs, alors que dans notre droit interne une telle renonciation est nulle et non avenue.

### *II. Commentaires portant sur des dispositions particulières*

*Titre et préambule*

Nous n'avons pas de préférence particulière concernant le titre et le préambule. Nous n'avons pas d'objection à la suppression de l'alinéa *c* de l'article 6, aussi longtemps que le préambule contient une liste indicative des pratiques visées par le projet de Convention.

*Champ d'application du chapitre V (article 1-3)*

Nous approuvons le maintien du paragraphe 3 de l'article premier.

*Exclusion ou traitement particulier de certaines pratiques (article 5)*

Nous appuyons l'exclusion des pratiques relatives à la cession de créances financières du champ d'application des articles 11 et 12, comme il est proposé au paragraphe 71 du document A/CN.9/466. Pour l'article 5, nous préférerions la variante B pour les raisons susmentionnées.

*"Située" (article 6 i)*

Nous approuvons la définition de ce terme telle qu'elle figure au paragraphe 96 du document A/CN.9/466. Nous pourrions également accepter la proposition formulée au paragraphe 99 concernant les succursales de prestataires de services financiers.

*Application de l'annexe (article 40)*

En ce qui concerne l'article 40, nous préférons le second libellé entre crochets.

*Incidences des déclarations sur les tiers (article 41-5)*

Nous approuvons le libellé proposé entre crochets.

### *III. Conclusion*

En conclusion, nous souhaitons déclarer qu'en raison des divergences entre notre système juridique national et le projet de Convention susmentionné, la République tchèque ne peut, à ce stade, adopter le texte proposé, car il lui faudrait modifier pour cela son code civil ou commercial. Pour l'heure, l'harmonisation de notre droit avec celui de l'Union européenne est pour nous prioritaire.

Nous reconnaissons certes l'importance concrète des pratiques que vise le projet de Convention, mais nous notons que ces pratiques sont relativement nouvelles en République tchèque (elles ne se sont développées qu'au cours des huit dernières années) et ne concernent qu'une petite partie du marché (bien qu'une des raisons de cette situation soit l'insuffisance de la législation). C'est pourquoi le projet de Convention nous intéresse beaucoup, et nous espérons avoir la possibilité de l'adopter ultérieurement.

**A/CN.9/472/Add.1**

# Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

**TABLE DES MATIÈRES**


| | *Pages* |
|---|---|
| ÉTATS | 380 |
| Suisse | 380 |
| Tunisie | 382 |
| ORGANISATIONS INTERNATIONALES | 383 |
| Commercial Finance Association | 383 |
| Fédération bancaire de l'Union européenne | 385 |
| Financial Markets Lawyers Group | 389 |
| Europafactoring | 389 |
| Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) | 391 |


## ÉTATS

### Suisse

*[Original: anglais]*

### *I. Commentaires généraux*

Nous avons l'honneur de nous reporter à la note du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (29 novembre 1999) relative au projet de Convention sur la cession de créances. Nous félicitant de l'occasion qui nous est donnée de faire part de nos commentaires sur ce projet, nous notons avec satisfaction que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de la CNUDCI a accompli un travail impressionnant. En particulier, on peut espérer que le projet de Convention éliminera les obstacles aux opérations internationales de financement par cession de créances et facilitera ainsi ces opérations. Les premières réactions du marché au projet de Convention ont été positives, ce qui indique que les règles uniformes répondent à des besoins pratiques.

Nous constatons aussi que le projet de Convention traite de façon exhaustive de tous les aspects de la cession internationale de créances. Cependant, l'absence de règle de forme concernant la cession pourrait avoir un sérieux effet fragilisant sur les pratiques commerciales internationales. Nous savons que la question a été longuement examinée, sans que le Groupe de travail ait pu parvenir à un compromis. Néanmoins, étant donné l'importance relative de la question, nous attendons avec intérêt toute proposition à son sujet, y compris des propositions offrant plusieurs options aux États contractants (ces options allant de l'absence de conditions de forme à des exigences de forme écrite).

Nous limiterons nos Commentaires aux questions qui restent à régler à la session de la Commission et dont le Secrétaire général a dressé la liste dans la note susmentionnée.

*Titre/Préambule*

S'agissant du titre, de bons arguments militent en faveur des trois options, mais aucune d'elles n'est sans faille. Il est essentiel de retenir un titre qui reflète le large champ d'application du projet de Convention à la cession de créances dans le commerce international. Ce titre ne devrait pas donner l'impression que d'importantes pratiques en sont exclues. Nous préférerions donc un titre qui évite de faire penser que le champ d'application du projet de Convention est limité à la cession de créances aux seules fins de financement, un titre qui se lirait: "Convention sur la cession de créances".

Il est au demeurant souhaitable d'appeler l'attention sur l'un des objectifs les plus importants du projet de Convention, qui est de faciliter le crédit par mobilisation de créan-

ces. L'endroit qui convient à cette fin est le préambule, et peut-être aussi le commentaire relatif au projet de Convention. Nous préférons donc maintenir les références au financement par cession de créances dans le préambule, y compris les exemples de pratiques correspondantes qui figurent dans le troisième alinéa. De plus, un texte relatif à cet important aspect du projet pourrait être ajouté dans le commentaire.

Le terme "financement par cession de créances" n'apparaît plus dans les parties normatives de la Convention, c'est-à-dire ailleurs que dans le préambule. Il conviendrait donc de supprimer la définition de ce terme à l'article 6 *c*.

*Champ d'application du chapitre V (article premier, par. 3)*

La nécessité et le champ d'application du chapitre V sur le droit international privé ont fait l'objet d'un débat très controversé. Cependant, une majorité de délégations s'est déclarée favorable à l'idée d'inclure ces règles dans le projet de Convention en raison de l'absence, dans de nombreux systèmes juridiques, de règles de droit international privé relatives aux cessions. Il s'ensuit obligatoirement que le chapitre V doit s'appliquer, que le cédant ou le débiteur soit situé ou non dans un État contractant. Il serait en effet difficile de justifier le maintien de ce chapitre exclusivement pour combler des lacunes, en application du paragraphe 2 de l'article 8.

Pour ces raisons, nous souhaiterions, en principe, que les crochets qui entourent le paragraphe 3 de l'article premier soient supprimés. Néanmoins, il conviendrait de tenir compte de la nature quelque peu distincte du chapitre V, qui est en réalité une convention dans le projet de Convention. Pour le chapitre V, un mécanisme d'option positive rendrait mieux compte de la situation que le mécanisme d'option négative prévu au paragraphe 3 de l'article premier et à l'article 37.

*Créances financières (article 5)*

Il est essentiel de répondre aux besoins spécifiques de l'ensemble des services financiers en matière de cessions dans la pratique bancaire internationale. La question est de savoir s'il conviendrait d'exclure entièrement les pratiques bancaires du champ d'application du projet de Convention ou de prévoir des règles spécifiques. Alors qu'au début des travaux du Groupe de travail le projet de Convention était censé porter principalement sur les créances commerciales, nous nous trouvons maintenant devant un texte qui est susceptible de régir tous les types d'opérations commerciales et qui répond dans une large mesure aux intérêts de l'ensemble des services financiers. Il y aurait donc lieu d'inclure une série spécifique de règles inspirées de l'article 5 dans la mesure où, dans la pratique bancaire, les cessions diffèrent des cessions de créances commerciales. Dans un souci de cohérence, les exceptions aux règles générales devraient être aussi limitées que possible, et claires. La variante B paraît mieux répondre à ces critères. La variante A, assez peu claire dans ses termes, pourrait donner lieu à un plus grand nombre de problèmes d'interprétation que la variante B, même si elle prévoit moins d'exceptions que cette dernière aux règles du projet de Convention. Tout en nous déclarant favorable à l'article 5 en général et à la variante B en particulier, nous jugeons préférable de donner une définition positive des créances non commerciales, et pas seulement négative comme celle qui figure à l'alinéa *l* de l'article 6. Nous sommes conscients du fait qu'il est difficile de rédiger une définition suffisamment large pour englober non seulement les pratiques actuelles, mais aussi celles qui sont à venir. De ce fait, nous pensons que la question mérite d'être approfondie par la Commission.

*Définition du terme "situé" (article 6,* i*)*

La définition du facteur de rattachement "lieu de situation" ("location") a suscité de grandes divergences de vues et un débat sans fin entre les délégations. Cela semble indiquer qu'aucune solution n'est parfaite. Toutefois, un certain nombre d'éléments se sont dégagés, qui devraient permettre à la Commission de parvenir à un consensus. L'un d'eux est la nécessité d'utiliser des critères objectifs pour déterminer le lieu de situation aux fins de la priorité. Dans les systèmes juridiques qui, pour fonctionner efficacement, exigent qu'une publicité soit faite par voie d'enregistrement, il faut que les tiers puissent déterminer facilement le lieu où ils doivent présenter une demande ou faire des recherches. Un autre élément est la souplesse à prévoir pour déterminer le lieu où est situé le débiteur aux fins d'application du projet de Convention. Un autre élément encore est la nécessité de ne pas s'écarter plus que nécessaire des autres textes uniformes.

L'alinéa *i* de l'article 6 répond à la plupart de ces exigences et constitue donc une bonne base pour poursuivre le débat. Cependant, nous avons des doutes quant aux règles spéciales qui permettraient de définir le lieu de situation des succursales bancaires. Premièrement, il n'est pas évident que de telles règles soient nécessaires. En second lieu, en tout cas, toute règle spéciale doit respecter les principes ci-dessus, en particulier le fait qu'aux fins des dispositions du projet de Convention relatives à la priorité toute définition du lieu de situation doit être établie à partir d'un critère objectif. Une définition qui repose sur une inscription dans les livres d'une banque ne répond pas à ce critère.

*Produit (article 26)*

Au sujet de l'article 26 sur les règles relatives au produit, nous souscrivons à l'idée que le projet de Convention doit régler la question du produit, car il s'agit d'un concept rationnel sur le plan commercial. Cependant, les articles 24 et 26, sous leur forme actuelle, pourraient entraîner confusion et incertitude. En particulier, il faudrait clarifier le rapport entre l'alinéa *b* de l'article 24 et l'article 26. L'alinéa *b* de l'article 24 traite la question du produit et celle de la priorité de droits sur le produit au moyen d'une règle de conflit de loi, en soumettant "l'existence et l'étendue des droits... sur le produit..., et la priorité... sur ce produit" à la loi de l'État dans lequel est situé le cédant. L'article 26, à première vue, traite les mêmes questions au moyen d'une règle de droit matériel. En effet, l'article 26 établit une règle uniforme relative à une ques-

tion qui, aux termes de l'alinéa *b* de l'article 24, est laissée à la loi nationale de l'État où est situé le cédant. Ainsi, ces règles abordent la même question d'une manière conflictuelle et, par conséquent, doivent être clarifiées. L'un des moyens d'y parvenir consisterait à faire relever l'existence et l'étendue des droits sur le produit de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant, tout en exigeant que l'État en question reconnaisse les droits sur le produit au moins comme le prévoit l'article 26, autrement dit qu'il considère cet article comme une règle minimale. De cette manière, il ne serait pas porté atteinte aux systèmes juridiques qui reconnaissent avec plus de libéralité les droits sur le produit.

De plus, même si le concept de produit est rationnel du point de vue de la pratique commerciale, nous suggérons vivement d'éviter le terme "produit". Ce terme est tiré à l'évidence des systèmes de *common law*. En tant que principe, il ne faudrait jamais utiliser dans une loi uniforme une terminologie dont le sens est dépourvu d'ambiguïté dans un système juridique donné parce que les utilisateurs relevant de ce système ne se préoccupent normalement pas du caractère uniforme de la règle, alors que ceux qui dépendent d'autres systèmes pourraient avoir des difficultés à la comprendre. Le terme "produit" pourrait être remplacé, par exemple, par les termes "paiement" ou "remplacement".

## Tunisie

*[Original: arabe]*

*Titre*

Comme l'indique son champ d'application, le projet de Convention régit la cession par vente (à des fins de financement, pour obtenir une contrepartie) et la cession à titre de garantie (pour obtenir un crédit). Le titre dans lequel il est fait référence au "financement" ne reflète pas bien le champ d'application du projet de Convention, puisqu'il ne fait état que de la cession aux fins de financement (de contrepartie). Par conséquent, le titre "Cession de créances dans le commerce international" serait préférable, en particulier parce qu'il donne une indication complète du champ d'application et des objectifs du projet de Convention. Il serait souhaitable de l'adopter et d'en exclure toute référence au financement par cession de créances. À noter, toutefois, qu'au cas où la référence au financement serait retenue il serait préférable de modifier le titre anglais comme suit: *"Assignment of Receivables for Financing Purposes"*. Cette formulation serait plus satisfaisante et plus proche du titre français ("Cession de créances à des fins de financement").

*Préambule*

Au deuxième alinéa, il serait souhaitable de remplacer les mots "les incertitudes" par les mots "le manque de clarté". Au troisième alinéa, deux expressions ont été proposées, l'une se rapportant à la "cession de créances" et l'autre au "financement par cession de créances". La première serait préférable parce qu'il s'agit d'une cession de créances visant à obtenir aussi bien une contrepartie qu'un crédit. Au cinquième alinéa, il conviendrait de remplacer les termes "à des taux plus favorables" par les termes "à des coûts plus favorables" et d'éviter la répétition causée par les termes *"facilitate"* et *"affordable"* de la version anglaise (ne s'applique qu'à la version arabe). La modification proposée préciserait le sens de cet alinéa.

*Champ d'application (articles 1er, 2 et 3)*

Au paragraphe 2, il conviendrait de remplacer dans la version anglaise le mot *"unless"* par le mot *"if"* dans le membre de phrase *"unless the debtor is located"*. Au paragraphe 4, il semble que l'article auquel il est fait référence ne soit pas le bon. Il s'agit de l'article 40 et non de l'article 36.

Les articles 2 et 3 contiennent des définitions, le premier, de la cession de créances et, le second, de l'internationalité. Ils sont sans rapport avec le champ d'application. Il serait donc souhaitable de les insérer dans l'article 6, qui est consacré aux définitions. L'alinéa *a* de l'article 2 devrait être simplifié comme suit: "La création de droits sur des créances à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation est considérée comme une cession."

*Définitions (article 6)*

À l'alinéa *e*, conformément à l'évolution récente des législations qui autorisent l'utilisation des moyens de communication modernes, il serait bon de remplacer les termes "une communication par écrit" par les termes "des informations par écrit susceptibles d'être retrouvées". L'alinéa *j* de la version anglaise devrait être modifié comme suit: *"Law" means the law in force in a State, with the exception of the rules of private international law."*. Le terme "loi" désigne la loi en vigueur dans un État, à l'exclusion des règles de droit international privé.

*Date de la cession (article 10)*

Il conviendrait de remplacer dans la version anglaise les termes *"at the time of the conclusion of the contract of assignment"* par les termes *"on the date of the conclusion of the contract of assignment"*.

*Garanties dues par le cédant (article 14)*

Il y aurait lieu de modifier le paragraphe 2 comme suit: "Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne peut pas se porter garant quant au paiement libératoire du débiteur ou à ses moyens financiers d'effectuer le paiement."

*Ordre public (article 25)*

Au paragraphe 1, il conviendrait de remplacer dans la version anglaise les termes *"the public policy of the forum State"* par les termes *"the public order of the forum State"*. À noter que les termes "ordre public" sont utilisés dans la version française.

*Loi applicable aux droits et obligations du cédant et du cessionnaire (article 28)*

Le paragraphe 3 devrait être modifié comme suit: "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, lorsque les règles de sa juridiction [ne permettent pas de convenir du choix de la loi applicable] [ne permettent pas d'exclure l'application de sa loi par convention entre les parties]."

*Loi applicable à la priorité (article 30)*

Cet article, qui reprend, dans sa forme et son contenu, les dispositions des articles 24 et 25, devrait être supprimé.

*Application de l'annexe (article 40)*

Une erreur semble s'être glissée dans la version arabe de cet article. Une référence devrait y être faite aux sections I et II ou à la section III de l'annexe, et non au projet de Convention. Aligner cette version sur la version anglaise où figurent les termes *"of this annex"* avant les termes *"to this Convention"*.

*Article 43*

Au paragraphe 3, il conviendrait de remplacer les termes "effectuées à la date de son entrée en vigueur" par les termes "effectuées dès la date de son entrée en vigueur".

## ORGANISATIONS INTERNATIONALES

### Commercial Finance Association

*[Original: anglais]*

#### *I. Commentaires généraux*

La Commercial Finance Association ("CFA") saisit l'occasion qui lui est donnée de féliciter formellement le Groupe de travail pour la dure tâche qu'il accomplit et son attachement indéfectible à ce projet. L'objectif de la CNUDCI, qui est de faciliter le développement du commerce international par l'offre de financements commerciaux à des taux plus favorables, sera très certainement servi par la plus grande clarté et la plus grande cohérence que le projet de Convention sur la cession de créances ("le projet de Convention") apportera à la pratique de la cession de créances.

Le texte actuel du projet de Convention (A/CN.9/466, annexe I), qui représente un grand progrès sur le plan de la clarté et de la cohérence, maintient par ailleurs l'équilibre entre les nombreux systèmes juridiques et ordres publics différents des participants. Les commentaires présentés par la CFA sur des points particuliers visent à améliorer ce projet de manière à le rendre conforme aux intentions de ces participants.

En outre, nous aimerions souligner qu'après l'achèvement et l'adoption du projet de Convention il restera à progresser vers la mise en place d'un registre public de dépôt des notifications. La démarche actuellement suivie dans l'annexe du projet de Convention, qui laisse aux États la possibilité d'opter pour une forme de système d'enregistrement des notifications, peut être vue comme un compromis nécessaire pour que le projet de Convention soit accepté à l'échelle mondiale. Toutefois, nous restons fermement convaincus que la transparence d'un système d'enregistrement public et la certitude qu'un tel système offre pour déterminer l'existence de créances concurrentes et la priorité entre elles sont absolument indispensables à l'expansion du financement par cession de créances.

#### *II. Commentaires sur des points particuliers*

*Cessions subséquentes (article premier, par. 1* b*)*

À l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article premier, il convient de soumettre les cessions subséquentes au même critère que les cessions initiales visées à l'alinéa *a* du même paragraphe. Pour assurer la cohérence dans l'application du régime juridique dont relèvent plusieurs cessions, pour que toutes les cessions subséquentes entrent dans le champ d'application du projet de Convention, il faut indiquer clairement que le cédant doit être situé dans un État contractant. Nous sommes convaincus que cela a toujours été dans les intentions du Groupe de travail.

*Cession de créances autres que les créances commerciales (article 5)*

Étant donné les questions importantes qui entourent encore l'application possible des variantes A ou B, ou de toute autre variante, la CFA n'est pas en mesure de faire part de son opinion à ce stade. Il faut encore en débattre pour mieux comprendre les préoccupations d'autres branches d'activité ou les pratiques sur lesquelles le projet de Convention pourrait avoir des répercussions.

*Définition du terme "situé" (article 6 i)*

Pendant la session du Groupe de travail qui a eu lieu en octobre 1999, la question s'est posée de savoir s'il ne fallait pas faire preuve de plus de précision pour déterminer le lieu de situation de la succursale locale d'une banque étrangère. En l'absence de modification, le lieu pertinent serait celui où s'exerce l'administration centrale de la banque elle-même, ce qui pourrait avoir des conséquences peu pratiques. La délégation des États-Unis d'Amérique a proposé de retenir le lieu où est situé l'entité qui tient les livres sur lesquels la créance est inscrite. Cette solution semble pouvoir être acceptée puisqu'elle correspond à la pratique normale des succursales étrangères. En outre, elle pourrait facilement figurer dans des garanties de cession normalisées et rendrait moins nécessaire le lourd devoir de diligence du cessionnaire [l'effort de recherche].

*Efficacité et date de la cession (articles 9 et 10)*

Il faudrait que la Commission élimine l'anomalie qui touche, dans ces articles, à la date à laquelle la cession de créances futures a effet. Dans le cas de la cession d'une créance future, cette date doit être liée à la conclusion du contrat de cession, indépendamment du fait que la créance elle-même ne "naît" qu'à une date ultérieure. Cette fiction juridique est nécessaire pour régler les questions de priorité entre cessionnaires concurrents et, de plus, elle est essentielle à toute analyse de faillite.

*Limitations contractuelles à la cession (article 11)*

Il faudrait aussi que la Commission règle la question de la possibilité dont le débiteur peut se prévaloir d'annuler le contrat principal. Cette annulation qui pourrait paralyser le droit à encaissement du cessionnaire nuirait sérieusement à l'objectif du projet de Convention. Les cessionnaires comprennent qu'ils doivent accepter une cession sous réserve des exceptions qui peuvent découler de l'exécution du contrat principal. Néanmoins, étant donné que les articles 11 et 12 ont pour objectif important d'atténuer les conséquences des clauses contractuelles d'incessibilité, permettre au débiteur d'invoquer la violation d'une telle clause dans une action contre le cédant pour annuler le contrat lui-même serait totalement contraire à la protection que le paragraphe 2 de l'article 11 est censée offrir au cessionnaire qui, en ayant simplement connaissance de la clause, a décidé d'accepter la cession.

*Garanties dues par le cédant (article 14)*

L'article 14 n'indique pas clairement si les garanties sont données uniquement au cessionnaire immédiat ou également à tout cessionnaire subséquent. De ce fait, on ne voit pas très bien si un cessionnaire subséquent peut se retourner contre le cédant pour inexécution de garanties. Nous pensons qu'il faudrait laisser les parties déterminer qui a le droit de compter sur les garanties données. En l'absence de convention contraire expresse, les conséquences économiques de la décision des parties ne devraient retomber que sur le cessionnaire immédiat.

*Droit à paiement (article 15)*

En cherchant à éviter qu'un avantage indu échoie à un cessionnaire qui contrevient à une convention passée avec un cédant, le paragraphe 2 de l'article 15 risque d'offrir un profit inattendu au débiteur, ou à une autre partie, si une notification faite en violation d'une convention entre le cessionnaire et le cédant n'a pas d'effet aux fins des articles 20, 22 ou 24 à 26. Le cessionnaire qui adresse une notification abusive au débiteur ne devrait pas en tirer parti, mais il ne devrait pas en subir les graves conséquences sans qu'il soit tenu compte du type ou de la gravité de la violation. Il faudrait au minimum limiter la disposition en liant la violation à la sanction. Le membre de phrase suivant pourrait être ajouté au paragraphe 2 de l'article 15: "si les dispositions de la convention qui ont été violées étaient censées avoir un effet contraire."

*Loi applicable aux droits concurrents (article 24)*

Il y a vraisemblablement une anomalie importante entre le texte de l'alinéa *a* i de l'article et la manière dont le Groupe de travail entend déterminer l'étendue et la priorité du droit d'un cessionnaire au regard des cessionnaires qui ont des droits concurrents. Cet alinéa ne s'applique que si les cessionnaires ont obtenu leurs cessions de la *même* créance du *même* cédant. Dans une chaîne de cessions subséquentes (très probable dans le cas des prêts syndiqués et des opérations de titrisation d'actifs où les coprêteurs et les investisseurs acquièrent leurs droits indivis par voie de cession séparée), du point de vue technique, le dernier cessionnaire n'obtient pas sa cession du même cédant. Par conséquent, s'il était interprété littéralement, le projet de Convention ne contiendrait aucune règle de fond régissant les droits de ce cessionnaire en concurrence avec celui qui, par exemple, détient ses droits d'une cession faite par le cédant initial.

Nous sommes convaincus que le Groupe de travail entendait régler cette situation, en partant de l'idée que toutes les cessions subséquentes découlent de la cession initiale et proviennent, dans l'esprit du Groupe de travail, du "même" cédant. Pourtant, nulle part dans le projet de Convention on ne trouve de qualificatif attaché au terme "cédant", qui permettrait de faire une distinction entre le cédant initial et les cédants subséquents. En fait, c'est même le contraire, l'alinéa *b* de l'article 2 a été inclus dans le projet pour indiquer clairement que le terme peut désigner le cédant initial ou tout cédant subséquent. Pour résoudre ce problème, on pourrait peut-être donner des éclaircissements dans le commentaire, ou revoir le texte de l'alinéa *a* i de l'article 24 pour montrer que la cession vient, directement ou indirectement, du même cédant "initial'.

*Article 36*

La CFA est fermement persuadée qu'aucune exception ne devrait être faite pour les créances nées de la vente ou de la location des matériels d'équipement mobiles auxquels sera consacré le projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles qu'Unidroit est en train d'élaborer. La nature plus complète et plus générale du projet de Convention exige que priorité lui soit donnée.

## Fédération bancaire de l'Union européenne*

*[Original: anglais]*

### *I. Commentaires généraux*

Le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de la CNUDCI, chargé d'élaborer une loi uniforme sur la cession de créances, a adopté à sa dernière session à Vienne en octobre 1999 un projet de Convention à soumettre à la session de la Commission à New York en juin 2000. Dans ce projet, il reste à résoudre, entre autres questions, celle du traitement des créances financières et celle du sens à donner au "lieu de situation" ("location") sur lesquelles la Fédération bancaire de l'Union européenne est heureuse d'avoir l'occasion de faire part de ses vues.

Nous nous félicitons de l'initiative prise par la CNUDCI d'élaborer ce projet de Convention et pensons que l'harmonisation du droit relatif à la cession de créances améliorera beaucoup l'offre de crédit destiné à financer le commerce mondial. À notre avis, cependant, il importe que les dispositions du projet de Convention ne risquent pas de fragiliser la base juridique sur laquelle reposent les contrats financiers qui sont très courants et l'offre de crédit de financement du commerce. Nous proposons donc que ces questions, laissées en suspens par le Groupe de travail, soient réglées comme suit:

*1. L'efficacité des conventions d'incessibilité relatives aux créances financières devrait être préservée quand ces conventions font partie inhérente de la structure de l'opération, d'où une exception de portée plus limitée que celle qui est prévue dans le projet actuel.*

- Il faudrait donner la préférence à la variante B de l'article 5, mais la portée de l'exception devrait être limitée aux articles 11 et 12, et uniquement aux cas où le débiteur n'a pas consenti à la cession.

- Il conviendrait de modifier la définition du terme "créance commerciale" donnée à l'alinéa *l* de l'article 6 afin d'en exclure les créances nées de règlements dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et les créances nées de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale. Il y aurait alors lieu d'ajouter des définitions des termes "système de paiement ou de règlement des opérations sur titres", "contrat financier" et "convention de compensation globale".

- Il faudrait donner au terme "contrat financier" une définition suffisamment large pour que l'exclusion s'applique à la pratique courante des institutions financières qui offrent des facilités de crédit garanties par un compte de dépôt ou de titres, mais non à ces comptes en général.

*2. La définition du terme "situé" devrait être cohérente pour toutes les parties — cédant, cessionnaire ou débiteur — et s'appliquer aux succursales.*

- À l'alinéa *i* de l'article 6, la définition du lieu de situation ("situé") devrait être harmonisée de manière à s'appliquer à la fois au cédant, au cessionnaire et au débiteur — et pas uniquement au débiteur — et correspondre à "*l'établissement qui a la relation la plus étroite*" avec le contrat.

*3. L'importance primordiale de l'action internationale de lutte contre le blanchiment de capitaux devrait être expressément reconnue dans les dispositions relatives au paiement.*

- L'article 19 ne devrait s'appliquer aux comptes de dépôt cédés que dans la mesure où le preneur du dépôt est à même de répondre aux conditions d'identification pertinentes.

### *II. Propositions relatives à la forme*

*Limitations concernant les créances autres que les créances commerciales (article 5)*

Nous proposons de retenir la variante B, à laquelle seraient ajoutés les termes "À moins du consentement du débiteur" et supprimés les termes "... et la section II du chapitre IV", pour que le texte se lise comme suit (modification en italique):

> "*À moins du consentement du débiteur*, les articles 11 et 12 ne s'appliquent qu'aux cessions de créances commerciales. Pour ce qui est des cessions de créances autres que des créances commerciales, les questions traitées par ces articles doivent être réglées conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé."

*Définitions et principes d'interprétation (article 6)*

Nous proposons de modifier l'alinéa *i* de l'article 6 pour que la définition du lieu de situation soit cohérente pour toutes les parties — cédant, cessionnaire ou débiteur —, cette définition se lisant comme suit (modifications en italique):

> *"i)* i) Une personne est située dans l'État dans lequel elle a son établissement;
>
> ii) *Si le cédant ou le débiteur a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial*;
>
> iii) *Si le cessionnaire a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat de cession*;
>
> iv) *Si une personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.*"

*Représente les intérêts de plus de 3 000 banques de l'Union européenne ainsi que de la Suisse, de la Norvège et de l'Islande.

Nous proposons de modifier l'alinéa *l* de l'article 6 pour clarifier les questions exclues de la définition du terme "créance commerciale", cette définition se lisant comme suit (modification en italique):

*"l)* Le terme "créance commerciale" désigne une créance qui naît d'un contrat initial de vente ou de location de marchandises ou de fourniture de services *autre que les créances nées de règlements dans les systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres et les créance nées de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale ou utilisées à titre de garantie.*"

Nous proposons également d'ajouter trois définitions à l'article 6:

*"m)* Le terme "système de paiement ou de règlement des opérations sur titres" désigne tout arrangement contractuel conclu entre trois participants ou plus, stipulant des règles communes pour le règlement d'ordres de paiement ou de transfert de titres, ainsi que les garanties qui y sont liées, qu'il soit supporté ou non par une contrepartie centrale, un agent de règlement ou un organisme de compensation.

*n)* Le terme "contrat financier" désigne toute opération au comptant, à terme, à option ou swap portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur titres, toute opération de dépôt et toute opération analogue à l'une des précédentes, effectuée sur les marchés financiers, et toute combinaison de ces opérations ainsi que toute garantie ou facilité de crédit liée à l'une ou l'autre des opérations visées ci-dessus.

*o)* Le terme "convention de compensation globale" désigne une convention prévoyant un ou plusieurs des modes de règlement suivants:

i) Le règlement net des paiements dus dans la même monnaie à la même date par novation ou autrement;

ii) Dès l'insolvabilité d'une partie ou autre défaillance de sa part, la résiliation de toutes les opérations en cours à leur valeur de remplacement ou à leur valeur loyale et marchande, la conversion des sommes correspondantes dans une seule monnaie et la compensation sous forme d'un paiement unique effectué par une partie à l'autre; et

iii) La compensation des montants calculés comme prévu au sous-alinéa ii précédent au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus."

*Paiement libératoire du débiteur (article 19)*

Nous proposons de modifier le paragraphe 5 pour qu'il se lise comme suit (modification en italique):

"5) 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 *et, lorsque la créance est un dépôt, de respecter toutes les conditions imposées pour prévenir le blanchiment de capitaux comme s'il était un dépositaire*; 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."

### *III. Commentaires sur des points particuliers*

*1. Pourquoi les banques et les autres institutions financières se préoccupent-elles de préserver l'efficacité des conventions d'incessibilité dans les opérations financières?*

À première vue, on pourrait penser qu'une banque ou toute autre partie à une opération financière se trouve exactement dans la même situation que n'importe quel autre débiteur dans une autre opération. Mais ce n'est pas le cas. De nombreuses opérations financières comportent un risque de crédit, et la cession augmente non seulement ce risque, mais également ceux qui sont liés à la sécurité, aux litiges, à l'insolvabilité et à la réglementation.

Par exemple, une banque fournit, par l'intermédiaire de son correspondant, une lettre de crédit à un tiers exportateur pour le compte de son client importateur, lequel s'engage à rembourser la banque de tout montant payé sur la lettre de crédit, qui est garantie par un dépôt du client. La banque utilisera le dépôt en cas de défaut de paiement de son client. Si le client cède le dépôt à un cessionnaire avant le défaut de paiement, le cessionnaire peut réclamer paiement à la banque, qui se trouve dans la situation de devoir se retourner contre son client et encourt un risque de crédit qu'elle n'avait pas contracté (c'était après tout la raison pour laquelle elle avait pris le dépôt à titre de garantie). Dans ce cas, une clause d'incessibilité du dépôt fait partie inhérente de l'opération, et, si l'efficacité de la clause est mise en question, les banques n'offriront plus d'arrangement de ce genre à leurs clients.

Une autre opération classique est le swap de taux d'intérêt dans lequel les paiements indexés sur un taux fixe d'une partie sont compensés par les paiements indexés sur un taux variable de l'autre partie pour maintenir un flux dans les deux sens. Dans ce cas, le risque de crédit peut varier pendant la durée du swap, car les taux d'intérêt fluctuent, et les différents paiements effectués avant la compensation globale sont souvent très importants par rapport au montant net effectivement payé.

Les conventions de compensation globale étendent ce mécanisme à toute une série d'opérations et réduisent par compensation la totalité des cash flows et des obligations à un seul montant net par monnaie aux fins de règlement et à un seul montant en cas de défaillance, y compris la liquidation de l'une ou l'autre partie. Dans le cadre d'une telle convention, la cession d'une "créance" individuelle modifierait fondamentalement la structure de l'opération, et, pour cette raison, une telle cession ne peut généralement pas être effectuée sans le consentement de l'autre partie à la convention. Violer une clause de consentement préalable constitue un manquement qui déclenche la liquidation de toute la convention. Sous l'effet des clauses dites

de *"cross-default"*, qui figurent dans de nombreuses conventions financières, l'inexécution de l'une de ces conventions entraînera la résiliation des autres et pourra avoir des conséquences fatales pour le client ainsi que pour l'institution financière, qui court le gros risque de voir s'effondrer la structure de son portefeuille.

La réglementation relative aux conventions de compensation globale joue un rôle important dans la volonté des banques de conclure des opérations. Les organismes de réglementation tiennent compte de la réduction du risque de crédit en autorisant une réduction correspondante des capitaux requis, ce qui, par la suite, rend l'opération moins onéreuse pour le client. Mais ces organismes n'admettront l'efficacité de la compensation que si la banque a obtenu un avis juridique indiquant clairement que la convention assurera la compensation avant, pendant et après l'insolvabilité. Si l'avis comporte des doutes en raison de l'incertitude qui entoure l'application du projet de Convention, la convention de compensation ne sera pas jugée avoir effet au regard de la réglementation, l'avantage financier n'existera pas et l'opération sera plus coûteuse.

En outre, la cession de certains types de créances sans le consentement du débiteur peut, dans certaines circonstances, aboutir à une violation non délibérée des réglementations nationales. Dans certaines situations, une telle violation peut engager la responsabilité civile et pénale du débiteur. Ainsi, le débiteur peut se trouver dans une situation où il contrevient, sur le plan technique, à la législation américaine sur les valeurs mobilières ou les produits de base (telle que celle qui concerne les appels publics à l'épargne) si le cédant peut céder à un cessionnaire situé aux États-Unis certains types d'opérations (cessions temporaires de titres contre espèces, prêts sur titres ou swaps de devises), initialement conclues hors de ce pays.

Tous ces facteurs d'incertitude feront certainement hésiter les opérateurs financiers à utiliser ces instruments financiers, d'où une réduction de l'offre de crédits commerciaux et, partant, une fragilisation du principal objectif du projet de Convention.

*2. Les dispositions relatives à la protection du débiteur de la section II du chapitre IV, ou le texte de la variante A proposé pour l'article 5 ne répondent-ils pas à ces préoccupations?*

Bien que, conformément à l'une des dispositions les plus importantes de la section II du chapitre IV (article 20) relative à la protection du débiteur, toute cession soit soumise aux droits existants à compensation, cette disposition telle qu'elle est conçue semble ne pas s'étendre aux mécanismes de compensation par liquidation généralement prévus dans les conventions de compensation globale, qui dépendent aussi d'une défaillance et portent sur toutes les opérations existantes et futures. De plus, dans la compensation par liquidation, la compensation n'intervient pas toujours en tant que mécanisme juridique.

La variante A de l'article 5 permettrait la cession de créances financières, mais l'absence de consentement du débiteur n'aurait pas d'incidence sur ses droits et obligations. Du fait de cette combinaison complexe, la cession serait valable entre le cédant et le cessionnaire, mais n'aurait visiblement aucune incidence pour le débiteur. En cas de liquidation du cédant, le débiteur serait aussi un créancier, et le cessionnaire pourrait contester la priorité du droit du débiteur dans la liquidation. L'article 24 prévoit que le règlement du litige relèverait de la loi de l'État où est situé le cédant. Bien que le débiteur puisse éventuellement réussir à réfuter le droit du cessionnaire, cela entraînera des frais inutiles et les perspectives de litige possible décourageront les institutions financières de conclure de tels contrats. Il est également peu réaliste de donner une prétendue efficacité à une cession dans un contexte dans lequel une telle action n'a pas sa place.

Alors que le régime proposé dans la variante B est clair, celui qui est envisagé dans la variante A est certainement un facteur de grande incertitude pour les marchés financiers.

*3. Pourquoi supprimer dans la variante B de l'article 5 la référence à la section II du chapitre IV?*

Dans le cas d'une créance autre qu'une créance commerciale, la variante B de l'article 5, avec les modifications proposées, éliminerait l'application des articles 11 et 12. Si, en conséquence, une cession n'a pas d'effet parce qu'une convention interdisant la cession en l'absence de consentement du débiteur a été retenue, alors il n'y a pas de cession, et le chapitre IV n'a pas d'application. Si, en revanche, le consentement du débiteur n'est pas nécessaire ou si ce consentement a été obtenu, les dispositions du chapitre IV s'appliqueront comme à toute autre créance. Nous ne voulons pas réduire le champ d'application du projet de Convention plus que nécessaire afin de protéger les opérations qui nous intéressent.

*4. Pourquoi modifier la définition du terme "créance commerciale" à l'article 6* 1*?*

Les modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 6 sur les définitions visent à limiter la portée de l'exclusion des contrats financiers. Le texte initial de la définition du terme "créance commerciale" aurait exclu les "services financiers", terme à la fois extrêmement large et difficile à définir. En n'excluant que les créances nées de règlements dans des systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres ou de contrats financiers régis par des conventions de compensation ou utilisées comme garantie, nous proposons de réduire la portée de l'exclusion et de la limiter à certaines catégories de contrats ou de paiements qui dépendent d'arrangements de compensation ou de garantie rendus nécessaires pour des considérations tenant à l'insolvabilité, et imposés par les normes internationales en matière de contrôle financier (y compris les normes de fonds propres).

L'utilisation par les institutions financières de dépôts ou de titres comme garantie des crédits commerciaux qu'elles octroient est pratique courante. Dans ces cas, la cession du dépôt ou des titres est subordonnée au consentement du débiteur. Autoriser le titulaire du compte à céder le dépôt ou les titres sans limite diminuerait fortement leur valeur en tant que garantie, ce qui créerait par la suite autant de difficultés pour le financement du commerce que le projet de Convention est censé éviter.

*5. Les définitions supplémentaires sont-elles nécessaires?*

Nous pensons que les définitions *m*, *n* et *o,* qu'il est proposé d'ajouter à l'article 6, rendent le projet de Convention beaucoup plus clair et assurent à l'exclusion qui touche aux créances financières une portée qui n'est pas plus large que nécessaire pour répondre à nos préoccupations.

*6. Comment les mesures de prévention du blanchiment de capitaux affectent-elles la cession?*

La communauté internationale a fait de la prévention du blanchiment de capitaux un élément clef de la lutte contre le trafic de drogues et d'autres crimes graves. Les institutions financières ont été soumises à des règles spécifiques parmi lesquelles l'identification du client et l'assurance que les fonds proviennent d'une source de bonne foi. Les établissements recevant des dépôts ne peuvent accepter la cession des dépôts à des tiers que s'ils sont en mesure de procéder aux vérifications requises en matière d'identification et de probité.

Ce qui nous préoccupe, c'est la fraude ou la malversation. Supposons que le déposant M. Smith cède le dépôt à M. Jones. Un individu se présente à la banque, déclare qu'il est M. Jones et produit une lettre signée par M. Smith confirmant la cession. Il demande à la banque de lui payer le dépôt en espèces ou par transfert international à un tiers. La banque risque d'être partie à une conversion illégale de fonds, tout comme elle le serait si elle procédait de cette manière avec un chèque de M. Smith. Les banques se protègent en insistant pour connaître l'identité exacte de M. Jones avant d'accepter des chèques à lui payer. Les vérifications d'identité font partie de l'élément "connaître votre client" des règles relatives au blanchiment de capitaux, et non de l'élément "opération douteuse".

L'article 19 paraît ne pas tenir compte du droit de la banque d'insister sur l'identification. Le paragraphe 5 de cet article assure une protection en ce sens que le débiteur peut demander de prouver au moyen d'un écrit que la cession a été effectuée, mais cela ne résout pas le problème de l'identification du cessionnaire. La modification qu'il est proposé d'apporter à l'article 19 préciserait que les dispositions du projet de Convention ne sont pas contraires aux mesures de prévention du blanchiment de capitaux.

Dans notre projet, les propositions ont des effets pratiques modestes.

- La plupart des dépôts ne font pas intervenir de clause d'incessibilité, si bien que la question du consentement du débiteur ne se pose pas. Si le dépôt est assorti d'une clause d'incessibilité parce qu'il sert de garantie, les arguments avancés à propos des conventions de compensation globale valent aussi dans ce cas.

- Les banques insisteront généralement sur l'identification du cessionnaire, si bien que les termes ajoutés au paragraphe 5 de l'article 19 ne serviront qu'à protéger la banque et à éviter tout litige possible. De plus, la plupart des cessions sont généralement faites à d'autres institutions financières, si bien que le besoin d'identification sera rare.

*7. Pourquoi modifier la définition du terme "situé"?*

Les institutions financières sont parties à des cessions en tant que débitrices, cédantes ou cessionnaires, et presque toutes fonctionnent par l'intermédiaire de succursales dont les activités relèvent généralement de la loi et de la juridiction locales. Nous nous intéressons donc en particulier aux dispositions applicables au lieu où est située la partie qui a plusieurs établissements. À notre avis, dans ce cas, le lieu où est situé l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat doit être retenu de préférence au lieu où s'exerce l'administration centrale, qui est actuellement prévu pour le cédant et le cessionnaire aux alinéas *i* et *ii* de l'article 6. "L'administration centrale" est un critère particulièrement contestable dans le cas du cédant, essentiellement pour trois raisons:

- Premièrement, dans les cas où le cédant est affilié à un groupe qui opère à l'échelle internationale, les étrangers ne peuvent pas savoir *ipso facto* si la relation contractuelle est établie avec une succursale dépendante ou une filiale indépendante.

- Deuxièmement, une référence à l'administration centrale (ou siège social) peut aboutir à une cession qui est effectuée par l'intermédiaire de la succursale d'une société hors du pays dans lequel cette administration est située (soit une "cession internationale"), même si cette succursale ainsi que le cessionnaire et le débiteur relèvent tous trois d'un même régime juridique, différent de celui du lieu où est située l'administration centrale. Cela entraînerait l'application d'un régime juridique qui n'a pas de lien réel avec le contrat.

  Par exemple, une société dont le siège social est établi en France cède une créance par l'intermédiaire d'une succursale en Allemagne, pays dans lequel sont également situés le cessionnaire et le débiteur. Toute référence au siège social (ou à l'administration centrale) entraînerait l'application de la loi française, bien que la France n'ait pas de lien réel avec le contrat.

- Troisièmement, enfin, la référence au siège social revient à dire qu'en cas de lois concurrentes l'application des régimes juridiques des sièges sociaux serait favorisée sans qu'il soit tenu compte d'un quelconque lien juridique naturel de ces régimes avec les opérations en cause.

Une définition cohérente du terme "situé" pour toutes les parties à une opération (cédant, cessionnaire et débiteur) sera plus conforme à la réalité des affaires et contribuera à prévenir les problèmes de concurrence entre les régimes juridiques.

## Financial Markets Lawyers Group*

*[Original: anglais]*

Le Financial Markets Lawyers Group approuve les recommandations faites récemment par la Fédération bancaire de l'Union européenne pour améliorer le texte du projet de Convention de la CNUDCI sur les cessions que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux ("le Groupe de travail') a adopté à sa dernière session à Vienne en octobre 1999 ("le projet de Convention"). Nous louons la CNUDCI pour les efforts qu'elle met en œuvre afin de faciliter le financement du commerce international et sommes convaincus que l'adoption du projet de Convention aboutira à une meilleure harmonisation des règles qui régissent actuellement la cession internationale de créances.

Toutefois, nous pensons que le projet de Convention ne devrait pas fragiliser la base juridique sur laquelle reposent les contrats actuellement conclus sur les marchés financiers hors cote et utilisés à titre de garantie. Comme le sait le Groupe de travail, les conventions standardisées que les participants sur ces marchés utilisent actuellement contiennent généralement une disposition qui interdit expressément la cession par une contrepartie de tous droits ou obligations sous-jacents sans le consentement préalable de l'autre contrepartie et prévoient certains droits et obligations des parties en ce qui concerne la garantie. C'est ainsi que sont assurées la certitude et la prévisibilité des dispositions de ces conventions relatives à la compensation et que les participants sont en mesure de mieux gérer les risques de crédit de leurs contreparties.

De ce fait, nous approuvons les modifications que la Fédération bancaire de l'Union européenne propose d'apporter au projet de Convention et encouragerons la Commission à insérer dans ce projet les termes "contrat financier" et "convention de compensation globale" définis dans le sens indiqué par la Fédération. Dans un souci de clarification, toutefois, nous notons que la définition donnée par la Fédération pour le terme "convention de compensation globale", telle que nous la comprenons, est censée inclure les conventions-cadres de compensation (telles que celles qui sont publiées actuellement par le FXC) qui permettent à une partie, dans certaines situations, de liquider certaines opérations sous-jacentes, mais pas nécessairement toutes.

Comme la Fédération bancaire de l'Union européenne, nous pensons que le projet de Convention ne devrait pas s'appliquer aux créances nées de règlements dans les systèmes de paiement ou de règlement des opérations sur titres. Permettre aux participants à un tel système de céder leur créance est à l'évidence de nature à compromettre la fluidité du fonctionnement de ces systèmes et à nuire à la certitude et à la finalité des règlements. Nous approuvons donc la recommandation de la Fédération qui tend à exclure plus clairement ces créances du champ d'application du projet de Convention.

En bref, nous demandons instamment à la Commission d'approuver les modifications de forme proposées par la Fédération bancaire de l'Union européenne dans ses Commentaires. De nouveau, nous félicitons la Commission des efforts qu'elle met en œuvre pour mettre en place un régime juridique qui permettra un meilleur développement du financement du commerce international. Nous restons prêts à fournir à la Commission tous autres renseignements dont elle pourrait avoir besoin.

*Le Financial Markets Lawyers Group ("FMLG"), organisme indépendant placé sous les auspices de la Federal Reserve Bank de New York ("FRBNY"), est composé de représentants des différentes banques commerciales et banques d'investissement des États-Unis et d'Europe actives sur les marchés des changes hors cote. Il a pour principale responsabilité de coordonner différents projets juridiques entrepris par le Foreign Exchange Committee de New York ("FXC"). Le FXC, lui même créé sous les auspices de la FRBNY représente un grand nombre des principaux participants aux opérations de change en devises. Le FMLG est également chargé d'élaborer la législation qui vise à renforcer l'intégrité des marchés financiers et d'établir des documents et des contrats types concernant des questions précises liées aux marchés.

## Europafactoring

*[Original: anglais]*

*Le terme "situé" (article 6* i*)*

La question du lieu de situation du cédant et du cessionnaire reste ouverte, tandis que celle du lieu de situation du débiteur a été réglée de manière raisonnablement satisfaisante. La règle de l'administration centrale permettra de prévoir les résultats de l'application du projet de Convention. Cependant, si le cédant a un établissement (une succursale) dans un État contractant et une administration centrale dans un État non contractant, le projet de Convention ne s'appliquera pas. L'exception proposée pour les succursales des institutions financières vise à tenir compte de l'idée que le champ d'application du projet de Convention devrait être aussi large que possible et à assurer l'application de ce projet au cas qui vient d'être mentionné. Nous nous en félicitons. Néanmoins, l'exception proposée soulève deux problèmes. Tout d'abord, pour les succursales de certaines branches d'activité, l'exception serait difficile à définir (devrait-elle s'appliquer aux banques, ou aux financiers, ou aux financiers et aux compagnies d'assurances, et quelle serait la loi applicable pour déterminer si une entreprise est une entreprise bancaire?). De ce fait, une incertitude surviendrait quant à l'application du projet de Convention.

Par ailleurs, l'intérêt de cette exception serait limité. Étant donné que la loi applicable aux questions de priorité doit être déterminée par référence au lieu de situation du cédant, l'exception aboutirait à l'application des règles de priorité du pays dans lequel est située la succursale. Il n'est pas certain que ces règles seraient reconnues dans le pays dans lequel est située l'administration centrale du cédant et où serait vraisemblablement ouverte la procédure d'insolvabilité. De ce fait, pour être protégé, le cessionnaire devrait aussi se conformer aux règles de priorité du pays dans lequel est située l'administration centrale.

Cela peut sembler étrange, mais une créance née d'un contrat conclu avec une succursale est, du point de vue juridique, une créance qui appartient à la personne morale dont le lieu de situation est celui de son administration centrale. S'agissant de l'affacturage, l'exception envisagée n'a qu'une importance mineure, car les sociétés d'affacturage et leurs clients ont des établissements dans des pays qui adopteront probablement le projet de Convention. Pour les banques dont l'administration centrale est située dans un paradis fiscal (qui normalement n'adoptera pas le projet de Convention) et qui ont des succursales dans des centres financiers, l'exception n'aurait pas non plus une grande importance, du moins dans la mesure où ces banques joueraient généralement le rôle de cessionnaire, et non de cédant (et le lieu de leur situation n'aurait aucun rôle dans la détermination de la loi applicable à la priorité).

Il pourrait sembler vain de déterminer les différentes possibilités qui peuvent se présenter quant à l'application de la règle relative au lieu de situation et à l'exception concernant les succursales. Cependant, nous avons cherché à trouver, au moins, un moyen de systématiser et de comprendre les solutions convenues jusqu'à présent. À cet égard, nous relèverons que, s'il importe que le cédant soit situé dans un État contractant pour déterminer le champ d'application ainsi que les règles de priorité applicables, en revanche le lieu de situation du cessionnaire ou du débiteur n'a aucune importance en ce qui concerne ces questions (exception faite de la question de l'internationalité).

Si c'est essentiellement le lieu de situation du cédant qui importe, il serait judicieux de déterminer d'abord à quel point la règle affecte les activités et de décider en conséquence des exceptions éventuelles. La Commission voudra peut-être ne se concentrer que sur un petit nombre de cas portant sur des créances nées dans le pays dans lequel est situé le cédant et laisser de côté les cessions subséquentes auxquelles, conformément aux règles relatives à ces cessions, le projet de Convention s'appliquerait du fait qu'une cession internationale aurait été effectuée antérieurement.

| *Cédant* | *Succursale* | *Cessionnaire* | *Succursale* | *Application* | *Priorité selon la Convention* | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Dans État contractant (dans) | Dans | Dans État contractant | Aucune | Oui | Oui | Opération à partir du siège social |
| | Hors | | | Oui | Oui | |
| | Aucune | | | Oui | Oui | |
| Dans État non contractant (hors) | Dans | | | Non | Non | |
| | Hors | | | Non | Non | |
| | Dans | | | Oui | Oui | Opération à partir de la succursale |
| Dans | | Dans | Aucune | | | |
| | Hors | | | À débattre (oui) | À débattre (non) | |
| Hors | Dans | | | À débattre (oui) | À débattre (non) | |
| | Hors | | | Non | Non | |
| | Dans | | Aucune | Oui | Oui | Opération à partir du siège social |
| Dans | | Hors | | | | |
| | Hors | | Dans | Oui | Oui | |
| | Aucune | | Hors | Oui | Oui | |
| Hors | Dans | | Dans | Non | Non | |
| | Hors | | Hors | Non | Non | |
| | Dans | | Dans | Oui | Oui | Opération à partir de la succursale |
| Dans | | Hors | | | | |
| | Hors | | Hors | À débattre (oui) | À débattre (non) | |
| | Dans | | Dans | À débattre (oui) | À débattre (non) | |
| Hors | | | | | | |
| | Hors | | Hors | Non | Non | |

*Forme de la cession*

Le projet de Convention ne contient aucune règle de fond relative à la forme de la cession. Dans un souci de certitude, du moins quant à la loi applicable à la forme, le projet de Convention devrait préciser que la loi du pays dans lequel est situé le cédant régit les conditions de forme. Cette approche correspondrait à celle qui a été suivie dans le cas de la loi applicable aux questions de priorité. Dans le projet de Convention, il faudrait aussi clarifier le fait que, si la cession doit être effectuée par écrit, le terme "écrit" serait entendu conformément au projet de Convention, et comprendrait les moyens électroniques de communication, même si ces moyens ne sont pas reconnus dans le pays où est situé le cédant.

*Créances financières (article 5)*

Nous nous sommes toujours félicités de l'idée que le projet de Convention devrait faciliter l'octroi de crédits à un coût plus faible, sans pour autant porter atteinte aux pratiques déjà en vigueur sur le marché. Si ces pratiques peuvent être définies correctement et séparées des pratiques touchant au financement de créances commerciales, telles que l'affacturage, nous ne nous élèverons contre aucune règle concernant ces pratiques. À ce propos, il convient d'examiner si le projet de Convention ou seulement certaines de ses dispositions (par exemple, les articles 11 et 12) ne devraient pas s'appliquer à ces pratiques. Un groupe de branches d'activité peut s'opposer à l'adoption du projet de Convention au motif que certaines exceptions sont accordées à un groupe et non à l'autre. Cependant, en nous fondant sur l'expérience acquise lors de l'adoption de la Convention d'Ottawa sur l'affacturage international ("la Convention d'Ottawa") en Allemagne, à laquelle certains groupes se sont opposés uniquement à cause des règles relatives aux clauses d'incessibilité, nous noterons qu'exclure entièrement certaines pratiques financières du champ d'application du projet de Convention peut rendre le projet plus facile à accepter.

*Rapports avec d'autres textes internationaux (article 36)*

Pour des raisons d'ordre politique, il pourrait être judicieux de subordonner le projet de Convention à d'autres conventions et, en particulier, à la Convention d'Ottawa. Le champ d'application de la Convention d'Ottawa est très étroit (il ne couvre même pas toutes les opérations d'affacturage) et les règles des deux conventions peuvent être presque identiques. Cependant, cette approche serait source d'incertitude. Les parties peuvent exclure l'application de la Convention d'Ottawa dans sa totalité (le projet de Convention de la CNUDCI ne prévoit pas cette exclusion totale). Si les parties excluent l'application de la Convention d'Ottawa, la question se pose de savoir si le projet de Convention de la CNUDCI ou la loi nationale s'appliquera pour combler le vide. De plus, la Convention d'Ottawa prévoit la possibilité de faire certaines réserves à la règle relative aux clauses d'incessibilité; deux États ont fait une réserve.

Un régime comportant des règles et des exceptions nationales et internationales concernant l'incessibilité et des règles internationales qui n'ont pas la même teneur ni le même champ d'application ne favoriserait pas la certitude juridique et ne serait pas conforme aux principaux objectifs du projet de Convention. Cela étant, en louant les rédacteurs du projet de Convention pour leur modestie, nous proposons, sans nullement manquer au respect dû à la Convention d'Ottawa, que le projet de Convention ait la primauté sur cette Convention. Dans la mesure où le projet de Convention sera adopté par un grand nombre, cette démarche assurera la certitude de toutes les opérations d'affacturage à l'échelle mondiale. Nous nous réservons la possibilité de formuler d'autres commentaires lorsque nous aurons pris connaissance de ceux des gouvernements et d'autres organisations. Sous réserve de l'invitation de la CNUDCI, nous serons représentés à la session de la Commission en juin 2000 et attendons avec intérêt tous commentaires portant sur les idées avancées ci-dessus.

## Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)

*[Original: anglais]*

### *I. Commentaires généraux*

Le secrétariat d'Unidroit saisit l'occasion qui lui est donnée de féliciter le Groupe de travail pour l'excellent travail qu'il a accompli dans ce domaine délicat. En général, il note que le Groupe de travail a reconnu indirectement ce que la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international a apporté au projet de Convention (A/CN.9/466, par. 193) et suggère de faire état plus explicitement de cet apport dans le préambule du projet de Convention, par exemple, en y insérant une clause indiquant que le projet de Convention s'inspire des résultats de la Convention d'Unidroit. Il relève en outre la déclaration selon laquelle, "suivant les principes généraux du droit conventionnel, le projet de Convention ne prévaudrait pas sur la Convention d'Ottawa parce que cette dernière est plus spécifique". Nous suggérons qu'il en soit fait état dans un mémorandum explicatif qui pourra être établi en temps opportun une fois le projet de Convention adopté.

### *II. Commentaires sur des points particuliers*

*Relations entre le projet de Convention et l'avant-projet de Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ("l'avant-projet de Convention") et les avant-projets de protocoles s'y rapportant.*

S'agissant des relations entre, d'une part, le projet de Convention et, d'autre part, l'avant-projet de Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ("l'avant-projet de Convention") et les différents avant-projets de protocoles s'y rapportant qui sont en cours d'élaboration, à savoir un

avant-projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement ferroviaires roulants et un avant-projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement spatiaux, le secrétariat d'Unidroit fera tout d'abord observer que la question a été renvoyée au Groupe de travail sur le droit public international créé à la deuxième session conjointe du Comité d'Unidroit d'experts gouvernementaux et du Sous-Comité du Comité juridique de l'OACI chargé d'examiner l'avant-projet de Convention et l'avant-projet de protocole aéronautique, qui a eu lieu à Montréal du 24 août au 3 septembre 1999. Le Groupe de travail sur le droit international public a tenu sa première session à Cape Town et dans le *Blue Train* en route vers Prétoria du 8 au 11 décembre 1999. Il tiendra une autre session pendant la troisième session conjointe qui aura lieu à Rome du 20 au 31 mars 2000, et son rapport sera ensuite examiné en plénière.

Lors des travaux d'élaboration de l'avant-projet de Convention et des différents avant-projets de protocoles s'y rapportant, les auteurs de ces textes ont constamment cherché à éviter d'entrer en conflit avec le projet de Convention. Preuve en est la délimitation de l'avant-projet de Convention par référence aux garanties portant sur les matériels d'équipement mobiles protégées par enregistrement fondé sur des actifs identifiés. Très vite, il a été décidé de ne pas opter pour un système d'enregistrement fondé sur le débiteur et de ne pas traiter des conditions relatives à la constitution de garanties définitives ni des règles de priorité relatives au financement par cession de créances séparée de l'actif principal.

Le champ d'application de l'avant-projet de Convention a été dès le départ délimité par référence aux catégories de matériels d'équipement mobiles de forte valeur qui, par nature, font généralement l'objet de déplacements transfrontières ou internationaux sur une base régulière dans le cadre normal des activités et qui sont susceptibles d'individualisation. L'idée était qu'un champ ainsi limité permettrait raisonnablement de rendre le nouveau régime international plus facile à accepter par les États pour lesquels ses innovations risquaient de soulever les plus grandes difficultés. Jusqu'à la première session conjointe, tenue à Rome du 1er au 12 février 1999, l'avant-projet de Convention contenait par conséquent une liste des catégories spécifiques de matériels d'équipement mobiles auxquelles ses dispositions devaient s'appliquer (cellules d'aéronefs, moteurs d'aéronefs, hélicoptères, navires immatriculés — couverture provisoire —, plates-formes de forage, conteneurs, matériels ferroviaires roulants, biens spatiaux) et un groupe résiduel des "catégories de biens susceptibles d'individualisation" (cf. Étude LXXII-Doc. 42, article 3 *a* à *i*).

Il est vrai que cette liste ne caractérise plus l'avant-projet de Convention et, de l'avis mûrement pesé du secrétariat d'Unidroit, c'est ce qui explique certaines des difficultés que des membres du Groupe de travail de la CNUDCI ont rencontrées dans le passé pour envisager d'exclure du projet de Convention la cession des créances qui deviennent des droits liés au financement des catégories de matériels d'équipement mobiles relevant de l'avant-projet de Convention. Le paragraphe 85 du rapport du Groupe de travail (A/CN.9/466) donne nettement l'impression que c'est essentiellement la perspective d'une exception dont la portée pouvait être indéterminée, ouverte à la suite de la décision de la première session conjointe de supprimer la liste susmentionnée de l'avant-projet de Convention, qui a rendu cette exception des plus difficiles à accepter pour le Groupe de travail. Pour cette raison, le secrétariat d'Unidroit entend proposer à la troisième session qui se tiendra prochainement de réinsérer la liste qui avait été supprimée à la première session conjointe.

Dans ces circonstances et sur cette base, la solution privilégiée par le secrétariat d'Unidroit serait que le projet de Convention exclue expressément de son champ d'application la cession des créances qui deviennent des droits liés au financement des catégories de matériels d'équipement mobiles visés par l'avant-projet de Convention. Les différentes catégories de matériels d'équipement mobiles envisagées sont de nature à bénéficier depuis toujours d'un statut spécial. Différents aspects de la structure du nouveau régime international correspondent à la spécificité des catégories de matériels visés. Tout d'abord, chaque catégorie de matériels entrant dans le champ d'application de l'avant-projet de Convention fera l'objet d'un protocole séparé contenant les dispositions nécessaires à l'adaptation des règles générales de l'avant-projet de Convention aux caractéristiques particulières du financement des matériels de chacune des catégories. En second lieu, pour l'enregistrement de chaque catégorie de matériels et l'établissement d'un ordre de priorité entre chacun des enregistrements, un registre international distinct sera créé. L'accent mis sur la spécificité des actifs couverts par le nouveau régime international est une particularité sur laquelle Unidroit a insisté dans tout le travail qu'il a consacré au projet jusqu'ici.

Indépendamment de ce qui précède, le groupe de travail aéronautique, le groupe de travail ferroviaire et le groupe de travail spatial ont chacun demandé d'exclure du champ d'application du projet de Convention la cession des créances qui deviennent des droits liés au financement des catégories de matériels aéronautiques, ferroviaires roulants et spatiaux visés par l'avant-projet de Convention et les protocoles d'application s'y rapportant. Ces groupes, qui relèvent d'Unidroit, ont été chargés de suivre l'application de l'avant-projet de Convention aux matériels aéronautiques, aux matériels ferroviaires roulants et aux biens spatiaux et de centraliser les connaissances dans chaque secteur. Ils sont composés de représentants des fabricants, des utilisateurs et des financiers ainsi que des organisations internationales compétentes.

Ces trois groupes ont clairement souhaité que les cessions de créances à titre de garantie dans les opérations de financement aéronautique, ferroviaire et spatial soient régies par des instruments spécifiques aux différents matériels d'équipement — à savoir l'avant-projet de Convention et les différents protocoles d'application s'y rapportant — et non par le projet de Convention. Le groupe de travail aéronautique, en particulier, a insisté sur le vif intérêt manifesté par l'industrie aéronautique pour un régime unique tenant compte des pratiques et structures de financement dans ce secteur.

La valeur d'actifs tels que les matériels aéronautiques, les matériels ferroviaires roulants et les biens spatiaux réside dans le profit qui peut être tiré de leur vente ou de leur location. Permettre au débiteur de céder des créances découlant d'un tel actif en application d'un système autre que celui qui s'applique au nantissement de l'actif ou à toute autre forme d'hypothèque sur cet actif porterait atteinte au concept de base de l'avant-projet de Convention.

L'indivisibilité de l'actif et le profit qui peut être tiré de sa vente ou de sa location sont clairement consacrés au paragraphe 1 de l'article 8 et à l'article 10 de l'avant-projet de Convention, relatifs aux droits en cas de défaillance, et à l'article 14, relatif aux mesures provisoires.

Dans le cas des montages financiers touchant aux secteurs aéronautique, ferroviaire et spatial, il existe un lien inextricable entre, d'une part, les matériels d'équipement aéronautiques, les matériels ferroviaires roulants et les biens spatiaux et, d'autre part, les créances liées à ces matériels ou à ces biens. Dans le secteur spatial, par exemple, une grande partie de la valeur d'un satellite découle des différents droits liés à l'exploitation de ce satellite, en particulier les créances s'y rattachant. Ces droits constituent un élément essentiel de la valeur commerciale du satellite et, sans eux, cette valeur est très faible. Il est donc indiqué que les sûretés attachées à la fois à l'actif et aux créances qui y sont liées soient soumises à un régime commun, dans le souci d'éviter non seulement les problèmes de conflit de lois, mais aussi le manque de prévisibilité commerciale qui en résulterait et l'augmentation du coût des opérations.

Eu égard à la solution qui consisterait à laisser l'avant-projet de Convention et les différents avant-projets de protocoles s'y rapportant prévaloir sur le projet de Convention, le groupe de travail aéronautique fait valoir ce qui suit:

"1) De nombreux systèmes juridiques nationaux, y compris la législation propre à l'aéronautique, régissent actuellement les cessions au moyen de règles qui sont plus conformes aux pratiques en matière de financement dans ce secteur que celles qui sont proposées dans [le projet de Convention] la Convention. Il est inutile de bouleverser ces systèmes qui servent bien le financement dans l'aéronautique à moins de concevoir les changements qui en résulteront en fonction des exigences du financement dans ce secteur.

2) Comme il se peut que [l'avant-projet de Convention] soit adopté ultérieurement, des règles peu satisfaisantes risquent d'être applicables aux opérations qui interviendront dans l'intervalle. Dans ce cas, les processus de mise au point et de ratification [du projet de Convention] de la Convention risquent d'être compliqués/retardés en raison des objections soulevées par l'aéronautique et/ou de la nécessité de procéder à d'autres consultations nationales et internationales.

3) Au lieu de les résoudre, l'approche proposée soulève des problèmes possibles liés au champ d'application et à l'application dans le temps des deux instruments. La prévisibilité commerciale s'en trouvera diminuée, d'où des coûts d'opération plus élevés.

4) Cette approche ne réglera pas le conflit qui peut survenir entre [le projet de Convention] la Convention et la Convention de Genève [relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronefs]."

À ce propos, il convient de noter que l'avant-projet de Convention et l'avant-projet de protocole aéronautique contiennent des dispositions détaillées relatives à la coordination entre ces deux textes et la Convention de Genève. Les trois premiers inconvénients valent également pour les matériels ferroviaires roulants et les biens spatiaux.

Au cas où la Commission ne s'estimerait pas en mesure de souscrire à la solution privilégiée par le secrétariat d'Unidroit qui tend à exclure du champ d'application du projet de Convention la cession de créances qui deviennent des droits liés au financement de toutes les catégories de matériels d'équipement mobiles entrant dans le champ d'application de l'avant-projet de Convention, le secrétariat d'Unidroit propose qu'elle réponde néanmoins au désir clairement exprimé par les groupes de travail aéronautique, ferroviaire et spatial de voir exclue du projet de Convention la cession des créances qui deviennent des droits liés au financement des matériels aéronautiques, des matériels ferroviaires roulants et des biens spatiaux visés par la future Convention d'Unidroit, appliquée conformément aux protocoles s'y rapportant.

---

**A/CN.9/472/Add.2**

## Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

### TABLE DES MATIÈRES


*Pages*

ÉTATS ..... 394

Émirats arabes unis ..... 394

Espagne ..... 394

Irlande ..... 396

Roumanie ..... 397

ORGANISATIONS INTERNATIONALES ..... 397

Factors Chain International ..... 397


---

ÉTATS

## Émirats arabes unis

*[Original: arabe]*

### *I. Commentaires généraux*

Dans l'ensemble, nous ne voyons aucun conflit entre le projet de Convention et la législation en vigueur dans notre État (nous n'avons pas reçu les Commentaires de tous les organes compétents et adresserons éventuellement d'autres observations dès que nous les recevrons). Cependant, dans la version arabe du projet de Convention, le sens d'un certain nombre d'articles est obscur, en raison de l'emploi de termes incompréhensibles (tels que le mot arabe employé pour "affacturage" à l'article 6 *c* ou de la structure de certaines dispositions (par exemple, les articles 19-6, 20-3 et 22-1).

### *II. Commentaires sur des points particuliers*

*Titre*

Le titre devrait être: "Projet de Convention sur la cession de créances dans le commerce international" (avec modification du mot arabe employé pour "cession").

*Loi applicable à la relation entre le cédant et le cessionnaire (article 28)*

Nous sommes d'avis que le principe énoncé à l'article 28 — à savoir que la loi applicable aux droits et obligations du cédant et du cessionnaire à défaut de choix d'une loi de leur part est "la loi de l'État avec lequel le contrat de cession a la relation la plus étroite" — n'est pas suffisamment précis. Néanmoins, nous notons que l'article 37 permet à un État de déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre V.

*Traitement des créances autres que les créances commerciales (article 5)*

Le texte de la variante A contient de nombreuses références à des articles subséquents, qui, à leur tour, renvoient à d'autres dispositions, ce qui a pour effet de fragmenter le contenu des dispositions du projet de Convention et d'en obscurcir le sens. Le même commentaire vaut pour de nombreux autres articles. Nous proposons que soit adoptée la variante B, car elle traite des mêmes dispositions avec moins de renvois et, de ce fait, est plus claire.

## Espagne

*[Original: espagnol]*

### *I. Commentaires généraux*

Le Gouvernement espagnol tient à féliciter la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) pour l'achèvement des travaux menés par le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux en vue d'élaborer un projet de Convention sur la cession de créances dans le commerce international (ci-après dénommé le "projet de Convention").

Ces félicitations traduisent le point de vue général du Gouvernement sur le projet de Convention, qu'il considère comme un moyen approprié et efficace de favoriser l'uniformisation du droit en matière de cession de créances dans le commerce international. Aussi le Gouvernement juge-t-il ce projet tout à fait acceptable. Les commentaires suivent l'ordre des questions soumises dans la note du secrétariat de la CNUDCI, par laquelle les gouvernements étaient invités à faire part de leurs observations (LA/TL 133 (18) CU 99/247).

### *II. Commentaires sur des points particuliers*

*Titre et préambule*

Le titre devrait faire référence au "commerce international" et non au "financement". Le terme "financement" pourrait donner lieu à des problèmes d'interprétation, car il n'est pas compris partout de la même manière. La définition donnée à l'article 6 *c* ne résoudrait pas entièrement ces problèmes. En outre, une référence au "financement" risquerait de faire paraître le champ d'application du projet de Convention plus étroit qu'il ne l'est en réalité. Pour les mêmes raisons, cette référence pourrait être supprimée du préambule. Toutefois, comme le projet de Convention a pour principal objet de faciliter les pratiques de financement, le commentaire sur ledit projet devrait contenir une liste des pratiques de financement visées, assortie d'explications appropriées. Le commentaire devrait, en particulier, indiquer que le cédant et le cessionnaire appartiennent normalement au monde des affaires, ce qui permettrait également de préciser le sens de l'exclusion prévue à l'article 4-1 *a*. En conclusion, le titre devrait être libellé comme suit: "Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international".

*Champ d'application du chapitre V (article 1-3)*

L'article 1-3 a pour objet d'assurer la sécurité quant à la loi applicable aux opérations de cession dans un contexte international, dans le cas où ces opérations entrent ou non dans le champ d'application du projet de Convention. Pour que le chapitre V s'applique, une opération doit comporter un élément international, tel que défini à l'article 3, mais il n'est pas nécessaire qu'une des parties soit située dans un État contractant. Le chapitre V est utile en ce qu'il codifie certains principes généralement acceptés, tels que l'autonomie des parties (art. 28) et la protection du débiteur (art. 29), tout en traitant d'autres aspects, tels que les questions de

priorité (art. 30), sur lesquels les règles de droit international privé actuelles, en particulier l'article 12 de la Convention de Rome, ne sont pas parfaitement claires.

Le chapitre V devrait être applicable aux cas comportant un élément d'internationalité tel que défini à l'article 3, même en l'absence de lien territorial entre l'une des parties et le projet de Convention. À cet égard, aucun obstacle sérieux ne semble s'opposer à l'adoption d'une miniconvention de droit international privé, bien que tout conflit éventuel avec la Convention de Rome doive être évité. On peut également arguer que le chapitre V est susceptible de compléter utilement les dispositions de droit matériel du projet de Convention. En conséquence, il faudrait maintenir l'article 1-3 et le chapitre V, en y apportant quelques petits changements de forme.

*Créances financières (article 5)*

Il conviendrait de traiter, à certains égards, les cessions de créances financières différemment des cessions de créances commerciales. Toutefois, il n'y a pas lieu de définir, dans le projet de Convention, l'une ou l'autre catégorie de créances. Une quelconque définition ne pourrait englober toutes les pratiques et exclurait des pratiques susceptibles d'apparaître ultérieurement. C'est en cela que pose problème la définition de la notion de "créance commerciale" donnée à l'article 6-l. En tout état de cause, s'il est jugé nécessaire d'inclure une définition, cette dernière devrait être libellée en termes plus généraux. On pourrait envisager le texte suivant: "Le terme "créance commerciale" désigne toute créance qui naît d'un contrat initial concernant des marchandises ou des services qui ne sont pas exclusivement financiers."

S'agissant des deux variantes, la variante B présente l'inconvénient de soumettre la validité de la cession aux règles de droit international privé. En revanche, la variante A offre l'avantage de la souplesse, ce qui répond peut-être mieux aux exigences de la pratique. Cette souplesse est évidente, car la validité de la cession entre le cédant et le cessionnaire est préservée, tandis que les droits du débiteur sont protégés, si ce dernier a besoin d'une telle protection. En conséquence, il conviendrait d'adopter la variante A.

*Définition du terme "située" (article 6* i*)*

Les sous-alinéas i et iv de l'alinéa *i* de l'article 6 n'appellent aucun commentaire (il s'agit là de dispositions types dans les textes de la CNUDCI). Le sous-alinéa iii énonce une règle qui sera suffisante dans la grande majorité des cas, à savoir que lorsque le débiteur a plus d'un établissement l'établissement pertinent sera celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. Toutefois, cette règle ne fonctionnera peut-être pas aussi bien dans le cas d'un contrat prévoyant la fourniture de matériels à divers établissements du débiteur situés dans différents pays, si le contrat n'indique pas suffisamment clairement lequel de ces établissements a la relation la plus étroite avec lui. Il serait donc souhaitable d'insérer une disposition supplémentaire qui, dans le cas où la condition principale ne serait pas remplie, permette de déterminer le lieu de situation du débiteur. De plus, cette disposition devrait se fonder sur le même critère que celui qui est appliqué dans le projet de Convention pour déterminer le lieu où est réputé situé le cédant (ou le cessionnaire). Afin d'incorporer cette proposition, on pourrait ajouter la phrase ci-après à la fin du sous-alinéa iii de l'alinéa *i* de l'article 6: "Si l'établissement du débiteur ne peut être déterminé, l'établissement pertinent est le lieu où le débiteur exerce son administration centrale."

Le sous-alinéa ii de l'alinéa *i* de l'article 6, qui fait référence au lieu de l'administration centrale, a l'avantage d'être clair, car ce lieu est généralement un point de référence connu dans le monde des affaires. Cette règle mérite donc d'être appuyée, bien qu'elle appelle peut-être quelques petites modifications. Elle conviendrait aux sociétés multinationales qui fonctionnent par l'intermédiaire de filiales, du fait que chaque filiale devrait être traitée comme une entité distincte même si elle reçoit des instructions de la société mère. En revanche, il ne serait peut-être pas opportun de traiter les succursales comme des entités distinctes, comme cela est proposé (voir A/CN.9/466, par. 99). La référence au lieu de situation d'une succursale dans les livres de laquelle est inscrite une créance avant la cession soulève le problème du manque de transparence, car, pour des raisons de confidentialité, il risque de ne pas être facile pour les tiers de savoir où est enregistrée une créance. En outre, dans le cas des sociétés multinationales, rien ne peut empêcher qu'une opération, organisée et réalisée dans un pays, soit directement inscrite sur les livres comptables de la société mère, et vice-versa. Rien certainement ne peut empêcher qu'un contrat renferme une convention indiquant le lieu où ces opérations devront être enregistrées. Toutefois, une telle convention équivaut à un accord dans lequel le cédant et le cessionnaire déterminent le lieu où l'opération est réputée avoir été réalisée et, partant, décident si le projet de Convention s'applique ou non. Une telle démarche irait à l'encontre des dispositions prévues dans le projet de Convention, qui n'autorisent pas les parties à modifier, par convention, les droits et obligations de tiers (art. 7). Le principe énoncé à l'article 7 se justifie par l'exigence de sécurité quant à la loi applicable aux droits des tiers. Compte tenu de ce qui précède, il conviendrait de ne pas élaborer de règle distincte pour les succursales.

*Rapport avec d'autres textes internationaux (article 36)*

La principale question qui se pose à cet égard est celle du rapport entre, d'une part, le projet de Convention et, d'autre part, les avant-projets de convention et de protocoles actuellement mis au point par Unidroit et d'autres organisations. Sous leur forme actuelle, ces textes traitent un certain nombre de questions liées à la cession, en particulier sa validité, son opposabilité au débiteur et la priorité fondée sur l'enregistrement.

L'article 36 adopte un principe déjà appliqué dans d'autres textes de la CNUDCI (par exemple, dans l'article 90 de la Convention des Nations Unies sur les ventes) en accordant la priorité à d'autres accords internationaux, sans en mentionner aucun en particulier. Étant donné le caractère plus général du projet de Convention de la CNUDCI et le fait que, selon toute probabilité, ce projet sera adopté avant les instruments d'Unidroit, on devrait laisser à ces derniers le soin de fixer leurs propres limites. Il n'est pas nécessaire que le projet de Convention de la CNUDCI résolve expressément un conflit hypothétique, futur et incertain. Un autre motif justifie ce point de vue. S'il est vrai que des conflits pourraient naître dans l'hypothèse où les deux instruments seraient en vigueur et s'ap-

pliqueraient à la même situation, les accords concernant le financement de matériels d'équipement mobiles de grande valeur (satellites, aéronefs, etc.) sont généralement soumis à un régime distinct. Il est donc difficile dans la pratique de concevoir que les deux régimes puissent s'appliquer simultanément à une seule et même opération de cession. En conséquence, l'article 36 devrait être maintenu tel quel.

*Articles 35 à 39*

Les articles 35 à 39 font référence à un "État" faisant une déclaration. Dans tous ces articles, il faudrait plutôt parler d'un "État contractant", faute de quoi l'article 37, par exemple, semblerait imposer un régime spécial (celui du chapitre V) aux États non contractants qui n'ont pas fait de déclaration (au titre de ce même article).

*Application de l'annexe (article 40)*

Le second libellé figurant entre crochets à l'article 40 serait préférable. Il semble offrir plus de souplesse aux États que le premier libellé entre crochets et expose plus clairement les options proposées aux États ainsi que les effets de chaque déclaration. En outre, il définit précisément l'objet de l'annexe dans son ensemble et de chacune de ses sections. L'annexe est utile en ce qu'elle permet aux États de choisir entre deux séries de règles de droit matériel s'appliquant aux questions de priorité. De plus, elle complète utilement les dispositions de droit international privé du projet de Convention qui soumettent les questions de priorité à la loi du lieu de situation du cédant. Si l'État où est situé le cédant opte pour l'une des deux séries de règles figurant dans l'annexe, les règles ainsi choisies régiraient les conflits de priorité dont il est question aux articles 24 et 26.

Pour ce qui est du système d'enregistrement prévu dans l'annexe, on notera qu'il est perçu à ce jour avec un scepticisme justifiable, principalement parce qu'il risque de modifier des aspects fondamentaux de la législation nationale. Toutefois, avec la multiplication et l'expansion des communications électroniques, ce système pourrait devenir plus acceptable à l'avenir. C'est pourquoi, bien que notre système juridique ne coïncide pas avec le système d'enregistrement envisagé dans l'annexe, nous estimons qu'il est préférable de conserver ce dernier. En conclusion, il faudrait ne garder que le second libellé entre crochets à l'article 40 et maintenir l'annexe telle quelle.

*Effets des déclarations et problèmes d'application transitoire (article 41)*

Les paragraphes 1 à 4 de l'article 41 reprennent des dispositions d'autres textes de la CNUDCI (par exemple, de l'article 97 de la Convention des Nations Unies sur les ventes et de l'article 26 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by). Il n'y a aucune raison de s'écarter de la démarche adoptée dans ces deux conventions. Le paragraphe 5, qui vise à protéger les droits acquis avant qu'une déclaration ou son retrait prenne effet, est une disposition nouvelle. Le principe sur lequel il repose n'a pourtant rien de novateur. Il découle des paragraphes 3 et 4, qui prévoient un délai de six mois entre la date de la déclaration ou de son retrait et celle à laquelle prend effet cette déclaration ou ce retrait.

Il convient de noter que les déclarations peuvent porter sur des points fondamentaux, tels que l'application du projet de Convention aux unités territoriales d'un État fédéral (art. 35), l'applicabilité du chapitre V, la fonction des articles 11 et 12 du projet de Convention dans le cas d'un débiteur souverain (art. 38), la possibilité d'exclure certaines pratiques énumérées dans la déclaration (art. 39) et l'application de l'annexe (art. 40). Les déclarations ainsi faites par les États touchent bien plus que les seules personnes de droit public, elles ont une incidence directe sur les cédants, les cessionnaires, les débiteurs et d'autres tiers. Le respect des droits des ressortissants d'un État et, en particulier, d'un État autre que celui faisant la déclaration, rend nécessaires les garanties énoncées à l'article 41-5. Si une position différente devait être adoptée, la certitude quant aux droits des parties auxquelles s'appliquerait le projet de Convention s'en trouverait gravement compromise. En conséquence, l'article 41 devrait être gardé tel quel.

## Irlande

*[Original: anglais]*

Comme l'a suggéré le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, l'Irlande s'en tiendra pour l'essentiel aux questions mentionnées dans la note datée du 29 novembre 1999.

*Titre et préambule*

En ce qui concerne le titre, l'Irlande n'a pas de préférence marquée. D'une manière générale, elle juge préférable le second libellé entre crochets, à savoir "dans le commerce international'. S'agissant du préambule, nous estimons qu'il est satisfaisant dans son ensemble. Les mots figurant entre crochets, aux deuxième et cinquième alinéas, peuvent être maintenus. En revanche, le troisième alinéa semble excessivement long et complexe. Une grande partie du texte entre crochets devrait être supprimée. Nous proposons le libellé suivant: "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 aux cessions de créances, tout en préservant les pratiques actuelles et en facilitant le développement de nouvelles pratiques". Le reste du texte proposé est largement superflu.

*Conflit de lois (chapitre V)*

L'Irlande est d'avis que le chapitre V devrait être supprimé.

*Exclusion de certaines pratiques ou traitement particulier accordé à celles-ci (articles 4 et 5)*

La proposition tendant à limiter la définition des créances de manière à exclure certaines pratiques pose problème. À la dernière session du Groupe de travail, l'Irlande a indiqué qu'il était préférable, compte tenu des craintes dont lui avait fait part l'Irish Banking Federation, de restreindre si possible la définition. C'est pourquoi l'Irlande préfère de loin la proposition visant à accorder un traitement particulier aux créances autres que les créances commerciales (voir A/CN.9/466, par. 71 à 77). S'agissant des comptes de dépôt, elle approuve dans son ensemble le libellé proposé aux paragraphes 64 et 65 du document A/CN.9/466. En ce qui concerne les "swaps" et les produits dérivés, elle n'a pas de préférence particulière. Pour ce qui est des aéronefs et des matériels d'équipement mobiles similaires, des difficultés existent compte tenu du projet de Convention d'Unidroit actuellement à l'étude. D'une manière générale, l'Irlande est favorable à une règle excluant purement et simplement les créances sur ce type de matériels.

*Définition du terme "située" (article 6 i)*

La question du lieu de situation a posé problème. Il est malheureusement impossible pour l'Irlande de faire un choix entre les différentes variantes proposées pour le lieu de situation des succursales.

*Annexe*

L'annexe a suscité des difficultés lors des différentes sessions du Groupe de travail. D'une manière générale, l'Irlande serait favorable à sa suppression.

*Effets des déclarations sur les droits acquis (article 41-5)*

En ce qui concerne les incidences d'une déclaration sur les droits acquis avant que celle-ci prenne effet, l'Irlande ne serait pas favorable à l'idée de permettre qu'une telle déclaration ait un effet rétroactif.

## Roumanie

*[Original: anglais]*

*Titre et préambule*

Le projet de Convention devrait s'intituler: "Convention sur la cession de créances dans le commerce international". Le cinquième alinéa du préambule devrait être libellé comme suit: "Estimant que l'adoption de règles uniformes régissant la cession de créances faciliterait le développement du commerce international et favoriserait l'offre de capitaux à des taux plus favorables."

*Définition du terme "financement par cession de créances" (article 6 c)*

La définition figurant à l'article 6 *c* devrait être libellée comme suit: "Le terme "financement par cession de créances" désigne le financement au moyen de toute opération dans laquelle une contrepartie, un crédit ou des services connexes sont fournis en échange de créances. Ledit terme inclut, sans y être limité, l'affacturage, le forfaitage, la titrisation, le financement de projets et le refinancement."

*Conflit de lois*

Le texte figurant entre crochets au paragraphe 1 de l'article 28 et à l'article 29 devrait être supprimé. Le reste du texte devrait être gardé tel quel.

*Application de l'annexe (article 40)*

À l'article 40, le premier libellé entre crochets devrait être supprimé. Le reste du texte devrait être maintenu tel quel.

*Application transitoire du projet de Convention (articles 41-5, 41-3 et 43-3)*

Les crochets entourant les articles 41-5, 43-3 et 44-3 devraient être supprimés.

# ORGANISATIONS INTERNATIONALES

## Factors Chain International

*[Original: anglais]*

### *I. Commentaires généraux*

Factors Chain International félicite le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de la CNUDCI pour les travaux qu'il a réalisés jusqu'ici. Le projet de Convention sur la cession de créances (dénommé ci-après "le projet de Convention") est un texte équilibré qui devrait faciliter, entre autres, les opérations d'affacturage. Aussi appuyons-nous les travaux que mène la CNUDCI sur ce sujet. Concernant les points en suspens, nous souhaiterions formuler les commentaires suivants.

### *II. Commentaires sur des points particuliers*

*Titre*

Le titre "Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international" est semble-t-il celui qui évoque le plus clairement le contenu du projet. S'il devait être adopté, la définition du terme "financement par cession de créances", à l'article 6 *c*, devrait être supprimée.

*Champ d'application du chapitre V (article 1-3)*

Nous n'avons aucun commentaire concernant la proposition de maintenir l'article 1-3, qui figure actuellement entre crochets, car nous avons déjà recommandé la suppression du chapitre V, à l'exception de l'article 29, qui devrait être déplacé à la section II du chapitre IV.

*Cession de créances autres que les créances commerciales (article 5)*

S'agissant d'exclure certaines pratiques bancaires du champ d'application de plusieurs dispositions du projet de Convention, nous estimons que la meilleure solution est la proposition figurant au paragraphe 71 du document A/CN.9/466, qui permet de traiter séparément les créances autres que les créances commerciales.

*Définition du terme "située" (article 6* i*)*

Nous avons émis de vives réserves quant au choix du lieu de l'administration centrale pour déterminer le lieu de situation d'un cédant ayant plus d'un établissement. Nous considérons qu'il peut être difficile pour certaines petites et moyennes entreprises de déterminer où se situe ce lieu. En dépit de ces réserves et à défaut d'une définition plus sûre qui soit acceptable pour la majorité des membres du Groupe de travail, nous approuverions une définition allant dans le sens de celle donnée à l'article 6 *i* (A/CN.9/466, annexe I). Toutefois, nous pensons qu'il serait plus logique de libeller le sous-alinéa ii de l'alinéa *i* de l'article 6 de la manière suivante: "Si le cédant a un établissement dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale." Nous ne voyons pas pourquoi le cessionnaire devrait essayer de déterminer où s'exerce l'administration centrale du cédant lorsque ce dernier a plusieurs établissements, mais qu'ils sont tous situés dans un seul État, si bien qu'il n'y a aucun doute sur la manière dont s'applique l'alinéa *i*.

*Conflits avec d'autres textes internationaux (article 36)*

En ce qui concerne l'éventualité d'un conflit avec l'avant-projet de Convention d'Unidroit sur les matériels d'équipement mobiles, nous croyons comprendre qu'aucune disposition ne serait prévue dans le projet de Convention, de sorte qu'en vertu des principes normaux du droit des traités c'est la convention la plus récente et la plus spécifique (à savoir la Convention d'Unidroit) qui prévaudrait.

*Annexe*

Nous considérons que l'annexe ne se justifie pas sous sa forme actuelle. Les deux systèmes de détermination de la priorité sont moins acceptables, selon nous, que celui qui accorde la priorité au cessionnaire bénéficiant de la cession qui a été notifiée en premier au débiteur; dans l'ensemble, cette règle a fonctionné de manière satisfaisante dans tous les États dont la législation est fondée sur le droit anglais.

L'enregistrement est peut-être une meilleure solution, mais il est peu probable que certaines des principales notions commerçantes l'adoptent. Le fait d'accorder la priorité à la première cession dans l'ordre chronologique risque de donner des résultats très insatisfaisants pour ceux qui octroient des crédits commerciaux. Si l'annexe doit être maintenue, il faudrait y inclure une troisième option.

---

**A/CN.9/472/Add.3**

## Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

### TABLE DES MATIÈRES

*Pages*

ÉTATS ..... 399

États-Unis d'Amérique ..... 399

Japon ..... 404

ORGANISATIONS INTERNATIONALES ..... 404

International Swaps and Derivatives Association (ISDA) ..... 404

---

ÉTATS

## États-Unis d'Amérique

*[Original: anglais]*

### *I. Commentaires généraux*

Le rapport du Groupe de travail sur sa trente et unième session (A/CN.9/466) et le texte complet du projet de Convention, qui figure dans l'annexe I de ce rapport, constituent une base bien négociée pour la mise au point du texte final d'une convention des Nations Unies sur le droit moderne applicable au financement du commerce par cession de créances ("le projet de Convention"). De nombreux États n'ont pas encore pleinement tiré parti des avantages de la mondialisation de l'économie et du commerce, et l'un des obstacles à cette fin est l'insuffisance des sources et crédits de financement du commerce international. Le projet de Convention peut beaucoup contribuer à combler cette insuffisance et ainsi profiter à des pays qui ont atteint des degrés de développement économique différents dans toutes les régions.

*Cessions globales et cessions de créances futures*

Le développement, par le biais du projet de Convention, du droit moderne relatif au financement du commerce par cession de créances et la possibilité de générer ainsi du crédit sur les marchés financiers donnent l'occasion, importante, de traiter des objectifs à atteindre. Une convention multilatérale peut permettre d'atteindre ces objectifs si elle assure la validité des cessions de créances, en particulier des créances futures et d'importants ensembles de créances, et favorise ces cessions sur lesquelles s'appuient aujourd'hui les nouvelles sources de crédit sur les marchés financiers internationaux.

*Prévisibilité commerciale: facteur essentiel de mobilisation du crédit*

Indépendamment des règles de fond uniformes applicables à la cession de créances, le projet de Convention offre aux États des options qui leur permettent d'en adapter les dispositions à leurs besoins économiques particuliers. Sur d'autres questions, il régit le régime juridique national applicable en énonçant des règles qui peuvent aussi favoriser le financement, à condition qu'elles tiennent compte des pratiques en vigueur, répondent aux besoins d'efficacité commerciale et ne reposent pas sur des notions générales de conflit de lois qui iraient à l'encontre du but à atteindre. La combinaison de ces règles et options vise à assurer le degré de certitude commerciale qui est nécessaire et détermine la volonté des marchés financiers d'élargir le crédit à des domaines jusqu'alors négligés.

### *II. Commentaires portant sur des points particuliers*

*Champ d'application (article 1)*

Les règles du projet de Convention relatives au lieu de situation du cédant, du cessionnaire et du débiteur, et la cohérence de ces règles avec celles non moins importantes des articles 24 et 25 sont décisives quant aux avantages à tirer du projet de Convention. Dans les pratiques modernes de cession, les financiers doivent savoir avec certitude *ex-ante* quand le projet de Convention s'applique, sans avoir généralement à s'en remettre à une analyse ultérieure des faits et des circonstances, sinon les avantages du projet de Convention seront perdus. Cela vaut en particulier pour la principale source de financements nouveaux par cession de créances futures, ainsi que par cession globale et consortiale.

Il faut aligner le paragraphe 1 *b* de l'article premier sur le paragraphe 1 *a* du même article, de manière à exiger, en cas de cession subséquente, comme le paragraphe 1 *a* de l'article le fait pour une cession initiale, que le cédant soit situé dans un État contractant. Exiger au paragraphe 1 *a* de l'article premier que le cédant soit situé dans un État contractant répondait à l'idée que les règles du projet de Convention, en particulier celles qui portent sur les droits des tiers dans la section III du chapitre IV, doivent s'appliquer à tous les tiers qui traitent avec le cédant. Il ne serait possible d'assurer l'application de ces règles, notamment en cas probable de différend avec un tiers né dans la juridiction de l'État du cédant, que si cet État est un État contractant. Nous ne voyons aucune raison de principe de faire une distinction entre les cessions initiales et les cessions subséquentes pour exiger que le cédant soit situé dans un État contractant. Nous pensons que le Groupe de travail n'avait aucune intention de faire cette distinction.

Pour aligner le paragraphe 1 *b* de l'article premier sur le paragraphe 1 *a* du même article, nous suggérons que le paragraphe 1 *b* se lise comme suit:

> "*b)* à la cession subséquente effectuée par un cédant situé dans un État contractant à la date de la conclusion du contrat de cession, à condition qu'une cession antérieure soit régie par la présente Convention; et"

Le paragraphe 1 *c* de l'article premier, contrairement à ce que semble indiquer le texte actuel, ne porte pas vraiment sur un troisième type de cession auquel le projet de Convention s'applique, mais est en fait une disposition qui neutralise une limitation qui, sinon, aurait pu être apportée à une cession du type de celles qui sont visées au paragraphe 1 *a* du même article. Il faudrait donc modifier cette disposition et en faire un nouveau paragraphe 2 qui se lirait comme suit:

> "La présente Convention s'applique aux cessions subséquentes visées à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du présent article, même si elle ne régit pas une cession antérieure de la même créance."

*Champ d'application (article 2* a*)*

L'alinéa *a* de l'article 2 est à bien des égards une disposition qui touche au champ d'application. En effet, la définition du terme "créance" — droit contractuel au paiement d'une somme d'argent — est si large qu'il faut traiter dans le champ d'application du projet de Convention, par une

règle ou par une exclusion, tout un éventail de pratiques financières qui peuvent faire intervenir la cession ou la cession possible d'une créance répondant à cette définition. Les règles du projet de Convention fonctionnent généralement bien et sont le plus souvent conformes aux pratiques commerciales courantes dans de nombreux pays, quand la créance est un droit contractuel à paiement né de la vente de biens ou de la prestation de services personnels.

Le projet de Convention ne fonctionne pas aussi aisément dans le cas d'autres créances, telles que celles qui sont nées de comptes de dépôt, comptes de titres, comptes de biens et services, swaps et autres produits dérivés, repos, lettres de crédit, garanties indépendantes et crédit-bail immobilier. Pour que le projet de Convention puisse être plus largement accepté, il faut peut-être adapter certaines règles à ces cas, ou prévoir des exclusions précises. Nous espérons que cet objectif pourra être atteint à la réunion de la Commission en juin 2000.

*Exclusions (articles 4 et 5)*

Nous continuons de penser que la question, soulevée à la dernière réunion du Groupe de travail, des propositions tendant à exclure certaines opérations ou entités ou à négocier des dispositions spéciales applicables à certains secteurs demeure importante pour l'ensemble du projet. La proposition que nous avons faite pour certains secteurs commerciaux à la dernière réunion du Groupe de travail (variante A de l'article 5) a été reprise dans nos commentaires au titre de l'alinéa *a* de l'article 2 ci-dessus. Nous poursuivons nos efforts auprès de différents secteurs d'activité pour trouver les solutions appropriées.

*"Situé" (article 6* i*)*

Nous poursuivons les consultations avec les secteurs d'activité de différents pays et les organismes officiels de réglementation pour savoir s'il conviendrait de modifier, quand il s'agit des succursales bancaires, les règles de détermination du lieu où est situé le cédant à l'alinéa *i* de l'article 6. Il importe de se demander si la règle relative au lieu de situation devrait tenir compte de la pratique courante des banques qui opèrent de plus en plus avec l'étranger par l'intermédiaire de succursales. Dans les mécanismes de réglementation distincts mis en place par de nombreux États pour les succursales des banques étrangères qui opèrent sur leur territoire et sur les marchés actuels des prêts syndiqués et des opérations boursières sur lesquels interviennent les banques et d'autres parties, la succursale d'une banque étrangère soumise à réglementation est considérée à peu près comme une personne morale distincte opérant localement dans l'État dans lequel cette succursale est située *(pour une proposition initiale que le Groupe de travail n'a pas eu le temps d'examiner, voir A/CN. 9/466, par. 98 et 99)*. Il peut être souhaitable d'appliquer une règle analogue aux agences des compagnies d'assurances étrangères auxquelles peuvent être attachées des considérations d'ordre réglementaire du même genre.

*Efficacité et date de la cession (articles 9 et 10)*

Il y a trois cas dans lesquels la lecture de ces articles pourrait aboutir à un résultat différent de celui qu'avait prévu le Groupe de travail. Premièrement, malgré la nette décision de principe énoncée à l'article 9, qui reconnaît la validité des cessions individuelles ou globales de créances futures, l'article 24 pourrait être interprété comme annulant l'effet de cette décision. Deuxièmement, malgré la nette décision prise aussi à l'alinéa *a* iii de l'article 24, qui renvoie à la loi sur l'insolvabilité de l'État dans lequel est situé le cédant, les articles 9 et 10 pourraient être compris comme l'emportant sur les règles de priorité de cette loi dans le cas de certaines créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou acquises après l'ouverture de cette procédure par utilisation d'actifs non grevés de la masse des biens. Troisièmement, bien que le Groupe de travail ait clairement voulu éviter qu'une règle de la Convention prévale sur des dispositions légales limitant les cessions, l'article 9 pourrait prendre l'avantage sur une limitation légale applicable à la cession d'une créance.

Nous expliquons plus avant nos préoccupations et proposons un texte dans l'appendice à la fin de ces commentaires.

*Priorité sur le produit (article 26)*

Il conviendrait de préciser dans le texte de l'article 26 que le droit du cessionnaire sur le produit n'a pas priorité sur celui d'un autre cessionnaire sur ce produit si, en application de la loi de l'État du cédant, le droit de ce dernier sur le produit (par opposition à son droit sur la créance dont le produit est né) a la priorité. Dans ce souci de précision, nous proposerons d'ajouter à l'article 26 le paragraphe 3 suivant:

"3) Les paragraphes 1 et 2 du présent article n'ont pas d'incidences sur la priorité du droit d'un autre cessionnaire sur le produit lui-même si le droit de ce dernier sur le produit a la priorité en application de la loi de l'État dans lequel le cédant est situé."

*Réserve concernant les débiteurs souverains (article 38)*

Ajouter "... que lui-même ou toute personne publique spécifiée" après "Un État peut déclarer à tout moment..." (supprimer "qu'il"). Étant donné qu'une exclusion totale limiterait beaucoup les avantages apportés par la Convention, il importe de permettre aux États d'adapter l'exclusion proposée de façon restrictive en fonction de leur intérêt économique, au lieu de ne leur offrir que la solution du "tout ou rien". Dans certains États, les personnes publiques interviennent dans un vaste ensemble d'opérations.

*Annexe (sections I et II)*

La transparence, élément particulièrement important sur les marchés financiers modernes, est assurée dans certains pays par un système de dépôt (d'enregistrement) des notifications accessible au public, qui permet à tout financier d'être averti de certains droits préexistants et qui, généralement, établit la priorité entre certains ayants droit. Un tel système a beaucoup contribué à développer le crédit et à abaisser les taux dans les pays où il a été mis en place. À juste titre, le projet de Convention n'oblige pas à adopter ce système, mais prévoit, dans les sections I et II de l'annexe I, une approche entièrement facultative, à laquelle les États peuvent souscrire à tout moment pour en obtenir les avantages.

### *III. Commentaires portant sur d'autres points*

*Titre*

Nous recommandons d'adopter le titre "Convention sur la cession de créances". À la lumière des débats qui ont eu lieu au Groupe de travail, nous pensons qu'il conviendrait d'éviter le terme "financement", de manière à écarter, au sujet des opérations qui entrent dans le champ d'application du projet de Convention, toute argumentation découlant des différences dans l'utilisation de ce terme.

*Préambule*

Pour tenir compte, dans les principes énoncés dans le préambule, des objectifs du projet de Convention dont le Groupe de travail a souvent fait état, nous recommandons de formuler comme suit le texte du troisième alinéa:

> "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 aux cessions de créances, notamment aux cessions effectuées à l'occasion d'opérations d'affacturage, de forfaitage, de titrisation, de financement de projets et de refinancement, et qui facilitent le développement de nouvelles pratiques, sans porter atteinte aux pratiques en vigueur,...",

et de remplacer le texte du cinquième alinéa par le texte suivant:

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

*Application de l'annexe (article 1, par. 4)*

Il conviendrait de clarifier le texte pour tenir compte du fait que, dans l'intention du Groupe de travail, le terme "s'applique dans" se rapporte au droit matériel de l'État dont la loi est appliquée, et non à la loi d'un État dans lequel il se peut qu'une action soit en cours.

*"Situé" (article 6* i *ii)*

Il y aurait lieu de clarifier dans le commentaire que "l'administration centrale" désigne le siège administratif, c'est-à-dire l'établissement à partir duquel le cédant ou le cessionnaire gère ses affaires, et non celui où des livres et des dossiers sont tenus ni où des actifs sont situés. Il convient en effet de le préciser afin d'assurer le maximum de certitude et de prévisibilité à ceux qui traitent avec le cédant ou le cessionnaire en application du projet de Convention.

*Lacune à combler (article 8, par. 2)*

Il serait bon de modifier la dernière disposition ou d'ajouter un commentaire pour préciser que, conformément à cette disposition, c'est la loi applicable en vertu du projet de Convention qui s'applique en premier lieu et ensuite, si nécessaire, la loi applicable en vertu des règles générales de conflits de la juridiction.

*Efficacité de la cession (article 9, par. 2)*

Aux fins de l'article, il conviendrait de remplacer le membre de phrase "à la date de la conclusion du contrat initial", qui a peut-être été repris par mégarde d'un projet antérieur, par le membre de phrase "à la date à laquelle naît la créance future".

*Responsabilité en cas de violation des limitations contractuelles (article 11, par. 2 et article 12, par. 3)*

Il importe de préciser l'effet des secondes phrases (identiques) des paragraphes de ces articles, ou d'en modifier le texte. Les deux dispositions contiennent une règle qui écarte la responsabilité dans une circonstance précise. Il est très important d'indiquer clairement que rien dans le projet de Convention ne peut servir de base pour engager la responsabilité d'une personne qui n'est pas partie à une convention d'incessibilité, ni n'est prévu à cette fin. La question de savoir si la responsabilité de cette personne est engagée ou non relève de la loi nationale; ces dispositions ont pour objectif et seul effet d'écarter la responsabilité fondée sur le seul motif que la personne avait connaissance de la convention, au cas où cette connaissance serait un motif suffisant pour engager sa responsabilité en vertu de la loi nationale applicable.

*Sûretés et droits "accessoires" (article 12)*

À quatre reprises, l'article 12 se réfère à une sûreté "garantissant" le paiement. Cette référence vise à inclure les sûretés personnelles, telles que les garanties. En fait, la garantie constitue le type de sûreté personnelle à laquelle la disposition s'appliquera vraisemblablement le plus souvent. Dans certains États, toutefois, dont les États-Unis, la garantie n'est pas une forme de sûreté, car ce n'est pas une forme de droit réel: dans ces systèmes, il s'agit en effet d'une obligation "accessoire". Il est possible de régler la question dans le commentaire en indiquant clairement que ces sûretés personnelles entrent dans le champ d'application de l'article, et, de ce fait, il n'est pas nécessaire de modifier le texte du projet de Convention.

*Notification de la cession (article 19 et autres articles appropriés)*

Le terme "notification de la cession", qui fait l'objet d'une définition, s'entend d'un écrit qui répond à certaines exigences. Du fait d'interprétations différentes, il conviendrait de signaler par des références dans le commentaire officiel ou par des signes de renvoi dans le texte qu'il s'agit d'une "notification" au sens de la définition, et non d'une notion générale qui pourrait être interprétée à tort comme se rapportant simplement au moment où le débiteur prend connaissance de la cession.

*Paiement libératoire du débiteur (article 19, par. 2)*

Remplacer "notification de plusieurs cessions" par "des notifications de cession". Étant donné que la règle se réfère à la première notification reçue, elle ne s'applique que lorsque le débiteur a reçu plusieurs notifications.

*Modification du contrat initial (article 22, par. 3)*

L'article se réfère uniquement aux modifications convenues entre le cédant et le débiteur, ce qui ne saurait en aucun cas engager la responsabilité d'un cessionnaire en cas de violation de la convention. L'article devrait être modifié en conséquence.

*Recouvrement des paiements (article 23)*

La référence aux "droits du débiteur en vertu de l'article 20" est peu claire et pourrait entraîner une erreur d'interprétation. L'article 23 porte sur le recouvrement effectif, tandis que l'article 20 ne concerne que les exceptions et les droits à compensation. Les deux articles sont donc incompatibles, et le membre de phrase commençant par "Sans préjudice", qui peut être source de confusion, devrait être supprimé. Si, au demeurant, une référence est jugée nécessaire, mieux vaudrait fournir une explication dans le commentaire. Autrement, si, pour une raison quelconque, c'est le texte qui est jugé nécessaire, il serait bon d'ajouter une phrase rédigée en ce sens: "Le fait que le débiteur n'est pas habilité à obtenir recouvrement en application du présent article ne l'empêche pas de faire valoir une exception ou un droit à compensation sur la somme payée s'il est habilité à le faire en application de l'article 20."

*Priorité sur le produit (article 26, par. 2)*

Il conviendrait de modifier cette disposition pour indiquer clairement que chaque concurrent a sa place. Le texte actuel laisse entendre qu'un cessionnaire s'efface devant chaque catégorie de concurrents, à moins d'avoir la priorité non seulement sur cette catégorie mais aussi sur toutes les autres. Le nouveau texte devrait préciser la date à prendre en compte pour déterminer si la condition a été remplie.

Dans le commentaire, il conviendrait d'indiquer clairement que les instructions visées à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 26 peuvent être données: à tout moment, que ce soit au début de l'opération de cession ou ultérieurement, par exemple en cas de défaillance du cédant; dans le contrat de cession ou dans un document séparé; en des termes précis ou généraux; et par écrit, par les moyens électroniques ou tout autre moyen susceptible de servir de preuve.

*Loi applicable à la relation entre le cédant et le cessionnaire (article 28)*

Sous réserve du texte final de ce chapitre, le membre de phrase entre crochets est important pour éliminer la possibilité de passer outre à d'autres dispositions du projet de Convention, hormis celles du chapitre V, qui déterminent la loi applicable.

*Rapports avec d'autres textes (article 36)*

En cas de maintien du membre de phrase entre crochets, il pourra être nécessaire de prévoir une exclusion distincte pour les opérations de financement d'aéronefs dans lesquelles les créances sont identifiées et liées à un aéronef ou à des moteurs déterminés, compte tenu des pratiques du secteur et des lois spéciales applicables aux opérations portant sur les aéronefs dans certains États.

*Autres exclusions (article 39)*

Cet article devrait être maintenu afin de permettre aux États de procéder aux ajustements nécessaires pour appliquer les dispositions du projet de Convention. Le recours abusif par un État à cet article serait préjudiciable à la cote de crédit des parties de cet État; aussi les États limiteront-ils sans doute d'eux-mêmes ce recours.

*Application de l'annexe (article 40)*

À l'alinéa *a* du paragraphe 1, il faudrait remplacer le terme "sera" par le terme "peut-être", étant donné que le système d'enregistrement est facultatif même pour les États qui ont opté pour les sections I et II, comme prévu à l'alinéa *b* du paragraphe 1. Les États voudront peut-être créer leurs propres registres ou en utiliser d'autres, et la nouvelle formule leur permettra de le faire. Les systèmes d'enregistrement dont le fonctionnement n'est ni efficace ni fiable n'inspireront aucune confiance, si bien que le mécanisme, tout en préservant les différentes options, aura une capacité autorégulatrice.

*Problèmes d'application transitoire (article 41, par. 5, article 43, par. 3, et article 44, par. 3)*

Il reste à mettre à l'essai ces dispositions, qui sont très importantes, pour se faire une idée de leur effet sur les principales formes de pratique en matière de créances. Les prêteurs commerciaux doivent avoir la certitude que le projet de Convention n'aura pas d'incidences sur les droits préexistants et connaître, également avec certitude, la date à laquelle le projet de Convention s'appliquera aux nouvelles opérations.

*Règles de priorité fondées sur l'enregistrement (annexe, articles 1 et 2)*

Les dispositions de la section I de l'annexe devraient être modifiées de manière à autoriser les États à faire une déclaration pour apporter aux articles 1er et 2 des ajustements concernant la manière dont fonctionne le système de dépôt des notifications à leur égard.

*Création d'un système d'enregistrement (annexe, article 3)*

Nous sommes disposés à travailler, à titre informel, à la session de la Commission ou à tout autre moment par la suite avec les États qui envisagent d'adopter le nouveau régime d'enregistrement, afin de préparer le terrain à la mise en place d'un réseau international de systèmes de dépôt des notifications. Dans le même temps, nous nous opposerons à toute disposition qui élèverait abusivement le

coût de la mise en place de ce(s) système(s) et rendrait cette mise en place beaucoup plus difficile à assurer, en faisant intervenir un processus diplomatique ou autre qui ne cadre pas avec la création d'un système technique informatisé. L'expérience d'autres organismes internationaux est instructive à cet égard. L'avant-projet de Convention d'Unidroit, dont un système de notification informatisé fera partie intégrante, comprendra quelques directives, mais laissera aux États contractants le soin de créer ce système après l'adoption de l'avant-projet. De plus, comme on l'a vu dans les commentaires au titre de l'article 40 plus haut, le caractère entièrement facultatif de la participation à un système d'enregistrement permettrait aux États qui décideraient de le faire d'utiliser leur propre système.

### *Appendice*

*Explication des commentaires sur les articles 9 et 10*

*Cessions globales et futures.* L'article 24 pourrait être interprété comme prévalant sur l'article 9 qui donne effet aux cessions globales et futures. Cela pourrait se produire dans les cas où la loi de l'État dans lequel le cédant est situé ne reconnaîtrait pas une telle cession et, de ce fait, la rendrait sans effet par rapport à la créance d'une partie concurrente ou subordonnerait les droits du cessionnaire à ceux de cette partie. Dans ces cas, la référence dans l'article 24 à la loi de l'État dans lequel est situé le cédant pour la question des droits concurrents d'autres parties pourrait amener un tribunal à appliquer cette loi et à conclure que le cessionnaire des créances futures n'a aucun droit à l'égard de ces parties ou que ses droits sont subordonnés aux leurs.

Pour éviter cette interprétation possible, nous proposons de modifier l'article 9 en y ajoutant les paragraphes suivants:

"3) Le transfert d'une créance a effet, entre le cédant et le cessionnaire, au moment du transfert.

4) Le transfert d'une créance n'est pas sans effet à l'égard des personnes visées à l'alinéa *a* i à iii du paragraphe 1 de l'article 24 et les droits sur cette créance ne sont pas subordonnés à ceux de ces personnes au seul motif qu'une loi autre que la présente Convention ne reconnaît généralement pas la cession visée aux paragraphes 1 ou 2."

Le commentaire pourrait indiquer clairement que le terme "généralement", qui figure dans le paragraphe 4 proposé, se réfère aux dispositions générales du droit commercial du pays du cédant, qui ne reconnaît pas les cessions globales ou les cessions (individuelles ou globales) de créances futures, et que ce terme ne se rapporte pas à des lois plus précises de ce pays qui, pour des raisons de politique générale évidente, interdisent les cessions de catégories ou de types spécifiques de créances. Par exemple, la loi interdisant les cessions de créances salariales futures en tant que catégorie spéciale de créances ne serait pas une loi qui ne reconnaît "généralement" pas les cessions de créances futures, car elle ne porte que sur un type précis de catégorie de créances, et non sur les créances en général.

*Règles de priorité des lois nationales sur l'insolvabilité applicables aux créances postérieures à l'insolvabilité.* Les articles 9 et 10 pourraient être interprétés comme l'emportant sur les règles de priorité de la loi sur l'insolvabilité de la juridiction du cédant applicables aux créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou acquises après l'ouverture de cette procédure par utilisation d'actifs non grevés de la masse des biens. Cette interprétation pourrait aboutir, par application de l'article 24 où exception est faite des questions réglées dans d'autres dispositions du projet de Convention, à la conclusion que les règles de l'article 10 relatives au moment du transfert supplantent les lois nationales sur l'insolvabilité qui régissent les créances postérieures à l'insolvabilité. À notre avis, ce n'était pas l'interprétation que le Groupe de travail entendait donner à ces articles. En revanche, nous pensons que l'intention du Groupe de travail, comme prévu généralement à l'article 24, était de laisser à l'application de la loi nationale sur l'insolvabilité la question de savoir dans quelle mesure la cession d'une créance, née après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ou acquise après l'ouverture de cette procédure par utilisation d'actifs non grevés de la masse des biens, pouvait être écartée par l'administrateur de l'insolvabilité ou subordonnée à ses droits.

Pour éviter cette interprétation, nous proposons de modifier l'article 9 en y ajoutant le texte suivant:

(_) La question de savoir si le transfert d'une créance a des incidences sur les droits des personnes visées à l'alinéa *a* i à iii du paragraphe 1 de l'article 24 est tranchée conformément à la section III du chapitre IV.

*Interdictions prévues par la loi en matière de cessions.* L'article 9 pourrait être compris de manière à annuler une loi applicable qui limite la cession d'une créance par contrat puisqu'il semble donner "effet" à *toutes* les cessions contractuelles.

L'ajout du texte suivant à l'article 9 préserverait les limitations légales à la cession sans avoir d'incidences sur les dispositions des articles 11 et 12 qui portent sur les limitations contractuelles à la cession:

(_) Le présent article est subordonné à toute loi applicable qui interdit ou limite la cession d'une créance pour un motif autre que l'existence d'une interdiction ou limitation contractuelle concernant cette cession.

*Texte complet.* Le texte ci-après permet de regrouper les trois propositions que nous avons faites. Le lien entre elles est assuré par le membre de phrase en italique.

Article 9. *Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures et de fractions de créances*

3) Le transfert d'une créance a effet, entre le cédant et le cessionnaire, au moment du transfert.

4) Le transfert d'une créance n'est pas sans effet à l'égard des personnes visées à l'alinéa *a* i à iii du paragraphe 1 de l'article 24 et les droits sur cette créance ne sont pas subordonnés à ceux de ces personnes au seul motif qu'une loi autre que la présente Convention ne reconnaît généralement pas la cession visée aux paragraphes 1 ou 2.

5) Le présent article est subordonné à toute loi applicable autre qu'une loi du type visé au paragraphe 4, qui interdit ou limite la cession d'une créance pour un motif autre que l'existence d'une interdiction ou limitation contractuelle concernant cette cession.

6) *Sauf disposition contraire du présent article*, la question de savoir si le transfert d'une créance a des incidences sur les droits des personnes visées à l'alinéa *a* i à iii du paragraphe 1 de l'article 24 est tranchée conformément à la section III du chapitre IV.

Le texte en italique est nécessaire pour exclure: *a)* de la disposition préservant les interdictions légales de cession, la loi qui interdit généralement les cessions individuelles ou globales de créances futures; *b)* de la disposition selon laquelle la priorité doit être déterminée en application de la section III du chapitre IV, toute loi qui, à des fins de priorité, ne reconnaît généralement pas les cessions individuelles ou globales de créances futures; et *c)* de la disposition selon laquelle la priorité doit être déterminée en application de la section III du chapitre IV, l'effet de toute loi applicable qui n'autorise pas la cession par contrat d'un type ou d'une catégorie spécifique de créances.

## Japon

*[Original: anglais]*

Le Japon estime que l'unification du droit relatif à la cession de créances est importante, en ce sens qu'elle permettra de prévenir les complications découlant des différences entre les lois des divers pays et de favoriser le financement international par cession de créances. Nous continuons de procéder à une étude minutieuse du projet de Convention, en particulier des questions restées en suspens: définition du terme "situé" (art. 6 *i*), créances autres que les créances commerciales (art. 5) et dispositions relatives au droit international privé. À ce stade, nous ferons quelques brefs commentaires sur ces questions.

*Titre et préambule*

Le Japon juge préférable de maintenir les termes "à des fins de financement" dans le titre et le préambule, car le projet de Convention contient, sur les obligations ou les exceptions (chap. IV, sect. I et II), des dispositions assez détaillées qui pourraient ne pas toujours convenir à tous les types de cessions de créances.

*Champ d'application du chapitre V (article 1, par. 3, et article 37)*

Afin d'assurer une plus grande uniformité du droit relatif aux cessions, il est préférable que les règles de fond de l'annexe concernant la priorité ne s'appliquent pas par le biais des règles de droit international privé énoncées au chapitre V. Le Japon est donc d'avis qu'il faudrait supprimer le paragraphe 3 de l'article premier et insérer dans le chapitre V une disposition stipulant explicitement que ce chapitre ne fait que compléter le projet de Convention.

Nous préférerions que ce chapitre soit soumis à une clause d'option positive et non à une clause d'option négative (l'article 37 devrait être modifié) parce que, tel que nous le comprenons, il est destiné aux États qui n'ont pas de règles de droit international privé en la matière.

*Paiement libératoire du débiteur (article 19)*

Nous voudrions clarifier le paragraphe 5 de l'article 19, eu égard en particulier au cas où, A ayant cédé une créance à B qui la cède subséquemment à C, le débiteur demande à C de fournir la preuve de la cession.

La question qui se pose est de savoir si C doit fournir la preuve de la cession uniquement entre B et C, ou la preuve des deux cessions, pour que C puisse être un véritable cessionnaire. À notre avis, la seconde solution serait la bonne étant donné que le débiteur ne recevrait pas obligatoirement notification de la cession entre A et B, puisque, aux termes du paragraphe 3 de l'article 18, la notification d'une cession subséquente (dans ce cas, entre B et C) vaut notification de toute cession antérieure (entre A et B).

Une autre question est de savoir, au cas où C ne fournirait pas la preuve des cessions, si le débiteur devrait effectuer le paiement libératoire à A ou à B.

# ORGANISATIONS INTERNATIONALES

## International Swaps and Derivatives Association (ISDA)

*[Original: anglais]*

L'International Swaps and Derivatives Association, Inc. (ISDA)[1] et The Bond Market Association (TBMA)[2] souscrivent aux arguments avancés, dans leurs commentaires, par la Fédération bancaire de l'Union européenne et le Financial Markets Lawyers Group[3]. L'ISDA et la TBMA s'associent à ces dernières pour appuyer les objectifs du projet de Convention. Toutefois, nous sommes préoccupés par l'incidence de certains aspects de ce projet sur certaines opérations financières et les dispositions contractuelles qui sous-tendent ces opérations. Dans ses observations, la Fédération européenne a examiné ces préoccupations dans le détail. Nous appuyons les propositions formulées par la Fédération, en y ajoutant qu'à notre avis il conviendrait de limiter encore la définition du terme "créance commerciale" à l'article 5, variante B des changements proposés par la Fédération, pour en exclure les comptes de titres ordinaires, tels que les comptes d'achat de titres, et les titres de créances en général.

Le projet de Convention vise à abaisser les coûts de l'emprunt et à faciliter l'accès au crédit en réduisant les risques liés à la loi. Il importe, toutefois, d'atteindre cet objectif sans porter atteinte aux arrangements contractuels, largement acceptés, qui existent pour certaines catégories

[1] L'ISDA est une association commerciale mondiale représentant plus de 450 participants du secteur des produits dérivés négociés à titre privé, comprenant des swaps, des opérations à terme et à option ainsi qu'une combinaison de ces produits liés à toute une série de risques sous-jacents, financiers et autres, y compris des risques de taux d'intérêt et de change. Dans un rapport, la Banque des règlements internationaux a estimé à 80 000 milliards de dollars des États-Unis au total à fin décembre 1998 la valeur notionnelle de quatre grandes catégories d'opérations sur produits dérivés et à 3 200 milliards de dollars la valeur de marché brute de ces opérations à la même date. Pour de plus amples informations, consulter le site Web de l'ISDA (www.isda.org).

[2] La TBMA représente des sociétés de placement et des banques qui procèdent à l'échelle nationale et internationale à des opérations de garantie, de répartition et d'échange de valeurs à revenu fixe. Ces titres de créances et autres placements sont les suivants: accords de mise en pension; titres du Trésor américain; titres de la Federal Agency; titres hypothécaires et autres, garantis par des actifs, titres de créance sur les entreprises; obligations des collectivités locales; et instruments du marché monétaire. Pour de plus amples informations sur l'Association, consulter le site Web de la TBMA (www.bondmarkets.com).

[3] Voir A/CN.9/472/Add.1.

d'opérations financières, telles que les produits dérivés, les accords de mise en pension et les arrangements de prêt sur titres. Ces opérations constituent un instrument essentiel de réduction du risque pour les institutions financières, les sociétés, les personnes publiques et autres utilisateurs. Elles sont le plus souvent attestées par des contrats conclus sous l'égide de l'ISDA et/ou de la TBMA. Ces contrats créent un moyen d'assurer effectivement la compensation des risques liés aux opérations à la liquidation. Tout ce qui risque de compromettre la compensation dans le cadre de ces contrats est une source de préoccupation pour l'ISDA, la TBMA et nos membres.

L'ISDA et la TBMA sont heureuses d'avoir pu présenter leurs commentaires sur le projet de Convention et souhaitent faciliter la tâche de la CNUDCI en faisant part également de leurs observations sur toute disposition spécifique dont le texte sera proposé par la CNUDCI.

---

**A/CN.9/472/Add.4**

## Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

### TABLE DES MATIÈRES

*Pages*

ÉTATS

Singapour ..... 405

ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) ..... 407

---

## ÉTATS

### Singapour

*[Original: anglais]*

#### *I. Commentaires généraux*

En tant que pays en développement, Singapour soutient fermement l'élaboration de ce projet de Convention destiné à accroître l'offre de crédit à des taux moins élevés. Cette offre est souvent un facteur clef dans les stratégies de développement des pays en développement. Toute initiative tendant à l'améliorer est par conséquent bienvenue. Singapour note également et appuie fermement les principes qui sous-tendent le projet de Convention, à savoir l'internationalité, le respect de l'autonomie des parties, et la grande importance attachée à la protection des consommateurs et des débiteurs. Le principe selon lequel le projet de Convention ne devrait pas nuire à la pratique existante des affaires et, en particulier, aux pratiques financières et bancaires est aussi fondamental dans les propositions qui y figurent. Le but est de faciliter le commerce international, d'engendrer la prospérité et d'améliorer le niveau de vie des populations des pays du monde d'une manière qui soit compatible avec le droit international. Il ne faudrait jamais déroger à ce principe.

#### *II. Commentaires sur des points particuliers*

*Titre*

Étant donné que les propositions formulées dans le projet de Convention visent désormais beaucoup plus que la cession de créances à des fins de financement, le titre original ne convient plus. Mais, par ailleurs, le projet de Convention a maintenant très clairement pour objet de traiter les questions découlant de la cession de créances nées d'activités commerciales et non de toutes les créances. Il est donc préférable de retenir le titre: "Convention sur la cession de créances dans le commerce international".

*Créances non contractuelles (article 2* a*)*

Singapour préférerait que le champ d'application du projet de Convention soit limité aux créances contractuelles. S'il doit s'étendre aux créances non contractuelles, ces dernières devraient être soigneusement définies et ne devraient en aucun cas inclure les créances quasi délictuelles

(*tort receivables*), car on encouragerait alors les actions en justice et on irait à l'encontre de l'ordre public des pays qui sont opposés à un recours excessif aux tribunaux.

*Limitations concernant les créances autres que les créances commerciales (article 5)*

Il est devenu manifeste que divers articles du projet de Convention auraient des conséquences néfastes pour des opérations biens établies dans le secteur bancaire et financier. Ces articles pourraient aussi être incompatibles avec d'autres conventions des Nations Unies. Il est donc impératif soit d'exclure totalement ces pratiques établies du champ d'application du projet de Convention proposé, soit de disposer rigoureusement que certaines dispositions du projet de Convention ne s'y appliquent pas.

Les articles 11 et 12 en particulier posent problème. Ils ont en effet des incidences sur un certain nombre de pratiques établies dans les secteurs bancaire et financier. Ils nuiraient par exemple considérablement à la pratique du "netting" dans les opérations financières. Singapour préférerait donc que les opérations qui peuvent être affectées par le projet de Convention proposé soient exclues de son champ d'application. À cet égard, s'il faut faire un choix sur la base du libellé proposé par le Groupe de travail, la variante B de l'article 5 proposé serait, avec les modifications appropriées, préférable à la variante A.

*"Située" (article 6* i*)*

Il est essentiel de déterminer avec certitude le lieu où est située une personne, puisque c'est ce lieu qui détermine la loi applicable. Le projet de Convention s'en trouvera sinon ébranlé, puisque tout son objet, qui est d'assurer la certitude dans le régime juridique régissant les cessions de créance, sera compromis. Singapour préférerait clairement que le "lieu de situation" soit déterminé par des facteurs objectifs tels que le lieu d'immatriculation ou d'incorporation, ou le lieu où est situé le siège d'une entreprise s'il en existe un. Il est à noter que de nombreux pays ont des règles bien établies pour déterminer le "lieu de situation" d'une entité commerciale et qu'il ne serait pas souhaitable d'appliquer des règles différentes en fonction des objectifs recherchés. La solution est donc d'essayer de trouver une formulation qui permettrait de déterminer le "lieu de situation" d'une partie en se fondant sur les critères les plus objectifs et les plus transparents sur lesquels il est possible de s'entendre. À ce propos, il convient de noter que même un concept tel que le "lieu de l'administration centrale" peut souvent exiger une détermination suggestive.

Il faut accorder une attention particulière au "lieu de situation" des succursales de banques (y compris les succursales d'établissements financiers qui, juridiquement, ne sont pas à proprement parler des "banques"). On notera que dans de nombreux pays les banques étrangères peuvent fonctionner soit comme des succursales, auquel cas elles ont la même personnalité juridique que le siège, soit comme des entités juridiques séparées incorporées en application de la loi de ces pays. Il faudrait déterminer si ces établissements devraient être traités de la même façon en ce qui concerne la question de leur "lieu de situation". Le principe à adopter à cet égard ne doit pas aller à l'encontre des réalités du marché.

*Ordre public et droits préférentiels (article 25)*

Le membre de phrase "que si ladite disposition est manifestement contraire", au paragraphe 1 de l'article 25, n'est pas clair et peut être interprété différemment selon les pays. Le projet de Convention risque ainsi d'avoir différents degrés d'application selon l'État du for. Singapour préfère que ce membre de phrase soit remplacé par les mots "...si ladite disposition est contraire...".

En ce qui concerne le paragraphe 2 de cet article, le dépôt d'une déclaration spécifiant les droits préférentiels devrait être optionnel. S'il est obligatoire, les agents publics chargés de formuler et d'enregistrer une telle déclaration se trouveraient, dans certains États, habilités de fait à déterminer judiciairement l'ordre de priorité pour ces États, alors même que l'ordre des "superprivilèges" concurrents peut ne pas avoir encore été déterminé judiciairement par leurs tribunaux. Conférer de tels pouvoirs à des agents publics serait contraire à la structure de l'État de ces pays.

*Produit (article 26)*

Conformément au principe selon lequel les règles du projet de Convention ne doivent pas porter atteinte aux pratiques existantes, il faudrait disposer clairement que la règle énoncée dans cet article n'affectera pas les droits d'une autre personne au produit de la créance cédée en vertu de la loi du lieu de situation du cédant. En outre, pour éviter toute complexité et confusion inutiles, il faudrait préciser que cet article s'applique uniquement au produit en espèces et non au produit sous d'autres formes.

*Application du chapitre V (article 37)*

Étant donné que le chapitre V énonce des principes dont certains ne sont pas reconnus dans tous les systèmes juridiques, il est préférable que les États puissent choisir d'inclure ce chapitre plutôt que choisir de l'exclure.

*Limitations concernant les personnes publiques (article 38)*

Il s'agit là d'une disposition importante pour de nombreux pays. Les mots "personnes publiques" (*"public entities"*) ne sont pas clairs et peuvent être source d'incertitudes. Il est difficile de savoir, par exemple, s'il faut y inclure les organismes de commerce d'État incorporés séparément ou les entreprises liées à l'État. Pour résoudre ce problème, il est proposé de donner aux États la possibilité de déterminer leurs "personnes publiques" en déposant des déclarations auprès du dépositaire.

*Effet de la dénonciation (article 44-3)*

Le paragraphe 3 de l'article 44 lie un État aux dispositions du projet de Convention même après qu'il l'a dénoncé. De la même manière qu'il peut consentir volontairement à être lié par les dispositions d'une convention bilatérale, un État devrait pouvoir se libérer des obligations créées par une telle convention lorsqu'il s'estime contraint de le faire. Toute restriction à ce principe rendrait le projet de Convention moins intéressant pour les États qui y souscrivent fermement.

On ne saurait contester l'utilité commerciale d'une disposition telle que le paragraphe 3 de l'article 44 dans le mécanisme établi par le projet de Convention proposé. Pour préserver l'efficacité de ce projet et pour en renforcer aussi l'intérêt, il faudrait disposer qu'un État peut déclarer que, même s'il dénonce le projet de Convention, les dispositions de ce dernier continuent de s'appliquer aux opérations effectuées lorsque l'État était un État contractant.

## ORGANISATIONS INTERNATIONALES

### Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)

*(Observations complémentaires)*

Suite aux observations qu'il avait soumises le 14 février 2000 (publiées dans le document A/CN.9/472/Add.1) concernant les relations entre, d'une part, le projet de Convention Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et les projets de Protocoles à ladite Convention, et, d'autre part, le projet de Convention susmentionné de la CNUDCI, le secrétariat d'Unidroit souhaite informer la Commission des efforts importants qui ont été accomplis lors de la troisième session conjointe du Comité d'experts gouvernementaux d'Unidroit chargé d'élaborer un projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et un projet de Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques, et du Sous-Comité du Comité juridique de l'OACI sur l'étude des garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (matériels d'équipement aéronautiques), qui s'est tenue à Rome du 20 au 31 mars 2000, pour donner une réponse aux préoccupations qui ont été exprimées à cette occasion par le représentant de la CNUDCI, et qui étaient notamment reflétées dans les observations présentées par cette organisation (Unidroit CEG/Int.Int./3-WP/10 OACI Réf. LSC/ME/3-WP/10).

En premier lieu, le champ d'application matériel du projet de Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (ci-après dénommé "le projet de Convention") a été considérablement restreint lors de la troisième session conjointe, essentiellement afin de préciser le nombre de catégories de matériels qui demanderaient à être exclus du domaine d'application du projet de Convention de la CNUDCI: les seules catégories de matériels qui sont maintenant couvertes par le projet de Convention sont les cellules d'aéronefs, les moteurs d'avion et les hélicoptères, le matériel roulant ferroviaire et le matériel d'équipement spatial (cf. article 2-3 du projet de Convention). Le champ d'application du projet de Convention ne peut en conséquence plus être considéré comme étant "sans limite" (cf. paragraphe 5 des observations susmentionnées du secrétariat de la CNUDCI). Il devrait apparaître en conséquence beaucoup plus facile pour la Commission de consentir à la solution préférable selon le secrétariat d'Unidroit dans ses observations de février, à savoir l'exclusion expresse du champ d'application du projet de Convention de la CNUDCI des cessions de créances qui ont valeur de droits accessoires pour ce qui est du financement des catégories de matériels couvertes par le projet de Convention.

Le secrétariat d'Unidroit saisit en outre cette occasion pour réitérer l'importance que les Groupes de travail aéronautique, ferroviaire et spatial d'Unidroit attachent à ce que les cessions de créances réalisées à titre de garantie dans le cadre d'opérations de financement aéronautique, ferroviaire ou spatial soient traitées par les instruments spécifiquement destinés à ces types de matériels, à savoir le projet de Convention complété et mis en œuvre par les projets de Protocoles pertinents, plutôt que par le projet de Convention de la CNUDCI.

En second lieu, la question de la compatibilité du chapitre IX du projet de Convention avec la règle de certains systèmes juridiques selon laquelle une cession de droits accessoires aurait pour effet de céder en même temps l'obligation principale, et sur laquelle le secrétariat de la CNUDCI a particulièrement attiré l'attention dans ses observations, a été examinée également lors de la troisième session conjointe. Une proposition a été formulée par trois délégations contenant deux variantes. Le temps disponible à la session n'a pas permis de procéder à un examen complet du texte de cette proposition. Il a donc été décidé de reproduire celle-ci en annexe au texte du projet de Convention tel que revu par le Comité de rédaction. Il est maintenant prévu de réunir — si possible début septembre 2000 — un petit groupe de travail composé de représentants de gouvernements et d'organisations (notamment la CNUDCI) ayant manifesté un intérêt particulier pour la question au cours de la troisième session conjointe, afin d'achever le travail entrepris. Le secrétariat d'Unidroit pense en conséquence que, lorsque ce travail sera fini, il aura été répondu de façon satisfaisante aux préoccupations qui ont été exprimées par le secrétariat de la CNUDCI à cet égard.

# III. COMMERCE ÉLECTRONIQUE

## A. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-cinquième session (Vienne, 6-17 septembre 1999) (A/CN.9/465) [Original: anglais]

### TABLE DES MATIÈRES


| | | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|---|
| INTRODUCTION | | 1-17 | 409 |
| I. | DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS | 18 | 411 |
| II. | PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES | 19-142 | 411 |
| | A. REMARQUES GÉNÉRALES | 19 | 411 |
| | B. EXAMEN DES PROJETS D'ARTICLES | 20-142 | 412 |
| | Article 13. Reconnaissance des signatures et certificats étrangers | 21-35 | 412 |
| | Article premier. Champ d'application | 36-42 | 414 |
| | Article 3. [Non-discrimination] [Neutralité technique] | 43-48 | 415 |
| | Article 4. Interprétation | 49-50 | 416 |
| | Article 5. Dérogation conventionnelle | 51-61 | 417 |
| | Article 6. [Respect des exigences concernant la signature] [Présomption de signature] | 62-82 | 418 |
| | Article 7. [Présomption d'original] | 83-89 | 422 |
| | Article 8. Détermination de la signature électronique [renforcée] | 90-98 | 423 |
| | Article 9. [Responsabilités] [devoirs] du détenteur de la signature | 99-108 | 424 |
| | Article 10. Foi accordée à une signature électronique renforcée | 109-114 | 426 |
| | Article 11. Foi accordée à un certificat | 115-122 | 427 |
| | Article 12. [Obligations] [devoirs] d'un certificateur d'informations | 123-142 | 428 |


## 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 et à la possibilité de définir des règles uniformes concernant ces questions. Il a été convenu que les règles uniformes à élaborer 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

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

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 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 dit sa satisfaction des efforts faits par le Groupe de travail pour rédiger le projet de règles uniformes sur les signatures électroniques. Elle a noté qu'à ses trente et unième et trente-deuxième sessions il avait eu des difficultés manifestes 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 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 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 sur la faisabilité de la rédaction de telles règles uniformes et s'est déclarée certaine que le Groupe de travail pourrait progresser 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 comme un forum international particulièrement important pour les échanges de vues sur les problèmes juridiques liés au commerce électronique et à la recherche de solutions correspondantes[3].

8. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième (juillet 1998) et trente-quatrième (février 1999) sessions (A/CN.9/454 et 457). Elle a dit sa satisfaction quant aux 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 compréhension des aspects juridiques des signatures électroniques, mais on a également senti 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.

9. Selon une opinion, l'approche qu'avait adoptée jusqu'ici le Groupe de travail ne tenait pas suffisamment compte de la nécessité, pour le monde des affaires, de souplesse dans l'utilisation des signatures électroniques et autres techniques d'authentification. Telles qu'actuellement envisagées, les Règles uniformes mettaient trop l'accent sur les signatures numériques et sur une application particulière de ces dernières 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. La réglementation de certaines utilisations des signatures électroniques était peut-être nécessaire en dehors du droit commercial, mais le Groupe de travail ne devrait pas s'engager dans une activité de ce type.

10. Selon l'avis qui a largement prévalu, le Groupe de travail devrait poursuivre sa tâche sur la base de son mandat

[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.

original (voir par. 3 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 d'élaborer 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 à la clef) correspondait à un modèle possible de cryptographie à clef publique, mais que d'autres étaient aussi concevables (sans intervention d'une autorité de certification indépendante, par exemple). 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 titulaire), 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 de la même façon, 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, on a 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 techniquement (ibid., par. 68).

11. À l'issue du débat, la Commission a réaffirmé ses décisions précédentes quant à la faisabilité de la rédaction de règles uniformes (voir par. 3 et 5 ci-dessus) et s'est déclarée certaine que le Groupe de travail pourrait progresser encore à ses prochaines sessions[4].

12. Le Groupe de travail sur le commerce électronique, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-cinquième session à Vienne du 6 au 17 septembre 1999. Ont assisté à cette session les représentants des États membres du Groupe de travail ci-après: Allemagne, Australie, Autriche, Bulgarie, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Finlande, France, Honduras, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Mexique, Nigéria, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Thaïlande et Uruguay.

13. Y ont également assisté des observateurs des États ci-après: Angola, Arabie saoudite, Bahreïn, Belgique, Belize, Bolivie, Canada, Costa Rica, Danemark, Géorgie, Guatemala, Indonésie, Iraq, Irlande, Koweït, Liban, Malaisie, Maroc, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Philippines, Pologne, Portugal, République tchèque, République de Corée, Slovaquie, Suède, Suisse, Tunisie, Turquie, Ukraine et Yémen.

[4]Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 308 à 314.

14. Y ont en outre assisté des observateurs des organisations internationales ci-après: Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), Banque africaine de développement, Commission européenne, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Association européenne des étudiants en droit, Association internationale des ports (AIP), Association internationale du barreau, Chambre de commerce internationale (CCI), Internet Law and Policy Forum (ILPF), Electronic Frontier Foundation Europe et Union internationale du notariat latin (UINL).

15. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

*Président:* M. Jacques GAUTHIER (Canada, élu à titre personnel)

*Rapporteur:* M. Pinai NANAKORN (Thaïlande)

16. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.81); une note du secrétariat contenant un projet révisé de Règles uniformes sur les signatures électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.82).

17. 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. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

18. Le Groupe de travail a examiné la question des signatures électroniques sur la base de la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.82). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions à ce sujet dans la section II ci-dessous. Le secrétariat a été prié d'élaborer, à partir de ces délibérations et conclusions, un ensemble de dispositions révisées, avec d'éventuelles variantes, pour examen par le Groupe de travail lors d'une session future.

## II. PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

### A. Remarques générales

19. Les membres du Groupe de travail ont tout d'abord échangé des vues sur les faits nouveaux intervenus en matière de réglementation dans le commerce électronique, notamment l'adoption de la Loi type, les signatures électroniques et l'infrastructure à clef publique dans le contexte des signatures numériques. S'est ainsi confirmé, aux niveaux gouvernemental, intergouvernemental et non gouvernemental, que l'on reconnaissait aujourd'hui l'ab-

solue nécessité de traiter les aspects juridiques du commerce électronique pour favoriser ce commerce et éliminer les obstacles aux échanges. Il a été indiqué qu'un certain nombre de pays avaient récemment adopté, ou étaient sur le point d'adopter, des lois incorporant la Loi type ou traitant de questions connexes relatives à la facilitation du commerce électronique. Un certain nombre de ces propositions législatives portaient également sur les signatures électroniques (ou, dans certains cas, plus particulièrement sur les signatures numériques). D'autres pays avaient créé des groupes de travail, dont certains en étroite coopération avec le secteur privé, qui étudiaient les besoins de modification de la législation pour faciliter le commerce électronique, qui envisageaient activement l'adoption de la Loi type et préparaient les textes nécessaires, et qui travaillaient sur les questions relatives aux signatures électroniques, notamment sur la mise en place d'infrastructures à clef publique ou d'autres projets concernant des questions y étant étroitement liées.

## B. Examen des projets d'articles

20. Il a été rappelé qu'à la session précédente le Groupe de travail n'avait pas pu, faute de temps, examiner le principe de la non-discrimination entre les certificats sur la base du lieu de leur émission (A/CN.9/457, par. 120), non plus que les questions relatives à la reconnaissance internationale des certificats. Avant d'entamer l'examen du projet d'article premier, il a donc décidé de procéder à un échange de vues sur les dispositions du projet d'article 13.

### Article 13. *Reconnaissance des signatures et certificats étrangers*

21. Le texte du projet d'article 13 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. Pour déterminer si, ou dans quelle mesure, un certificat [une signature] produit légalement ses effets, il n'est pas tenu compte du lieu où le certificat [la signature] a été émis [émise], ni de l'État dans lequel l'émetteur a son établissement.

*Variante A*

2. Les certificats émis par un certificateur d'informations étranger sont reconnus comme équivalant juridiquement aux certificats émis par les certificateurs d'information soumis à... *[la loi de l'État adoptant]* si les pratiques du certificateur d'informations étranger offrent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui qui est requis des certificateurs d'informations en vertu 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 entre les États concernés.]

3. Les signatures conformes aux lois d'un autre État relatives aux signatures numériques ou autres signatures électroniques sont reconnues comme équivalant juridiquement aux signatures conformes à... *[la loi de l'État adoptant]* si les lois de l'autre État exigent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui qui est exigé pour les signatures en vertu 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.]

4. Nonobstant le paragraphe précédent, les parties à des transactions commerciales et autres peuvent spécifier qu'il est nécessaire de recourir à un certificateur d'informations, une catégorie de certificateurs d'informations ou une catégorie de certificats particuliers pour les messages ou signatures qui leurs sont soumis.

*Variante B*

2. Les certificats émis par un certificateur d'informations étranger sont reconnus comme équivalant juridiquement aux certificats émis par les certificateurs d'informations soumis à... *[la loi de l'État adoptant]* si les pratiques du certificateur d'informations étranger offrent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui qui est requis des certificateurs d'informations en vertu de... *[la loi de l'État adoptant]*.

[3. L'équivalence visée au paragraphe 2 peut être déterminée par une décision publiée de l'État ou par un accord bilatéral ou multilatéral avec d'autres États.]

4. 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 certificats et la conservation des enregistrements;

*d)* possibilités d'accès à l'information pour les [signataires] [sujets] identifiés 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 au comportement de l'autorité de certification et la loi de l'État adoptant."

*Remarques générales*

22. On s'est inquiété de savoir si le projet d'article 13 devait s'appliquer à la reconnaissance tant des certificats que des signatures. Selon une opinion, il devait s'appliquer en fait aux certificats et il valait mieux placer toute disposition traitant des effets juridiques des signatures dans les articles de fond relatifs aux signatures figurant au début des Règles uniformes. À l'appui de cet argument, on a déclaré qu'il pourrait être difficile de formuler une règle unique pour la reconnaissance des signatures étant donné les nombreuses fonctions de ces dernières et les différences de niveaux de fiabilité pouvant exister. On a aussi fait observer que l'on pouvait certes tenir compte à juste titre des facteurs énoncés au paragraphe 4 de la variante B pour les certificats, mais que pour évaluer la fiabilité des signatures au sens de la variante A il faudrait tenir compte de facteurs différents. Selon un avis contraire, le projet d'article devrait traiter de la reconnaissance tant des signatures que des certificats, puisque les deux étaient importants pour la question de l'identification dans le contexte d'un usage commer-

cial, et les Règles uniformes avaient pour objet d'élaborer des règles sur l'utilisation des signatures électroniques, y compris dans le commerce international. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que la question devait demeurer ouverte jusqu'à l'examen des articles de fond.

*Paragraphe 1*

23. Le principe de non-discrimination énoncé au paragraphe 1 a bénéficié d'un appui général, mais des doutes ont été exprimés quant au fait de savoir si la disposition, telle qu'actuellement rédigée, reflétait correctement ce principe et s'il était approprié de se référer au pays d'origine. Selon un avis, la référence au pays d'origine se traduisait par une disposition de non-discrimination qui était trop étroite et qui laissait ouverte la possibilité qu'une discrimination se produise pour plusieurs autres motifs, ce qui ne serait pas souhaitable. Selon un autre avis, il pourrait en fait exister des cas où le pays d'origine de la signature ou du certificat était essentiel à la question de la reconnaissance. Il a été estimé, dans l'ensemble, que les avis et préoccupations susmentionnés devraient être pris en compte lors de la reformulation du paragraphe 1 afin de permettre une poursuite de la discussion lors d'une session future.

24. Il a été proposé de formuler plus clairement le principe de non-discrimination en employant le libellé suivant:

> "Pour déterminer si, ou dans quelle mesure, un certificat [une signature] produit légalement ses effets, il n'est pas tenu uniquement compte du lieu où le certificat [la signature] a été émis [émise], ni uniquement de l'État dans lequel l'émetteur a son établissement."

Cette proposition n'a pas été appuyée.

25. S'agissant de la relation entre le paragraphe 1 et les variantes A et B, l'avis selon lequel seul le paragraphe 1 était nécessaire pour traiter la question de la reconnaissance de signatures et de certificats étrangers a bénéficié d'un appui. Il a été déclaré que les principes reflétés dans les variantes A et B ne pouvaient être appuyés, car ils étaient trop restrictifs, trop difficiles à vérifier et formulés en termes trop généraux pour donner des indications quant à la façon dont l'équivalence pourrait être établie. Il a été mis en avant qu'une règle de non-discrimination telle que celle énoncée au paragraphe 1 aurait pour effet d'inciter les parties à étudier les exigences d'autres juridictions où les transactions nécessitent des signatures et certificats étrangers afin de vérifier les preuves susceptibles d'être exigées pour que les signatures et certificats produisent légalement leurs effets et de déterminer quelle loi applicable serait souhaitable. Selon un avis contraire, une règle sur la non-discrimination n'était pas suffisante pour pouvoir comparer différents certificats et signatures, comparaison qui serait inévitablement requise pour faciliter l'utilisation internationale du commerce électronique. À cette fin, il fallait disposer d'une règle précisant comment la reconnaissance internationale pourrait s'effectuer. Un appui a été exprimé en faveur de l'avis selon lequel ce dont on avait besoin, au plan international, c'était d'indications quant aux critères, telle la fiabilité des certificats et signatures évoquée dans les variantes A et B, sur lesquels la reconnaissance puisse se fonder. Après un débat, il a été généralement estimé que le paragraphe 1 n'était pas suffisant pour faciliter la reconnaissance internationale des certificats et signatures.

*Variante A*

26. L'avis selon lequel la variante A, en se référant à la fiabilité, énonçait le critère essentiel d'équivalence sur lequel la reconnaissance pourrait se fonder, a bénéficié d'un appui. Selon un autre avis, la fiabilité devrait se limiter à la fiabilité technique, et des exigences telles que l'enregistrement d'un certificateur d'informations ne devraient pas être envisagées. On a exprimé, cependant, quelques inquiétudes quant à ce qu'une telle règle pourrait signifier dans la pratique. On a craint que la variante A ne donne lieu à une discrimination inverse si elle devait avoir pour effet, par exemple, qu'un certificateur d'informations étranger n'ait pas à se conformer à la loi de l'État qui reconnaît les signatures et certificats si ses pratiques sont jugées équivalentes, sur la base de certains critères, aux pratiques d'un certificateur d'informations national. On a craint en particulier, à cet égard, que le certificateur d'informations étranger ne puisse prendre l'avantage sur le certificateur national, surtout si les critères d'établissement de l'équivalence ne tenaient pas compte de contraintes administratives telles que l'enregistrement du certificateur d'informations. Le Groupe de travail a pris note de ces inquiétudes, compte tenu en particulier de l'accord qui s'était dégagé sur l'importance du principe de non-discrimination, mais il a généralement estimé que ces craintes pourraient être levées en définissant les critères à prendre en compte pour déterminer l'équivalence. Une autre crainte exprimée en rapport avec l'introduction éventuelle d'un critère de fiabilité technique (en particulier en rapport avec les certificats) avait trait à la mesure dans laquelle la fiabilité du certificat dépendait de la fiabilité du certificateur d'informations et, partant, de critères n'ayant pas de rapport direct avec des questions techniques.

27. S'agissant du critère éventuel à appliquer pour établir l'équivalence, on a estimé que l'accent placé, dans la variante A, sur la fiabilité était trop étroit et que d'autres critères tels que l'environnement contractuel créé par les parties devaient être pris en compte pour déterminer l'équivalence. Il a également été mis en avant que les dispositions de la variante A présupposaient un niveau de réglementation des certificateurs d'informations et des certificats qui pourrait, dans la pratique, ne pas être universel, et que leur application pourrait être difficile. Selon l'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail, la fiabilité était un critère approprié sur lequel on pouvait fonder la détermination de l'équivalence aux fins de la reconnaissance de certificateurs d'informations étrangers, sous réserve que soient établis certains critères à prendre en compte pour procéder à cette détermination.

28. L'admission de la nécessité d'accords bilatéraux et multilatéraux fixant les modalités de reconnaissance conformément aux paragraphes 2 et 3 de la variante A a bénéficié d'un large appui.

29. Les membres du Groupe de travail se sont généralement déclarés favorables à l'introduction, dans le projet d'article 13, d'une disposition admettant largement l'autonomie des parties comme fondement de la reconnaissance internationale. Il a également été convenu que la liberté dont jouissaient les parties de s'entendre sur l'utilisation de certificats ou de signatures particuliers conformément au paragraphe 4 de la variante A devrait être reconnue.

*Variante B*

30. Différentes vues ont été exprimées quant à la nécessité de conserver les critères énoncés au paragraphe 4 de la variante B. Des membres de la Commission, qui étaient d'avis qu'il fallait conserver ces critères, ont répété qu'une base était nécessaire pour pouvoir établir la reconnaissance et que ce paragraphe, combiné au paragraphe 1 et à la variante A, fournissait cette base. Selon un avis contraire, il était inapproprié d'introduire, dans un article traitant de la reconnaissance internationale des certificats et signatures, des exigences en rapport avec des certificateurs d'informations qui n'apparaissaient nulle part ailleurs dans le projet de Règles uniformes. Si les Règles uniformes devaient traiter des opérations des certificateurs d'informations et établir des critères auxquels on pourrait se référer pour évaluer la fiabilité de certificats émis par ces certificateurs d'informations, il faudrait inclure ces dispositions dans des articles de fond tels que le projet d'article 12. En outre, il a été indiqué que le fait de faire figurer ces critères uniquement dans des dispositions traitant de la reconnaissance de certificats et signatures étrangers risquait d'entraîner une discrimination et, partant, d'aller à l'encontre du principe énoncé au paragraphe 1. De surcroît, certaines craintes ont été exprimées quant à la pertinence de tous ces critères dans chaque cas, et quant à la nécessité de veiller à ce que cette disposition ne soit pas formulée comme étant obligatoire, ni comme se limitant aux critères énoncés.

31. Pour tenir compte de certains des avis et craintes exprimés pendant la discussion, il a été proposé une disposition relative à la reconnaissance qui serait libellée comme suit:

"1. Pour déterminer 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 établissement.

2. Pour déterminer si, ou dans quelle mesure, un certificat produit légalement ses effets, il est fait référence aux lois de l'État qui le reconnaît ou de toute autre loi applicable dont peuvent convenir les parties.

3. Un certificat n'est pas considéré comme ne produisant pas légalement ses effets en vertu des lois de l'État qui le reconnaît ou de toute autre loi applicable dont conviennent les parties au seul motif qu'une exigence d'enregistrement en vertu de la loi applicable n'a pas été satisfaite.

4. Si un État reconnaissant le certificat a conclu un accord bilatéral ou multilatéral avec un autre État, un certificat émis conformément à cet accord est reconnu.

5. Si les parties conviennent d'être liées par un certificat émis par un certificateur d'informations spécifié, ce certificat est reconnu."

32. Des doutes ayant été exprimés quant à la façon dont cette proposition pourrait être interprétée, notamment en cas de problème de conflit de lois, elle a peu été appuyée.

33. Dans le contexte de la discussion sur ceux des critères énoncés au paragraphe 4 de la variante B qu'il faudrait conserver, il a été mis en avant que ces critères n'étaient peut-être pas tous aussi utiles pour déterminer la fiabilité ou ce qui pourrait être requis pour prouver un certificat. En outre, selon un avis, il fallait bien s'assurer que le coût et la facilité d'établissement des preuves ne fassent pas obstacle à l'utilisation de certificats et de signatures électroniques. Le Groupe de travail a pris note de ces avis en vue de l'examen du paragraphe 4 à un stade ultérieur.

34. Après un débat, le Groupe de travail a conclu qu'en vue d'un réexamen futur: le paragraphe 1 devrait énoncer le principe de non-discrimination, son libellé étant quelque peu modifié pour tenir compte des avis exprimés pendant le débat; les paragraphes 2, 3 et 4 de la variante A devraient être conservés, car ils énonçaient une règle appropriée concernant la reconnaissance des certificats et signatures étrangers; le paragraphe 4 de la variante B devrait énoncer les critères à prendre en compte pour déterminer l'équivalence de fiabilité en rapport avec les paragraphes 2 et 3 de la variante A, mais que cette disposition ne devrait ni être obligatoire ni se limiter aux critères particuliers énumérés; le projet d'article 13 devrait prévoir que la reconnaissance d'une convention entre les parties intéressées concernant l'utilisation de certains types de signatures électroniques ou de certificats est un motif suffisant pour la reconnaissance internationale (entre ces parties) des signatures ou certificats convenus; et la question de savoir si le projet d'article 13 devrait traiter à la fois des certificats et des signatures devrait être réexaminée lorsque des décisions concernant les articles de fond du projet de Règles uniformes auraient été prises.

35. Le Groupe de travail a convenu que, pour poursuivre le débat lors d'une session ultérieure, il faudrait que soit établie une autre version de l'article 13 tenant compte de l'avis selon lequel les critères énoncés en ce qui concerne les signatures ou certificats devraient s'appliquer de la même façon aux signatures ou certificats étrangers et nationaux. À cet effet, la substance de ces critères devrait être énoncée dans le projet d'article 12, le projet d'article 13 faisant quant à lui référence à l'obligation faite aux certificateurs d'informations étrangers de respecter les critères énoncés dans le projet d'article 12 pour obtenir la reconnaissance.

### Article premier. *Champ d'application*

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

"Les présentes règles s'appliquent aux signatures électroniques utilisées dans le contexte de relations commerciales* et ne se substituent à aucune loi visant à protéger les consommateurs.

*Le terme "relations commerciales" devrait être interprété au sens large, comme désignant toute relation d'ordre commercial, qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle. Les relations d'ordre commercial comprennent, sans s'y limiter, les transactions suivantes: fourniture ou échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licence; investissement; financement; opération bancaire; assurance; accord d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de voyageurs par voie aérienne ou maritime, par chemin de fer ou par route."

37. On a noté tout d'abord que le projet d'article premier, qui reprenait un certain nombre de dispositions figurant dans l'article premier de la Loi type, était fondé sur l'hypothèse de travail selon laquelle les Règles uniformes devraient constituer un instrument juridique séparé et non pas seulement un chapitre séparé de la Loi type (voir A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 16). Selon une opinion, il serait peut-être nécessaire de réexaminer ultérieurement la question de l'adoption éventuelle des Règles uniformes comme supplément à la Loi type, mais le Groupe de travail a approuvé l'hypothèse de travail. Il a aussi été convenu qu'il faudrait s'employer, dans l'élaboration des Règles uniformes, à assurer une cohérence aussi bien avec le fond qu'avec la terminologie de la Loi type. Dans la note explicative, ou dans le guide pour l'incorporation des Règles uniformes, qui serait éventuellement établi à un stade ultérieur, il conviendrait de donner des explications sur la relation entre les Règles et la Loi type. Il faudrait indiquer, à cet égard, que les Règles uniformes pourraient être adoptées séparément ou en tant que supplément de la Loi type.

38. Le projet d'article premier a été généralement approuvé quant au fond. S'agissant de la forme, il a été convenu qu'à des fins de cohérence avec la terminologie employée à l'article premier de la Loi type il conviendrait de remplacer les mots "relations commerciales" par les mots "activités commerciales". Il a été convenu par ailleurs que les mots "Les présentes Règles s'appliquent aux signatures électroniques utilisées..." ne traduisaient pas suffisamment bien l'étendue du champ d'application des Règles uniformes et devraient être remplacés par les mots "Les présentes règles s'appliquent lorsque des signatures électroniques sont utilisées...".

39. S'agissant des termes "activités commerciales", on s'est demandé s'il était vraiment nécessaire de limiter le champ d'application des Règles uniformes au domaine commercial. On a fait remarquer que ces règles devraient aussi s'appliquer, par exemple, lorsque des signatures électroniques étaient utilisées dans la soumission de déclarations ou d'autres documents à des administrations. On a fait observer que la question avait déjà été abordée lors de l'élaboration de la Loi type. Comme il était indiqué dans le Guide pour son incorporation, il avait été décidé que "rien dans la Loi type ne devrait empêcher un État d'élargir le champ d'application de la Loi type pour couvrir les utilisations du commerce électronique en dehors du domaine commercial" (Guide pour l'incorporation de la Loi type, par. 26). Il a été généralement convenu que l'on devrait adopter la même politique pour les signatures électroniques. En conséquence, il a été décidé d'insérer un libellé inspiré de la note*** relative à l'article premier de la Loi type dans la version révisée du projet d'article premier devant être élaborée afin de poursuivre la discussion à une session ultérieure.

40. S'agissant de la définition du terme "commercial", une question a été posée concernant la pertinence des mots "relation d'ordre commercial, qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle". Toutefois, de l'avis général, les relations d'ordre commercial pouvaient certes être considérées comme intrinsèquement contractuelles dans certains pays, mais elles pouvaient également être considérées comme non contractuelles dans la législation d'autres pays. En outre, il a été noté que la même définition du terme "commercial" avait été utilisée avec succès dans d'autres textes de la CNUDCI.

41. Il a été proposé d'exclure du champ d'application des Règles uniformes les utilisations des signatures électroniques dans lesquelles intervenaient des consommateurs. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné la question des consommateurs à sa précédente session (voir A/CN.9/457, par. 20, 56 et 70). Après un débat, le Groupe de travail a réaffirmé la décision adoptée à cette session, à savoir de n'affecter aucune loi visant à protéger les consommateurs. Toutefois, selon cette même décision, les consommateurs ne devraient pas être exclus du champ d'application des Règles uniformes puisque, dans certains cas, ces règles pourraient se révéler utiles pour eux.

42. Après avoir examiné le projet d'article premier, le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen des définitions figurant au projet d'article 2 jusqu'à ce qu'il ait achevé d'examiner les dispositions de fond des Règles uniformes.

### Article 3. *[Non-discrimination] [Neutralité technique]*

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

> "[Aucune des dispositions des présentes Règles n'est appliquée] [Les dispositions des présentes Règles ne sont pas appliquées] de manière à exclure, restreindre ou priver d'effet juridique toute méthode [de signature] satisfaisant aux exigences de *[l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique]*."

44. Les membres du Groupe de travail se sont généralement déclarés favorables à un principe s'inspirant du projet d'article 3, qui énonçait clairement que les Règles uniformes n'avaient pas pour objet de privilégier ou d'avantager certaines techniques, ce qui risquerait d'entraîner une discrimination à l'encontre d'autres techniques. Le Groupe de travail a réaffirmé l'importance du principe de neutralité technique sur lequel se fondait la Loi type et qui était aussi un élément essentiel du mandat confié au Groupe de travail pour la préparation des Règles uniformes.

45. Certaines craintes ont été exprimées quant à la façon dont la règle de non-discrimination devrait être formulée dans les Règles uniformes et quant au rapport entre ce principe et l'article 7 de la Loi type. L'un des problèmes avait trait au rôle de l'autonomie des parties au projet d'article 3. Selon un avis, toute référence à l'article 7 de la Loi type, puisqu'il s'agissait d'une disposition obligatoire non sujette à dérogation conventionnelle, limiterait l'aptitude des parties à s'entendre sur la façon de mener leurs transactions entre elles et, en particulier, sur ce qui pourrait constituer une signature. Il a été proposé de résoudre ce problème en supprimant la référence à l'article 7 et en terminant le projet d'article après le mot "méthode" ou en soumettant le projet d'article 3 aux dispositions relatives à l'autonomie des parties contenues dans le projet d'article 5. En vertu de la première proposition, le projet d'article 3 serait une déclaration générale de non-discrimination. En vertu de la seconde, le projet d'article 3 pourrait faire l'objet d'une dérogation conventionnelle en application du projet

d'article 5. On a objecté que le projet d'article 3 mettait l'accent sur les mesures qu'un État pourrait prendre en matière législative en ce qui concerne la reconnaissance (ou l'effet juridique) de différentes techniques. Dans ce contexte, la question de l'autonomie des parties était sans objet. Il a par ailleurs été observé que, si l'article 7 de la Loi type offrait le moyen d'établir un équivalent fonctionnel pour les exigences légales applicables à une signature, il n'excluait pas des méthodes de signature qui pourraient quand même produire des effets juridiques, même si elles ne satisfaisaient pas à ces exigences de forme. C'est pourquoi la question de l'autonomie des parties n'avait pas davantage d'objet dans le cadre d'un examen du projet d'article 3.

46. Une autre crainte exprimée quant à la relation entre le projet d'article 3 et l'article 7 de la Loi type avait trait au fait que, puisque les Règles uniformes pourraient être un texte indépendant ou autonome, le projet d'article 3 n'aurait que peu de sens pour les États qui n'adoptaient pas la Loi type ou, du moins, l'article 7 de la Loi type. Pour résoudre cette difficulté, il a été proposé que le projet d'article 3 se réfère aux dispositions de la loi de l'État (adoptant les Règles uniformes) qui avaient trait aux signatures ou signatures électroniques. Il a été mis en avant que l'objet de la référence à l'article 7 était d'aller plus loin que la simple reconnaissance de signatures produisant des effets juridiques dans la loi nationale et de proposer le critère énoncé à l'article 7 aux États qui cherchent à adopter une nouvelle loi sur les signatures. À cet effet, la référence figurant dans le projet d'article 3 pourrait être soit une référence spécifique à l'article 7, soit une référence aux critères énoncés à l'article 7, soit encore une référence au projet d'article 6-2 des Règles uniformes, qui reprenait les critères de l'article 7. Il a été mis en avant qu'une référence aux critères de l'article 7 présenterait l'avantage de préserver ces critères dans les Règles uniformes, puisque les pays qui adoptaient la Loi type pourraient modifier l'article 7 ou y déroger pour atténuer l'effet de ces critères. Si la proposition visant à adopter une référence à la loi nationale était retenue, cette référence serait alors une référence à quelque chose d'autre que les critères de l'article 7 de la Loi type. L'inclusion d'une référence aux critères de l'article 7, que ce soit en les reproduisant directement dans le projet d'article ou par une référence à l'article 6-2, et l'inclusion d'une référence à la loi applicable, ont toutes deux bénéficié d'un certain appui.

47. Plusieurs propositions de nature rédactionnelle ont été faites. Le premier ensemble de mots d'ouverture "Aucune des dispositions des présentes Règles..." a bénéficié d'un certain appui. Les propositions visant soit à conserver, soit à supprimer les mots "[de signature]" et à ajouter le qualificatif "électronique" avant "signature" ont également bénéficié d'un certain appui. Le Groupe de travail a convenu qu'il s'agissait là d'une question de rédaction qui dépendait, le cas échéant, des mots utilisés pour achever la phrase. Il a en outre été proposé de remplacer "priver d'effet juridique" par les mots "exercer une discrimination à l'encontre de", mais cette proposition n'a pas reçu d'appui. Les deux alternatives figurant entre crochets en titre du projet d'article 3 ont toutes deux bénéficié d'un appui. Il a également été proposé le titre "Égalité de traitement des signatures électroniques". Une certaine préférence a été accordée à l'inclusion, dans le titre du projet d'article 3, d'une référence au principe de neutralité technique.

48. Après un débat, le Groupe de travail a convenu qu'un article s'inspirant du projet d'article 3 était très important pour s'assurer que le principe de non-discrimination s'applique à différents types de techniques de signature, que cette technique soit actuellement utilisée ou qu'elle soit éventuellement mise au point à l'avenir; qu'il n'existait aucun rapport entre les projets d'articles 3 et 5 des Règles uniformes et que, par conséquent, aucune disposition de dérogation conventionnelle n'était nécessaire dans le projet d'article 3; que les mots d'ouverture du projet d'article 3 devraient être "Aucune des dispositions des présentes Règles..."; que s'il existait une certaine préférence, s'agissant du titre du projet d'article 3, pour "Neutralité technique", le secrétariat pourrait souhaiter envisager d'autres titres possibles pour tenir compte des avis exprimés par le Groupe de travail; que la référence à l'article 7 de la Loi type, bien qu'elle eût exclusivement pour objet d'être une référence à l'article 7 tel que promulgué par les États adoptants, devrait être remplacée par une référence au projet d'article 6-2 des Règles uniformes, y compris aux critères énoncés à l'article 7 de la Loi type (tels que proposés initialement et énoncés au paragraphe 55 du document A/CN.9/457); qu'on pourrait ajouter, pour compléter la référence au projet d'article 6-2, les mots "[ou satisfaisant autrement aux exigences de la loi applicable]" en vue de leur examen ultérieur par le Groupe de travail.

### Article 4. *Interprétation*

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

> "1. Pour l'interprétation des présentes Règles uniformes, il est tenu compte de leur origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de leur application et le respect de la bonne foi dans le commerce électronique.
>
> 2. Les questions concernant les matières régies par les présentes Règles uniformes qui ne sont pas expressément réglées par elles sont tranchées selon les principes généraux dont elles s'inspirent."

50. Le projet d'article 4 tel qu'il était rédigé a reçu dans l'ensemble un accueil favorable, bien que certains doutes aient été émis quant au sens des mots "dans le commerce électronique" au paragraphe 1. Il a été noté que le commerce électronique n'était pas défini. Bien que le sens de ce terme soit examiné dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type, il a été jugé que cela ne suffisait pas et que, si l'on conservait la référence à la bonne foi "dans le commerce électronique", le texte des Règles uniformes devrait indiquer clairement quelle serait la portée exacte de ces mots. Selon un autre avis, ces mots pourraient contribuer à définir le domaine dans lequel l'exigence de la bonne foi devait opérer, comme c'était le cas dans d'autres textes de la CNUDCI, par exemple l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ("Convention sur les ventes"), qui faisait référence à la bonne foi "dans le commerce international", ou l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, qui faisait référence à la bonne foi "dans la pratique internationale en matière de garantie indépendante et de lettre de crédit stand-by". Toutefois, après un débat, il a été décidé de supprimer les mots "dans le commerce électronique".

Article 5. *Dérogation conventionnelle*

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

*Variante A*

"[Les parties sont libres, par convention expresse ou tacite, de déroger à tout aspect des présentes Règles ou de s'en écarter,] [Il est possible de déroger à tout aspect des présentes Règles ou de s'en écarter, par convention expresse ou tacite,] à moins que cette dérogation ou cet écart ne porte atteinte aux droits des tiers.

*Variante B*

1. Les présentes Règles sont sans effet sur tout droit qui pourrait exister de modifier par convention l'une des règles de droit visées aux articles 6 et 7.

2. Il est possible de déroger à tout aspect des articles 9 à 12 des présentes Règles ou de s'en écarter par convention expresse ou tacite, à moins que cette dérogation ou cet écart ne porte atteinte aux droits des tiers."

*Remarques générales*

52. Pour ce qui est du principe général de l'autonomie des parties, il a été déclaré que les seules restrictions que les Règles uniformes devraient imposer aux parties commerciales, pour ce qui est de la réglementation des questions commerciales entre elles et avec des tiers, devraient être les restrictions imposées par les lois des États adoptant les Règles uniformes.

53. Pour ce qui est des variantes A et B, on s'est déclaré favorable à la suppression des membres de phrase faisant référence aux droits des tiers. Il a été déclaré que ce principe, de même que le principe selon lequel les parties ne pouvaient modifier par convention les règles de droit impératif, était un principe reconnu internationalement comme fondamental, qui n'avait donc pas à être énoncé dans les Règles uniformes. Selon un autre avis, la référence aux droits et obligations des tiers entrerait dans la catégorie plus générale des exceptions à l'autonomie des parties fondées sur des raisons d'ordre public, exceptions qu'il pourrait être utile d'énoncer dans cet article. Selon un avis contraire, les questions d'ordre public devraient être laissées au droit interne et non être traitées dans les Règles uniformes.

54. Le Groupe de travail a procédé a un échange de vues sur le titre du projet d'article 5, et diverses propositions de changement ont été faites, telles que "Autonomie des parties "et "Liberté contractuelle". Après un débat, le Groupe de travail a prié le secrétariat de prendre ces avis en considération lorsqu'il réviserait le projet d'article 5.

*Variante A*

55. Divers avis ont été exprimés à l'appui de la variante A. Selon un avis, comme la règle énoncée dans la variante B spécifiait quels articles des Règles uniformes devaient être considérés comme impératifs, elle exprimait le principe de l'autonomie des parties de manière plus restrictive que la variante A. La variante B risquerait donc d'avoir pour effet d'inhiber, plutôt que de faciliter, le développement du commerce électronique. Il a été noté que l'absence de réglementation avait grandement facilité le développement de l'échange de données informatisées et avait permis aux parties de trouver des solutions contractuelles aux questions juridiques qui se posaient. Pour ces raisons, les Règles uniformes ne devraient pas tenter d'énoncer des dispositions impératives telles que celles qui figuraient dans la variante B. Selon un autre avis, dans un contexte commercial, les parties devraient être entièrement libres de convenir de la manière dont elles conduiraient leurs relations et leurs transactions, y compris de ce qu'elles considéreraient comme une signature. Il a été reconnu que les parties commerciales pouvaient effectivement conclure de telles conventions "entre elles", mais on a exprimé quelques doutes quant à la valeur juridique que pourraient avoir de telles conventions lorsque des conditions de forme s'appliquaient au contexte commercial.

56. On a toutefois fait valoir qu'il serait possible de décider à un stade ultérieur des délibérations du Groupe de travail si certains articles des Règles uniformes devraient être impératifs et, si nécessaire, d'indiquer cette décision dans les articles pertinents, plutôt que de diluer l'article sur l'autonomie des parties. À cette fin, il a été proposé de modifier comme suit les premiers mots de la variante A: "Sauf disposition contraire des présentes Règles...".

57. Pour ce qui est de la forme, il a été proposé de supprimer la référence à une convention "expresse ou tacite" et de remplacer le verbe "déroger" par le verbe "modifier". Vu les décisions prises ultérieurement par le Groupe de travail, ces suggestions n'ont pas été retenues.

*Variante B*

58. La variante B a reçu un accueil favorable. Il a été noté que les projets de paragraphes 1 et 2 s'inspiraient fortement de l'article 4 de la Loi type. Ainsi, les projets d'articles 6 et 7 des Règles uniformes, comme les articles 7 et 8 de la Loi type sur lesquels ils se fondaient, seraient des dispositions impératives. De même, conformément au paragraphe 2 de l'article 4 de la Loi type, le projet de paragraphe 1 de la variante B préservait le droit des parties de modifier des dispositions impératives lorsque la loi nationale le leur permettrait. Les projets d'articles 9 à 12 des Règles uniformes, par comparaison, étaient des dispositions auxquelles les parties pouvaient librement déroger, de même que les dispositions du chapitre III de la Loi type.

59. Afin de tenir compte de certains des avis et préoccupations exprimés à propos des deux variantes, la proposition suivante relative à l'autonomie des parties a été faite:

"Il est possible de déroger aux présentes Règles ou de s'en écarter par convention, à moins que:

*a)* les présentes Règles n'en disposent autrement;

*b)* la loi de l'État adoptant n'en dispose autrement."

60. Cette proposition a reçu dans l'ensemble un accueil favorable. Des préoccupations ont toutefois été exprimées

à propos du paragraphe *b*, au motif qu'il s'agissait là d'une disposition très large, qui laissait les États libres d'imposer une réglementation restrictive quant à l'utilisation des signatures électroniques et n'encourageait pas l'adoption d'une norme telle que l'article 7 de la Loi type. Le Groupe de travail a noté qu'il serait certes impossible d'empêcher un État d'adopter une telle position, mais qu'on pourrait mentionner dans un guide ou dans un rapport explicatif relatif aux Règles uniformes que ces dispositions restrictives devraient être l'exception plutôt que la règle. Il a aussi été proposé que le paragraphe *b* soit placé entre crochets, dans l'attente d'un examen plus approfondi par le Groupe de travail. Après un débat, le Groupe de travail a adopté la proposition.

61. Il a été proposé, quant à la forme, que la référence à la "dérogation" ou à l'"écart" porte sur les "effets" des Règles, plutôt que sur les Règles elles-mêmes. Il a été convenu, comme ce type de disposition figurait dans un grand nombre d'instruments internationaux (par exemple, la Convention sur les ventes), que l'on se conformerait à la formulation habituelle.

### Article 6. *[Respect des exigences concernant la signature] [Présomption de signature]*

62. Le texte du projet d'article 6 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

*"Variante A*

1. Lorsque, dans le cas d'un message de données, il est fait usage d'une signature électronique renforcée, le message de données est présumé signé.

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 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.

[3. 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.]

4. Les paragraphes 2 et 3 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.

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

*Variante B*

1. Lorsque, dans le cas d'un message de données, il est fait usage d'une [méthode] [signature électronique] qui:

*a)* est particulière au détenteur de la signature [aux fins pour lesquelles] [dans le contexte où] elle est utilisée;

[*b)* peut être utilisée pour identifier objectivement le détenteur de la signature dans le cadre du message de données; et]

*c)* 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 [et par nulle autre personne];

le message de données est présumé signé.

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 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 toute convention en la matière.

3. Le paragraphe 2 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.

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

*Objet de l'Article 6*

63. De l'avis général, le projet d'article 6 devrait avoir principalement pour objet d'établir un degré de certitude quant aux effets juridiques qui découleraient de l'utilisation de signatures électroniques. Quant à ce que ces effets juridiques pourraient être, le débat s'est développé dans différentes directions, une référence constante étant faite à la question de la satisfaction des exigences de signature évoquées à l'article 7 de la Loi type.

*Types de signatures électroniques*

64. Selon un avis, il faudrait établir pour le projet d'article 6 (soit par une référence à la notion de "signature électronique renforcée", soit par une mention directe des critères d'établissement de la fiabilité technique d'une méthode de signature donnée) un double objectif: 1) que les effets juridiques découlent de l'application des méthodes de signature électronique reconnues comme fiables; et 2) inversement, qu'aucun effet juridique de ce type ne découlerait de l'utilisation de méthodes moins fiables. On a généralement estimé, cependant, qu'il pourrait être nécessaire d'établir une distinction plus subtile entre les différentes techniques possibles de signature électronique, les Règles uniformes devant éviter de désavantager quelque forme de signature électronique que ce soit, aussi simple et non sécurisée puisse-t-elle apparaître dans des circonstances données. Toute technique de signature électronique utilisée pour signer un message de données conformément à l'article 7-1 *a* de la Loi type produirait donc probablement des effets juridiques, à condition qu'elle soit suffisamment fiable compte tenu de toutes les circonstances, y compris de toute convention entre les parties. Cependant, seul un tribunal ou un autre juge des faits intervenant *ex post*, éventuellement longtemps après que la signature électronique a été utilisée, pouvait déterminer ce qui constituait une technique fiable de signature compte tenu des circonstances en vertu de l'article 7 de la Loi type. En revanche, l'avantage escompté des Règles uniformes pour certaines techniques reconnues comme étant particulièrement fiables indépendamment des circonstances dans lesquelles

elles étaient utilisées était de garantir (soit par une présomption, soit par une règle de fond) qu'au moment de l'utilisation de cette technique de signature électronique ou avant (*ex ante*) elle entraînerait des effets juridiques équivalents à ceux d'une signature manuscrite.

65. La question a été posée de savoir si un effet juridique devrait découler de l'utilisation de techniques de signature électronique qui ne satisferaient pas à toutes les fonctions décrites à l'article 7-1 *a* de la Loi type, à savoir de signatures électroniques qui ne seraient pas faites dans l'intention d'indiquer une approbation de l'information contenue dans le message de données. On a généralement estimé qu'en apposant une signature (qu'elle soit manuscrite ou électronique) à une information le signataire présumé devrait être réputé avoir approuvé l'établissement d'un lien entre son identité et cette information. Le fait que l'établissement de ce lien produise des effets juridiques (contractuels ou non) dépendrait de la nature de l'information signée, et de toute autre circonstance à évaluer conformément à la loi applicable en dehors des Règles uniformes. Dans ce contexte, le Groupe de travail a convenu que les Règles uniformes ne devraient pas porter atteinte au droit général des contrats ou des obligations.

66. Il a été noté que les variantes A et B, bien que visant le même résultat dans la pratique, différaient quant au fait de savoir si elles se fondaient ou non sur la notion de "signature électronique renforcée". Le maintien de la notion de signature électronique renforcée, décrite comme particulièrement apte à fournir une certitude quant à l'utilisation d'un certain type de signature électronique, à savoir les signatures numériques appliquées au moyen d'infrastructures à clef publique, a bénéficié d'un appui. On a fait valoir, à l'opposé, que la notion de "signature électronique renforcée" compliquait inutilement la structure des Règles uniformes. En outre, cette notion se prêterait à des malentendus en suggérant que différents niveaux de fiabilité pourraient correspondre à un nombre également diversifié d'effets juridiques. De nombreuses délégations ont exprimé la crainte que l'on ne considère une signature électronique renforcée comme une notion juridique distincte plutôt que comme l'expression d'un ensemble de critères techniques dont l'utilisation rendait une méthode de signature particulièrement fiable. Tout en reportant sa décision finale sur la question de savoir si les Règles uniformes se fonderaient sur la notion de "signature électronique renforcée", le Groupe de travail a généralement convenu que, lors de l'établissement d'une version révisée des Règles uniformes en vue de la poursuite du débat à une session ultérieure, il serait utile de présenter une version des projets d'articles qui ne se fondait pas sur cette notion.

*Relations avec l'article 7 de la Loi type*

67. Selon un avis, la référence à l'article 7 de la Loi type au paragraphe 2 du projet d'article 6 (qui était également utile comme rappel de l'origine conceptuelle des Règles uniformes) devait être interprétée comme limitant le champ d'application des Règles aux situations dans lesquelles une signature électronique était utilisée pour satisfaire à une prescription légale impérative selon laquelle certains documents devaient être signés pour être valides. Dans la mesure où la loi contenait très peu de prescriptions de ce type applicables aux documents utilisés dans les transactions commerciales, le champ d'application des Règles uniformes était très étroit. On a généralement convenu, en réponse à cet argument, que cette interprétation de l'article 6 (et de l'article 7 de la Loi type) était incompatible avec l'interprétation du terme "loi" adoptée par la Commission au paragraphe 68 du Guide pour l'incorporation de la Loi type, selon laquelle "le terme "loi" doit être interprété comme renvoyant non seulement aux dispositions législatives et réglementaires, mais également aux règles découlant de la jurisprudence et autres règles processuelles". Le paragraphe 1 tant de la variante A que de la variante B ne contenait aucune référence à une "exigence légale", et le paragraphe 2 reprenait le libellé de l'article 7 de la Loi type, mais, selon l'interprétation de la plupart des délégations, il n'existait aucune différence de champ d'application entre les deux paragraphes, ce champ étant particulièrement vaste dans la mesure où la plupart des documents utilisés dans le contexte de transactions commerciales devraient probablement, dans la pratique, satisfaire aux exigences du droit de la preuve concernant la preuve écrite.

*Effet juridique: présomption ou règle de fond*

68. Divers avis ont été exprimés quant à savoir précisément quel effet juridique devrait découler de l'utilisation d'une signature électronique fiable. Selon un avis, la question de savoir si le document devrait être considéré comme "signé" devrait être distinguée de la question de savoir s'il devrait être considéré comme signé par une personne donnée. Selon un autre avis, il serait inapproprié d'établir une présomption selon laquelle l'information était "signée", car, en vertu des lois de plusieurs pays, le mot "signature" indiquait l'intention émise par le signataire d'être lié, par exemple dans un contexte contractuel. Le fait de présumer l'intention risquerait de faire porter un poids excessif sur le signataire présumé, et risquerait de porter atteinte à la loi existante relative à la formation de contrats ou d'obligations. En conséquence, il a été proposé qu'au lieu d'établir une présomption selon laquelle le message de données était "signé" les Règles uniformes devraient se contenter d'établir la présomption d'un lien entre la signature électronique et le signataire présumé, ainsi qu'une présomption quant à la fiabilité de la méthode de signature utilisée. Toute conclusion supplémentaire concernant l'effet de la signature électronique à l'égard de la substance du message de données devrait, a-t-on déclaré, relever de la loi applicable par ailleurs. Ces avis ont bénéficié d'un certain appui.

69. À ce sujet, il a aussi été indiqué que l'approche adoptée dans le projet d'article 6, de pair avec la définition de la "signature électronique" au projet d'article 2, était acceptable. Selon cette approche, l'utilisation d'une signature électronique fiable devrait entraîner la "signature" du message de données par le détenteur du dispositif de signature, en partant de l'hypothèse que les conséquences de cette "signature", en particulier quant à l'intention du signataire présumé concernant l'information contenue dans le message de données, seraient traitées par la loi applicable en dehors des Règles uniformes.

70. Le Groupe de travail a généralement convenu que l'article 6 devrait être axé sur la duplication, dans un environnement électronique, des conséquences juridiques de l'utilisation d'une signature manuscrite. Puisqu'il avait été déclaré que l'emploi du verbe "signer" était, dans certains pays, inapproprié dans le contexte des messages électroniques, il a été proposé de partir du principe que l'on faisait référence, dans les discussions, à l'équivalent fonctionnel de ce terme, sauf lorsque le contexte montrait qu'il s'agissait d'une signature manuscrite. Le Groupe de travail a ensuite examiné le fait de savoir si les effets juridiques de l'utilisation d'un dispositif de signature électronique fiable devraient être exprimés au moyen d'une présomption ou d'une règle de fond.

71. Il a été estimé qu'une disposition de fond était nécessaire, au lieu d'une présomption qui pourrait être considérée dans certains systèmes juridiques comme limitée au domaine de la procédure civile, pour reconnaître les effets juridiques de l'utilisation de signatures électroniques. Il a été proposé d'adopter, sur le modèle du paragraphe 1 de la variante A, une règle libellée comme suit: "Lorsque, dans le cas d'un message de données, il est fait usage d'une signature électronique, il est attribué à cette signature électronique un effet juridique analogue [à celui qui serait produit si l'information contenue dans le message de données avait été manuscrite et signée] [à celui attribué à une signature manuscrite en vertu de la loi applicable]". Il a été mis en avant qu'un libellé analogue pourrait être établi sur la base du paragraphe 1 de la variante B. Cette proposition a bénéficié d'un certain appui. Selon un avis, le principe figurant dans le texte proposé devrait s'appliquer à toutes les signatures électroniques, mais un certain nombre de délégations ont fait observer que la disposition de fond devrait être de portée limitée, de manière à ne viser que les signatures électroniques "renforcées" selon le projet d'article 2.

72. Selon un avis largement partagé, cependant, le projet d'article 6 était rédigé de façon appropriée sous la forme d'une présomption réfragable. L'avis selon lequel une présomption réfragable de "signature" par un signataire présumé était l'effet le plus approprié qui pouvait résulter de l'utilisation d'une méthode de signature fiable a bénéficié d'un appui. L'effet d'une telle présomption consisterait à placer sur le signataire présumé la charge de prouver que la signature électronique ne devrait pas être attribuée à cette personne ou qu'elle ne devrait pas être considérée comme contraignante. Dans ce contexte, bien que des craintes aient été exprimées quant à la façon dont le signataire présumé réfuterait la présomption, par exemple dans le contexte de la formation d'un contrat, il a été rappelé que les Règles uniformes ne faisaient qu'établir l'équivalence entre certaines signatures électroniques et manuscrites, et n'avaient pas pour objet de porter atteinte au droit général des contrats ou des obligations.

73. Selon un avis, que le projet d'article 6 établisse une présomption selon laquelle les données étaient "signées" ou une simple présomption selon laquelle la signature électronique était techniquement fiable et liée à un message donné, la charge de réfuter ces présomptions pourrait être trop onéreuse dans le contexte de transactions de consommateurs, qu'il pourrait donc être nécessaire d'exclure du champ d'application du projet d'article 6.

74. En ce qui concerne la nature de la présomption à établir, on a déclaré qu'il fallait certes intégrer la substance de la proposition de création d'une règle de fond (voir le paragraphe 71 ci-dessus) dans le projet d'article 6, mais qu'il était nécessaire de créer une présomption qui tienne davantage compte du contexte, en matière de règles de la preuve, dans lequel elle serait appliquée. On a fait remarquer qu'il pourrait être moins ambitieux mais plus réaliste d'établir une présomption uniquement à des fins de preuve que d'établir des critères généraux de fiabilité sur lesquels on se fonderait pour présumer que des messages de données étaient "signés". D'une part, la fiabilité technique était une réalité qui évoluait rapidement. Il pourrait donc être extrêmement difficile d'exprimer des critères techniques en des termes suffisamment neutres pour qu'ils ne deviennent pas rapidement obsolètes. D'autre part, étant donné l'évolution des pratiques d'utilisation des signatures électroniques, il fallait un critère souple, comme celui qui était énoncé au paragraphe 1 *b* de l'article 7 de la Loi type, plutôt qu'un critère général de fiabilité inspiré du paragraphe 1 du projet d'article 6. Pour illustrer l'approche suggérée, le texte ci-après a été proposé:

"Article 6. *Présomptions ayant des incidences sur les signatures électroniques*

1. Les conséquences juridiques de l'utilisation d'une signature s'appliquent également à l'utilisation des signatures électroniques.

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 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 toute convention en la matière.

3. Si les exigences du paragraphe 4 sont satisfaites, un tribunal judiciaire ou administratif est fondé à présumer qu'une signature électronique prouve un ou plusieurs des points suivants:

*a)* conformité de la signature électronique à la norme de fiabilité énoncée au paragraphe 2;

*b)* identité du signataire présumé;

*c)* approbation par le signataire présumé du message de données auquel se rapporte la signature électronique.

4. Les présomptions établies au paragraphe 3 s'appliquent uniquement si:

*a)* la personne se fiant à la signature électronique adresse* au signataire présumé une notification affirmant qu'une signature électronique donnée prouve un ou plusieurs des points énoncés aux alinéas *a* à *c* du paragraphe 3; et

*b)* le signataire présumé n'adresse* pas de notification réfutant un ou plusieurs des points énoncés dans la notification mentionnée à l'alinéa *a* et fournit les motifs de cette réfutation.

*Les exigences en matière de notification (y compris les délais) sont régies par la loi applicable. Certains États pourraient souhaiter ajouter des dispositions pour traiter ces questions."

75. Cette proposition a bénéficié d'un appui, en particulier parce qu'elle serait applicable aux transactions dans lesquelles interviennent des consommateurs, puisque la présomption pourrait être réfragable par simple notification de réfutation. Toutefois, il a été généralement estimé, en particulier pour ce qui était des nouveaux paragraphes 3 et 4, que le libellé suggéré pourrait être par trop axé sur les pratiques suivies en matière de preuve dans les procédures judiciaires de certains systèmes juridiques et pourrait être difficile à reformuler en des termes suffisamment neutres pour l'adapter à tous les systèmes juridiques. De manière générale, on a estimé que le paragraphe 4 proposé cherchait trop à harmoniser les règles de la procédure civile, domaine qui ne se prêtait pas aisément à un traitement dans des instruments internationaux. S'agissant des paragraphes 1 et 2, on a déclaré qu'il faudrait peut-être revoir les rapports entre les deux dispositions afin d'éviter que l'on puisse penser à tort que les signatures électroniques sans réserves seraient traitées plus favorablement que les signatures électroniques devant satisfaire à des critères de fiabilité.

76. En réponse à l'objection soulevée concernant le texte des nouveaux paragraphes 3 et 4, il a été proposé de remplacer ces derniers par un seul paragraphe 3 qui se lirait comme suit:

"[3. En l'absence de preuve contraire, il est présumé que la confiance dans une signature électronique prouve:

*a)* la conformité de la signature électronique à la norme de fiabilité énoncée au paragraphe 2;

*b)* l'identité du signataire présumé; et

*c)* l'approbation par le signataire présumé du message de données auquel se rapporte la signature électronique.]"

77. On a estimé que le Groupe de travail devrait continuer, à une future session, de chercher à déterminer s'il était possible d'élaborer une règle de procédure acceptable selon laquelle, lorsque le signataire présumé entendait réfuter sa signature, il devait en aviser promptement la partie s'y fiant et donner les motifs raisonnables de cette réfutation. À cet égard, il a été proposé de s'inspirer de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Mais on a fait remarquer, à l'encontre de cette proposition, que si l'on pouvait concevoir une harmonisation limitée de la procédure civile dans le contexte restreint de l'insolvabilité internationale, cela pourrait être plus difficile pour les questions plus larges relatives aux signatures électroniques.

*Critères de fiabilité d'une signature électronique*

78. Dans le cadre du débat sur la manière de formuler le projet d'article 6 comme présomption réfragable, les membres du Groupe de travail ont accordé une attention particulière aux critères sur lesquels se fonder pour mesurer la fiabilité de la technique de signature. Pour exprimer de façon plus objective les critères énoncés au paragraphe 1 de la variante B, il a été proposé de rédiger comme suit le projet d'article 6:

"Article 6. *Respect des exigences juridiques 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 méthode 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. Une méthode est présumée fiable, en ce qu'elle satisfait à l'exigence énoncée au paragraphe 1, lorsqu'elle garantit:

*a)* que les données utilisées pour la création d'une signature électronique sont particulières au détenteur du dispositif de création de signature dans le contexte dans lequel ce dispositif est utilisé;

*b)* que le détenteur du dispositif de création de signature a seul le contrôle de ce dispositif;

*c)* que la signature électronique est liée au message de données auquel elle se rapporte [d'une manière qui garantit l'intégrité du message];

*d)* que le détenteur du dispositif de création de signature est objectivement identifié dans le contexte [dans lequel le dispositif est utilisé] [du message de données]."

79. La formulation du projet d'article 6 en tant que présomption de la fiabilité technique a bénéficié d'un appui considérable. On s'est toutefois demandé s'il était nécessaire d'établir des critères techniques détaillés pour mesurer cette fiabilité. Selon un avis, dans la plupart des situations pratiques, la fiabilité serait prédéterminée, soit par convention entre les parties, soit du fait de la confiance dans une infrastructure à clef publique de caractère public ou privé. Cette opinion a été largement partagée, mais on a aussi estimé qu'il serait souhaitable de prévoir des critères par défaut pour l'évaluation de la fiabilité des techniques de signature électronique, principalement à l'intention des pays ne disposant pas encore d'une infrastructure à clef publique bien établie.

80. S'agissant des différents critères proposés, on a fait observer que les Règles uniformes, ou tout guide pour leur incorporation ou toute note explicative qui pourraient être établis ultérieurement, devraient préciser les points suivants: 1) les dispositions selon lesquelles le détenteur du dispositif de création de signature devait être le seul à en avoir le contrôle ne devraient pas avoir d'incidences sur le droit de la représentation ou sur la représentation du détenteur du dispositif au moyen d'un objet servant d'intermédiaire de communication; et 2) "l'identification objective" du détenteur du dispositif ne devrait pas impliquer qu'une personne soit nécessairement identifiée par son nom, puisque la notion "d'identité" devrait être interprétée comme englobant éventuellement des caractéristiques significatives du détenteur du dispositif, telles que la position ou l'autorité, soit en association avec un nom, soit sans référence à un nom (voir A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 29). En outre, on a demandé s'il était approprié de faire référence à l'intégrité du message lorsqu'il s'agissait d'établir si un message de données était "signé", puisque la vérification de "l'intégrité" ne faisait pas intrinsèquement partie du

processus de signature (qu'il s'agisse d'une signature électronique ou manuscrite) et pourrait sembler plus pertinente lorsqu'il fallait déterminer si le message devait être considéré comme "original'.

81. De manière plus générale, s'agissant des critères à utiliser pour déterminer la fiabilité d'une méthode de signature, il a été déclaré que tout critère de ce type devrait être libellé de manière à appuyer la présomption et ne devrait pas revenir à prouver de façon indépendante la conclusion devant être présumée. Les critères de reconnaissance des certificats étrangers au projet d'article 13 et, éventuellement, les responsabilités d'un certificateur d'informations au projet d'article 12 pourraient constituer, a-t-on avancé, des critères supplémentaires utiles pour déterminer la fiabilité. Par ailleurs, les critères figurant dans la variante B n'aidaient que peu ou pas du tout à déterminer si une méthode de signature était fiable. La plupart, sinon la totalité, s'appliqueraient à n'importe quelle méthode. On a déclaré que le principal objectif devait être de déterminer le degré de confiance pouvant résulter de l'application des critères établis. Même les signatures numériques étayées par des certificats offraient différents niveaux de garantie. On a fait observer que les membres du Groupe de travail ne s'étaient pas encore accordés sur le niveau de garantie nécessaire pour la présomption proposée.

82. Après un débat, le Groupe de travail est convenu de reprendre l'examen du projet d'article 6 à une session ultérieure. Il a été demandé au secrétariat d'établir une version révisée du projet tenant compte des vues et préoccupations susmentionnées qui pourraient constituer des variantes. En établissant ces variantes, le secrétariat devrait envisager une version du projet d'article 6 qui combinerait les approches proposées aux paragraphes 74, 76 et 78 ainsi que les paragraphes 3 et 4 de la variante B.

### Article 7. *[Présomption d'original]*

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

> "1. Lorsque, dans le cas d'un message de données, [il est fait usage d'une signature électronique renforcée] [il est fait usage d'une signature électronique [méthode] 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], le message de données est présumé original.
>
> 2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes: [...]."

84. L'objet du projet d'article 7 a suscité un certain nombre de questions, et on s'est demandé s'il était nécessaire d'inclure un tel article dans les Règles uniformes. Il a été noté que ce projet d'article avait pour objet d'établir que les critères offrant une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information figurant dans un message de données (dans le contexte d'un original au sens de l'article 8 de la Loi type) seraient satisfaits ou seraient présumés être satisfaits par l'utilisation d'une méthode de signature électronique. Selon un avis, l'utilisation d'une signature en tant que moyen de satisfaire de tels critères, énoncés à l'article 8 de la Loi type, ne serait peut-être pas appropriée à la notion d'"original" et pourrait avoir pour effet d'imposer l'utilisation d'une signature en tant que condition de l'original, même quand une signature ne serait pas nécessaire par ailleurs. En outre, on a estimé qu'il n'apparaissait pas clairement de quelle manière fonctionnerait l'article 7 lorsque ce qui était requis était un original unique. Il a également été jugé que l'utilisation d'une méthode particulière de signature afin d'établir la présomption d'un original pourrait être interprétée comme s'écartant du critère souple énoncé au paragraphe 3 de l'article 8 de la Loi type et ne serait sans doute pas neutre du point de vue technique.

85. Selon un autre avis encore, si le projet d'article 7 avait pour objet de donner un moyen de satisfaire aux critères énoncés à l'article 8, non seulement l'alinéa *a*, mais aussi l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8 devraient être mentionnés dans le projet d'article 7. De même, il a été noté que l'établissement de la présomption d'un original au projet d'article 7 n'était pas entièrement conforme à l'article 8 de la Loi type, qui faisait référence à une information "sous sa forme originale". Comme la notion d'"original" était difficile à comprendre dans le contexte du commerce électronique, la présomption énoncée au projet d'article 7 devrait faire référence au fait que le message de données avait la valeur d'un original ou était l'équivalent d'un original. Selon un autre avis, le projet d'article 7 devrait avoir pour objet, pour ce qui est de l'intégrité du message de données, d'établir que, par l'utilisation d'une méthode de signature, ce message pouvait être présumé non altéré; la question ne devrait pas être de savoir si le message de données satisfaisait à l'exigence d'un original, car cela faisait l'objet de l'article 8 de la Loi type.

86. Pour ce qui est de la manière dont le projet d'article 7 fonctionnerait dans la pratique, il a été noté que, dans son libellé actuel, le projet était dans une certaine mesure circulaire. Il a été jugé qu'au fond le projet d'article 7 disposait que, lorsqu'une méthode permettait de démontrer l'intégrité par référence à certains critères techniques et que cette méthode était utilisée, on pouvait présumer l'intégrité. Dans ce cas, toutefois, l'intégrité serait prouvée par l'utilisation d'une méthode; il s'agissait donc là d'un fait et non de quelque chose que l'on pouvait présumer. De même, si le projet d'article 7 faisait référence à l'utilisation d'une signature électronique renforcée, l'utilisation d'une telle signature conduirait à la présomption d'intégrité. Toutefois, si on l'examinait à la lumière de la définition de la signature électronique renforcée figurant dans le projet d'article 2, le projet d'article 7 n'aurait pas grande utilité, car l'intégrité était potentiellement une caractéristique de la signature électronique renforcée.

87. À l'appui du maintien du projet d'article 7, il a été noté que, si les Règles uniformes devaient constituer un texte indépendant de la Loi type, le projet d'article 7 pourrait jouer un rôle utile, notamment dans les cas où la Loi type, ou du moins son article 8, ne serait pas adoptée. Afin de préciser cette notion et de répondre aux préoccupations relatives à la répétition d'une partie seulement et non de la totalité de l'article 8 de la Loi type dans le projet d'article 7, il a été proposé que le texte soit modifié comme

suit et soit accompagné d'une note dans un guide expliquant que, dans les cas où il n'avait pas déjà été adopté, les États pouvaient adopter l'article 8 de la Loi type dans son intégralité:

"Un message de données est présumé être une information originale aux fins de *[la loi de l'État adoptant]* s'il est conforme aux exigences de *[l'article 8 de la Loi type tel qu'adoptée dans l'État adoptant]*."

Cette proposition n'a pas reçu un large appui, mais, selon une opinion, il ne fallait pas faire abstraction des quatre paragraphes de l'article 8 de la Loi type.

88. Selon un autre avis, le projet d'article 7 était utile, car il offrait un moyen de garantir l'intégrité du message de données, notamment lorsqu'une signature électronique renforcée était utilisée. Selon un avis connexe, si la question de l'intégrité n'était pas traitée dans le contexte du projet d'article 7, il faudrait peut-être envisager de l'inclure dans le projet d'article 6 parmi les critères de la signature, conformément à ce qui était proposé dans la définition de la signature électronique renforcée dans le projet d'article 2.

89. Après un débat, le Groupe de travail est convenu, qu'en vue d'un examen ultérieur les Règles uniformes devraient comporter, entre crochets, un projet d'article 7 en vertu duquel, lorsqu'une méthode entrant dans le cadre du projet d'article 6 était utilisée et que cette méthode satisfaisait aux exigences des alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 de l'article 8 de la Loi type (ces paragraphes devant être repris intégralement dans le projet d'article), il serait présumé que le message de données était sous sa forme originale. Une telle disposition constituerait un ajout par rapport à la Loi type, car elle offrirait une méthode permettant de créer une signature qui pourrait établir la présomption d'un original. À propos de cette décision, il a également été convenu que la version révisée du projet d'article qu'établirait le secrétariat ne ferait plus mention d'une "signature électronique renforcée", mais que cela ne devrait pas être interprété comme préjugeant la décision définitive que prendrait ultérieurement le Groupe de travail sur le point de savoir si le projet de Règles uniformes ferait ou non référence à cette notion.

### Article 8. *Détermination de la signature électronique [renforcée]*

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

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] [quelles [méthodes] [signatures électroniques] satisfont aux exigences énoncées aux articles 6 et 7].

2. Toute détermination en vertu du paragraphe 1 doit être conforme aux normes internationales reconnues.

91. Le maintien du projet d'article 8 a été jugé dans l'ensemble utile. Selon une opinion, même s'il ne constituait pas une disposition d'habilitation qui pourrait ou serait nécessairement adoptée par les États sous sa forme actuelle, il n'en indiquait pas moins clairement qu'il était possible d'assurer certitude et prévisibilité en déterminant quelles étaient les techniques de signature qui satisfaisaient aux critères de fiabilité énoncés dans les projets d'article 6 et 7, à condition que cette détermination soit conforme aux normes internationales. On a par ailleurs insisté sur le fait que, pour faciliter le développement du commerce électronique, il fallait qu'il y ait certitude et prévisibilité au moment de l'utilisation éventuelle d'une technique de signature par les parties commerciales, et non pas au moment où un différend était porté devant les tribunaux. Lorsqu'une technique de signature donnée pouvait satisfaire aux exigences visant à assurer un degré de fiabilité et de sécurité plus élevé, il devrait exister un moyen d'évaluer les aspects techniques de la fiabilité et de la sécurité et d'accorder à la technique de signature une forme ou une autre de reconnaissance, comme le prévoyait le mécanisme du projet d'article 8.

92. S'agissant du respect des critères de fiabilité énoncés au projet d'article 6, il a été proposé d'examiner non pas le respect de ces critères en termes absolus, mais la mesure dans laquelle telle ou telle technique pouvait garantir ce respect. Cette proposition a été appuyée.

93. On a déclaré toutefois qu'il ne faudrait pas voir dans le projet d'article une disposition donnant à l'utilisation de certains types de techniques de signature des effets juridiques obligatoires ou imposant l'utilisation des techniques dont on avait déterminé qu'elles satisfaisaient aux exigences de fiabilité des projets d'articles 6 et 7. Les parties devraient être libres, par exemple, d'utiliser des techniques autres que ces dernières si elles en avaient convenu ainsi. Elles devraient également être libres de démontrer, devant un tribunal judiciaire ou arbitral, que la méthode de signature qu'elles avaient choisie satisfaisait effectivement aux exigences des projets d'articles 6 et 7, même si elle n'avait pas fait l'objet d'une détermination préalable à cet effet. Il ne faudrait pas non plus voir dans le projet d'article une recommandation aux États sur le seul moyen d'assurer la reconnaissance des techniques de signature, mais plutôt une indication des limites à appliquer si les États souhaitaient adopter une telle approche. Ces points, a-t-on déclaré, devraient être clairement expliqués, éventuellement dans un guide accompagnant les Règles uniformes.

94. Des doutes ont été émis quant au rôle de l'État dans la détermination mentionnée au paragraphe 1. Selon un avis, tout organe ou toute autorité chargé de déterminer la fiabilité technique des méthodes de signature devrait émaner de l'industrie. Selon un autre avis, le projet d'article ne devrait pas être axé sur la question de savoir qui devrait être habilité à procéder à cette détermination mais plutôt sur les questions à examiner en cas de détermination. On a également exprimé des craintes quant à la signification des mots "normes internationales reconnues". On pourrait être amené à se demander, par exemple, ce qu'était une norme "reconnue" et par qui elle devrait être reconnue. Par ailleurs, le mot "normes" devait être interprété au sens large, englobant les pratiques industrielles et les usages commerciaux, les textes émanant d'organisations telles que la Chambre de commerce internationale, ainsi que les travaux de la CNUDCI elle-même (y compris les présentes

Règles et la Loi type); il ne devait pas être limité aux normes officielles élaborées, par exemple, par l'Organisation internationale de normalisation (ISO) et l'Internet Engineering Task Force (IETF). Pour régler ce problème, il a été proposé de remplacer les termes "normes reconnues" par "normes pertinentes" et d'inclure une explication sur ces questions dans un guide accompagnant les Règles uniformes.

95. Afin de tenir compte de certains des doutes et préoccupations susmentionnés, les propositions ci-après ont été formulées pour remplacer le texte de projet d'article 8:

"*a)* Toute détermination par [*l'État*] quant aux signatures électroniques qui satisfont aux exigences de l'article 6 est conforme aux normes internationales reconnues.

*b)* L'État adoptant peut désigner un organe ou une autorité chargé de déterminer, conformément aux normes internationales, quelles techniques ou quelles signatures électroniques satisferaient aux articles 6 et 7.

*c)* Pour déterminer si les présomptions énoncées aux articles 6 et 7 sont applicables aux signatures électroniques, il est dûment tenu compte des normes internationales reconnues.

*d)* Il peut être déterminé qu'une ou plusieurs méthodes de signature électronique satisfont a priori aux exigences des articles 6 et 7 [à condition que ces méthodes soient conformes aux normes internationales reconnues]."

96. Les principes énoncés dans ces diverses options ont bénéficié d'un appui considérable. On a fait observer que les deux premiers paragraphes proposés contenaient une référence à l'organe qui pourrait procéder à la détermination, alors que les deux autres étaient axés sur la détermination elle-même.

97. S'agissant de la forme, les membres du Groupe de travail se sont déclarés favorables à l'emploi des termes "quelles méthodes satisfont aux exigences énoncées aux articles 6 et 7" au paragraphe 1 et au remplacement des termes "doit être conforme" par les termes "est conforme" au paragraphe 2.

98. Après un débat, le Groupe de travail s'est accordé sur les points suivants: 1) le texte révisé du projet d'article 8 devrait tenir compte, éventuellement sous la forme de deux variantes, des propositions énoncées ci-dessus; 2) il faudrait préciser, dans un guide ou une note explicative accompagnant les Règles uniformes, que le mécanisme exposé dans le projet d'article 8 pour déterminer le respect des exigences énoncées aux projets d'articles 6 et 7 n'était pas le seul moyen d'assurer la certitude et la prévisibilité concernant les techniques de signature; 3) il conviendrait de bien préciser par ailleurs qu'il fallait moins insister sur le rôle de l'État dans cette détermination et davantage sur la création d'un organe ou d'une autorité; 4) le projet d'article devrait faire référence uniquement à l'utilisation des signatures électroniques et non plus aux signatures électroniques renforcées, mais sans préjuger la décision définitive du Groupe de travail, qui sera prise ultérieurement, sur la question de savoir si les Règles uniformes feraient ou non référence à cette notion; 5) toute détermination au sens de ce projet d'article devrait être conforme aux normes internationales; et 6) toute détermination devrait porter non seulement sur la question de savoir si certaines méthodes satisfaisaient aux exigences énoncées aux projets d'articles 6 et 7, mais également sur la mesure dans laquelle ces exigences étaient satisfaites.

### Article 9. [*Responsabilités] [devoirs] du détenteur de la signature*

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

"1. Le détenteur d'une signature [a le devoir]:

*a)* De faire preuve [Fait preuve] de la diligence voulue pour veiller à ce que les déclarations faites par lui concernant l'émission, la suspension ou l'annulation d'un certificat, ou figurant dans ce certificat soient exactes et complètes;

*b)* D'avertir [Avertit] les personnes voulues sans retard excessif [s'il sait que sa signature a été compromise] [si sa signature a été ou risque d'être compromise];

*c)* De faire preuve [Fait preuve] de la diligence voulue pour garder le contrôle de sa signature et éviter qu'elle ne soit utilisée sans autorisation, à partir du moment où il détient seul le contrôle du dispositif de signature.

2. Dans le cas [de codétenteurs] [où plus d'une personne a le contrôle] [de la clef] [du dispositif de signature], les [obligations] [devoirs] [prévues] [prévus] au paragraphe 1 sont [conjointes] [conjoints] et solidaires.

3. Le détenteur d'une signature est responsable de [l'inexécution des obligations [devoirs] énoncées [énoncés] [la non-satisfaction des exigences énoncées] au paragraphe 1.

4. [La responsabilité du détenteur de la signature ne peut être supérieure au préjudice qu'il avait prévu ou aurait dû prévoir au moment de l'inexécution de ses obligations en considérant les faits dont il savait ou aurait dû savoir qu'ils pouvaient découler de [l'inexécution de ses obligations [devoirs]] [la non-satisfaction des exigences] énoncées [énoncés] au paragraphe 1.]"

*Titre*

100. Il a été convenu, dans l'ensemble, qu'afin de ne pas être source de confusion du fait de l'utilisation des mots "obligations" ou "devoirs", qui pourraient supposer différents types de responsabilités et de sanctions dans les différents systèmes juridiques, le titre du projet d'article 9 devrait simplement faire référence à la "conduite" ou aux "responsabilités" du détenteur de la signature. Pour ce qui est de la notion de "détenteur de la signature", on a jugé qu'il serait plus approprié d'utiliser le terme "détenteur du dispositif de signature", car on préciserait ainsi la distinction qu'il faut établir entre la notion juridique de "signature", d'une part, et la notion technique de "dispositif de signature", d'autre part. Aucune décision n'a été prise par le Groupe de travail à ce propos, mais il a été jugé, dans l'ensemble, que la question devrait sans doute être réexaminée dans le contexte du projet d'article 2.

*Paragraphe 1*

101. Pour les mêmes raisons que pour le titre du projet d'article 9 (voir par. 100), il a été décidé que le paragraphe 1 s'ouvrirait sur les mots suivants: "Le détenteur d'une signature:" (suivis du présent) (pour la suite du débat, voir le paragraphe 105 ci-après).

102. L'alinéa *a* a reçu un accueil favorable quant au fond. Toutefois, à propos des mots "l'émission, la suspension ou l'annulation d'un certificat", il a été jugé dans l'ensemble qu'il faudrait utiliser un libellé plus large, afin d'englober l'intégralité du cycle de vie du certificat. Ce cycle pouvait commencer avant que le certificat ne soit effectivement émis, par exemple, lorsque le certificateur d'informations recevait une demande d'émission du certificat. De même, il pouvait aller au-delà du moment de l'expiration initialement prévue, par exemple, en cas de renouvellement ou de prorogation du certificat. Vu le large éventail de situations à prendre en compte, il a été convenu d'utiliser une formule souple, afin d'éviter d'avoir à spécifier chaque fait pouvant se produire durant le cycle de vie du certificat. Il a également été convenu que le libellé utilisé à l'alinéa *a* n'était pas suffisamment neutre, car il pourrait être interprété comme signifiant que le dispositif de signature supposait nécessairement l'utilisation d'un certificat. Afin qu'il soit bien clair que tous les dispositifs de signature ne se fondaient pas sur des certificats, il a été décidé d'ajouter les mots suivants au début de l'alinéa *a*: "Lorsque le dispositif de signature suppose l'utilisation d'un certificat...". Pour la même raison, il a été décidé que l'alinéa *a* serait placé après les alinéas *b* et *c*. Pour ce qui est de la forme, il a été convenu que les mots "ou figurant dans ce certificat" seraient remplacés par les mots "ou devant être inclus dans le certificat".

103. Pour ce qui est de l'alinéa *b*, le maintien d'une formule telle que "il savait que sa signature avait ou pouvait avoir été compromise" a suscité un large appui. On a toutefois craint que cette règle ne mette excessivement l'accent sur une détermination suggestive de ce que "savait" le détenteur de la signature. Il a été proposé d'ajouter dans le texte une référence plus objective à ce que le détenteur de la signature "aurait dû savoir". Il a été rappelé, en réponse à la suggestion, que les mots "ou aurait dû savoir" n'avaient pas été inclus dans le projet d'article 9, car il serait difficile au détenteur de la signature de remplir une obligation de notification fondée sur quelque chose qu'il aurait dû savoir, mais qu'il ne savait en fait pas. Afin de répondre à la préoccupation qui avait été exprimée, il a été proposé de modifier l'alinéa *b* comme suit:

"Avise les personnes voulues sans retard excessif si:

i) il sait que le dispositif de signature a été compromis; ou si

ii) au vu des circonstances connues de lui, il y a un risque important que le dispositif de signature ait été compromis."

Le Groupe de travail a accepté cette proposition.

104. L'alinéa *c* a été jugé dans l'ensemble acceptable quant au fond, mais il a été décidé qu'il n'était pas nécessaire de faire référence au moment où le détenteur de la signature détenait seul le contrôle du dispositif de signature. Pour ce qui est de la forme, il a été décidé, afin d'éviter toute ambiguïté quant au sens de la notion de "contrôle" du dispositif de signature, de modifier comme suit la disposition: "fait preuve de la diligence voulue pour éviter une utilisation non autorisée de sa signature". Afin que la terminologie utilisée soit cohérente, le secrétariat a été invité à étudier si un terme unique pourrait être utilisé dans la version anglaise à la place des deux notions de *"due diligence"* à l'alinéa *a* et *"due care"* à l'alinéa *c*. Il a été proposé de remplacer, par exemple, ces deux notions par les mots *"reasonable care"* (soin raisonnable).

*Paragraphe 2*

105. Le débat a porté sur la question de savoir si, lorsque le dispositif de signature était détenu conjointement par plus d'un détenteur, la responsabilité en cas de non-satisfaction des exigences énoncées au paragraphe 1 serait conjointe et solidaire. Il a été jugé, dans l'ensemble, que le paragraphe 2 risquerait de constituer une ingérence inappropriée dans la loi régissant la responsabilité en dehors des Règles uniformes. Pour ce qui est du fond, il a été déclaré qu'il existait des cas où il ne serait pas équitable de disposer que chaque détenteur du dispositif serait responsable de la totalité du préjudice pouvant avoir résulté d'une utilisation non autorisée du dispositif, par exemple si le dispositif de signature d'une société avait été utilisé sans autorisation par un certain nombre d'employés. Il a été décidé que chaque détenteur ne devrait être tenu responsable que dans la mesure où il avait personnellement manqué aux obligations énoncées au paragraphe 1. À cette fin, il a été décidé de supprimer le paragraphe 2 et de modifier comme suit les premiers mots du paragraphe 1: "Chaque détenteur d'un mécanisme de signature:".

*Paragraphe 3*

106. Le Groupe de travail a jugé que le paragraphe 3 était dans l'ensemble acceptable quant au fond, en tant que disposition générale sur la responsabilité du détenteur d'une signature ne satisfaisant pas aux exigences énoncées au paragraphe 1. Pour ce qui est de la forme, il a été proposé de modifier comme suit cette disposition: "Le détenteur d'une signature assume les conséquences juridiques du fait qu'il ne s'est pas conformé aux exigences du paragraphe 1." Après un débat, le Groupe de travail a décidé, afin que l'on ne puisse pas penser que les Règles uniformes traitaient de manière un tant soit peu détaillée des conséquences juridiques du non-respect par le détenteur d'une signature de ses obligations, que le paragraphe 3 serait libellé comme suit: "Le détenteur d'une signature est responsable de la non-satisfaction par lui des exigences énoncées au paragraphe 1."

*Paragraphe 4*

107. Il a été rappelé que le paragraphe 4 se fondait sur l'article 74 de la Convention sur les ventes. Il établissait une règle fondée sur un critère de prévisibilité du préjudice, mais se limitait au non-respect des obligations du détenteur de la signature énoncées au paragraphe 1. Le Groupe de travail a craint que la responsabilité pouvant découler d'un contrat de vente de marchandises ne soit pas la même que celle pouvant découler de l'utilisation d'une signature et ne puisse être quantifiée de la même manière.

Il a également été déclaré qu'un critère de prévisibilité ne serait peut-être pas approprié dans le contexte de la relation contractuelle entre le détenteur de la signature et le certificateur des informations, encore qu'il puisse l'être dans le contexte de la relation entre le détenteur de la signature et une partie se fiant à la signature (pour le débat ayant déjà eu lieu sur cette question, voir A/CN.9/457, par. 93 à 98). Il a été répondu que le fait d'énoncer un critère de prévisibilité dans le contexte du projet d'article 9 revenait tout simplement à réénoncer une règle fondamentale qui s'appliquerait en vertu de la loi normalement applicable dans de nombreux pays. Lorsque cette règle fondamentale n'était pas normalement applicable, le paragraphe 4 donnerait des orientations utiles aux tribunaux judiciaires et arbitraux pour évaluer la responsabilité du détenteur de la signature et permettrait d'éviter, dans la pratique, l'imposition de dommages-intérêts indirects ou punitifs qui pourraient largement dépasser le montant de tout préjudice raisonnablement prévisible par le détenteur de la signature au moment où la signature électronique avait été appliquée.

108. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il serait sans doute difficile d'arriver à un consensus sur les conséquences pouvant découler de la responsabilité du détenteur de la signature. Selon le contexte dans lequel la signature électronique était utilisée, ces conséquences pouvaient être très diverses en vertu des lois existantes: le détenteur de la signature pouvait, par exemple, être lié par la teneur du message, ou il pouvait être simplement tenu de verser des dommages-intérêts. Il a été déclaré qu'il ne faudrait pas, dans le cadre des Règles uniformes, élaborer une disposition pouvant constituer une ingérence dans le droit général des obligations. De ce fait, la question devait être simplement régie par le paragraphe 3, qui énonçait le principe selon lequel le détenteur de la signature devait être tenu responsable de la non-satisfaction par lui des exigences énoncées au paragraphe 1, et par la loi applicable en dehors des lois uniformes dans chaque État adoptant, pour ce qui est des conséquences juridiques découlant d'une telle responsabilité. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 4.

### Article 10. *Foi accordée à une signature électronique renforcée*

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

"1. Une personne [est] [n'est pas] fondée à se fier à une signature électronique renforcée dans la mesure où il [est] [n'est pas] raisonnable de le faire.

2. Pour déterminer s'il [est] [n'est pas] raisonnable de se fier à la signature, il est tenu compte, s'il y a lieu, des facteurs suivants:

*a)* la nature de l'opération sous-jacente que la signature est censée étayer;

*b)* l'adoption ou non par la partie se fiant à la signature de mesures appropriées pour en déterminer la fiabilité;

*c)* le fait que la partie se fiant à la signature savait ou aurait dû savoir que celle-ci avait été compromise ou annulée;

*d)* toute convention ou toute pratique existant entre la partie se fiant à la signature et le titulaire ou tout usage commercial pouvant s'appliquer;

*e)* tout autre facteur pertinent."

110. Le maintien du projet d'article 10 a eu à la fois des partisans et des détracteurs. En faveur du maintien, on a fait remarquer que cet article était utile dans la mesure où il établissait la conduite à suivre par la partie se fiant à la signature, sur le modèle d'un code de conduite. Selon une autre opinion, puisque les signatures électroniques étaient un phénomène nouveau et soulevaient des problèmes relatifs à la confiance que ne posaient pas les signatures manuscrites, le projet d'article 10 pouvait donner aux tribunaux judiciaires et arbitraux des indications utiles. Par ailleurs, puisque le projet d'article 11 était axé sur les certificats, le projet d'article 10 pouvait traiter des types de signatures qui n'étaient pas étayées par des certificats et aider le Groupe de travail à formuler des règles permettant un degré satisfaisant de neutralité technique.

111. Plusieurs membres du Groupe de travail se sont prononcés par contre en faveur de la suppression du projet d'article. Selon un avis, cette disposition introduisait une notion nouvelle, celle de confiance relative à la fois au message et à la signature et qui pourrait soulever des difficultés au regard du droit des obligations et de la répartition des risques. S'agissant de la répartition des risques, on a déclaré que le projet d'article soulevait des problèmes qu'il ne réglait pas explicitement et risquait donc d'entraîner confusion et incertitude. Si on le maintenait, il faudrait préciser sa relation avec les questions de la répartition des risques.

112. Des inquiétudes ont été exprimées quant au lien entre les projets d'articles 10 et 16. Selon une opinion, prévoir une disposition qui portait sur la question de savoir si l'on pouvait ou non se fier à une signature équivalait à traiter de la fiabilité de la méthode de signature, question déjà traitée dans le projet d'article 6. À l'encontre de cet argument, on a fait valoir que le projet d'article 10 était axé sur la conduite à suivre pour que la confiance soit possible et non sur la fiabilité d'une méthode de signature au sens du projet d'article 6. Selon un autre avis, lorsque les questions de confiance étaient réglées par contrat, il faudrait s'en tenir au projet d'article 6 et à la détermination de la technique de signature qui satisfaisait aux critères de fiabilité. Pour ce qui était des tiers, lorsqu'un contrat n'entrait pas en jeu, la simple confiance ne suffirait pas à établir une obligation de la part du détenteur de la signature. Dans la mesure où le projet d'article 10 traitait uniquement de la simple confiance, il n'ajoutait pas grand-chose aux Règles uniformes et pouvait donc être supprimé. Ce qu'il fallait, a-t-on en outre suggéré, c'était une disposition qui traitait d'autre chose en plus de la fiabilité de la signature, et c'est ce que faisait le projet d'article 11, qui traitait de la confiance dans les certificats.

113. S'agissant de la forme, certains membres du Groupe de travail se sont déclarés favorables à une formulation négative du projet d'article 10, ce qui irait dans le sens de l'établissement d'un code de conduite dans les projets d'articles 9 à 12, qui n'indiqueraient pas les conséquences à prévoir si la conduite énoncée n'était pas suivie. Sur le fond,

toutefois, il a été noté que les critères énoncés au paragraphe 2 ne constituaient pas véritablement des règles de conduite, à l'exception peut-être de l'alinéa *b*. Un code de conduite pourrait certes être utile pour régler les questions exposées dans le projet d'article 10, mais ce dernier, sous sa forme actuelle, ne permettait pas d'atteindre ce but. Il a aussi été proposé, s'agissant du libellé, d'ajouter un autre critère au paragraphe 2, selon lequel il faudrait vérifier si la signature électronique était étayée par un certificat.

114. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'avant d'émettre une conclusion définitive sur le projet d'article 10 il était nécessaire d'examiner le projet d'article 11, ainsi que les responsabilités qui pouvaient incomber aux certificateurs d'informations au titre du projet d'article 12.

### Article 11. *Foi accordée à un certificat*

115. Le texte du projet d'article 11 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. Une personne [est] [n'est pas] fondée à se fier à un certificat dans la mesure où il [est] [n'est pas] raisonnable de le faire.

2. Pour déterminer s'il [est] [n'est pas] raisonnable de se fier au certificat, il est tenu compte, s'il y a lieu, des facteurs suivants:

*a)* toutes restrictions dont le certificat peut faire l'objet;

*b)* l'adoption ou non par la partie se fiant au certificat de mesures appropriées pour en déterminer la fiabilité, y compris la consultation d'une liste d'annulations de certificats, le cas échéant;

*c)* toute convention ou toute pratique existant entre la partie se fiant au certificat et le certificateur d'informations ou le titulaire ou tout usage commercial pouvant s'appliquer;

*d)* [tout] [Tous les] autre[s] facteur[s] pertinent[s]."

116. Au début du débat sur le projet d'article 11, il a été déclaré que cette disposition devrait mettre l'accent sur la confiance dans les informations contenues dans le certificat, et non sur le certificat en tant que tel. Cette question pourrait certes être traitée au projet d'article 2 dans la définition du terme "certificat", mais il serait préférable de le faire expressément dans le projet d'article 11. On s'est demandé, par ailleurs, si le projet d'article 11 devrait se concentrer sur la conduite à suivre pour établir que la confiance était raisonnable ou porter sur les critères permettant de déterminer la qualité ou la fiabilité d'un certificat. Des membres du Groupe de travail ont estimé que le projet d'article 11 devrait traiter des questions relatives à la confiance dans le certificat et non à la fiabilité de ce dernier.

117. On s'est inquiété de ce que le projet d'article 11, tout comme le projet d'article 10, introduisait une nouvelle notion de confiance. Si le projet d'article 11 énonçait les critères sur lesquels se fonder pour déterminer que la confiance était raisonnable, il n'abordait cependant pas la question de savoir ce qui se passerait si certaines de ces questions n'étaient pas correctement examinées ou si une partie se fiait au certificat, alors qu'il pouvait ne pas avoir été raisonnable de le faire. En d'autres termes, il ne traitait pas des conséquences de la non-application des critères énoncés au paragraphe 2. Des membres du Groupe de travail se sont prononcés en faveur du traitement, dans le projet d'article 11, des conséquences qu'auraient ces situations pour la partie se fiant au certificat. S'agissant de la teneur d'une disposition allant dans ce sens, deux approches ont été proposées. Il a été suggéré d'inclure un libellé s'inspirant des projets de dispositions cités après le paragraphe 58 du document A/CN.9/WG.IV/WP.82, aux termes duquel, lorsque la conduite prévue au paragraphe 2 n'était pas suivie, la partie se fiant au certificat assumerait le risque que la signature ne soit pas valable en tant que signature. Selon une autre proposition, si une personne se fiant au certificat n'adoptait pas la conduite prescrite, elle ne pourrait se retourner ni contre le certificateur d'informations ni contre le détenteur de la signature. Les deux approches susmentionnées ont bénéficié d'un appui, mais on s'est demandé si des règles allant dans ce sens seraient appropriées dans tous les cas. Plusieurs exemples ont été cités à cet égard montrant qu'il ne faudrait pas aboutir à une situation dans laquelle les parties se fiant au certificat assumeraient le risque que la signature ne soit pas valable simplement parce qu'elles n'auraient pas suivi la conduite énoncée au projet d'article 11 (par exemple, lorsque la partie se fiant au certificat n'avait pas consulté une liste de révocations de certificats mais que cette liste n'aurait pas révélé que la signature avait été compromise). À l'appui de cette opinion, il a été déclaré que le projet d'article 11 n'avait pour objet ni de prévaloir sur les clauses contractuelles ni d'ôter aux tribunaux judiciaires ou arbitraux compétents le pouvoir de statuer sur le fond de chaque affaire.

118. Selon un avis, le projet d'article 11 ne devrait pas préciser les conséquences, mais être conçu davantage comme un code de conduite, avis déjà exprimé à propos du projet d'article 10. Selon une opinion allant dans le même sens, il était préférable de formuler de manière négative le projet d'article 11, car il ne créait pas d'effets juridiques, ce qui allait dans le sens d'un code de conduite. À l'appui de cette dernière opinion, on a fait observer que des juridictions différentes adoptaient des règles différentes sur la responsabilité, par exemple sur l'application de la notion de fautes concurrentes, et qu'il serait très difficile de parvenir à un accord sur la façon de traiter les conséquences. Selon une autre opinion encore, le droit du commerce électronique ne constituant pas un domaine du droit à part entière, les règles proposées par le Groupe de travail concernant des notions qui existaient déjà dans le droit national (même si c'était dans des contextes légèrement différents et même si l'application particulière de ces notions au commerce électronique pouvait être incertaine) ne pouvaient pas faire abstraction de la manière dont ces notions étaient traitées. Cela était particulièrement vrai pour les questions de responsabilité et pour les conséquences de cette responsabilité. Il a été proposé que le Groupe de travail se concentre sur l'énonciation des facteurs qui aideraient les tribunaux judiciaires et arbitraux à étendre les notions existantes au commerce électronique.

119. Des doutes ont été émis quant à l'emploi du mot *"entitlement"* dans la version anglaise et quant à l'opportunité de donner un "droit" à se fier à un certificat dans le projet d'article 11. Le terme *"entitlement"* pourrait en ef-

fet donner à penser que l'on conférait à la partie se fiant au certificat un droit qui s'ajoutait à ce qui était applicable par ailleurs. Pour régler ce problème, il a été proposé de formuler une disposition se lisant comme suit:

"Pour déterminer s'il était raisonnable qu'une personne se soit fiée aux informations figurant dans un certificat, il est tenu compte des facteurs suivants: [insérer les alinéas *a* à *d* du paragraphe 2]"

120. Des membres du Groupe de travail ont approuvé la teneur des critères énoncés au paragraphe 2 et il a été proposé d'en ajouter un autre calqué sur le paragraphe 2 *c* du projet d'article 10, mais s'appliquant au dispositif de signature. S'agissant de la forme, on a déclaré que, pour être complet, on pourrait ajouter à la liste d'annulations mentionnée au paragraphe 2 *b* une liste de suspensions.

121. S'agissant de l'emplacement du projet d'article 11 dans les Règles uniformes, il a été proposé de placer les projets d'articles 9 et 12 avant les projets d'articles 10 et 11, puisqu'ils établissaient les responsabilités des détenteurs de signatures et des certificateurs d'informations et se rapportaient tous deux à la question de la confiance et à l'étendue des responsabilités de la partie se fiant à la signature. Il a été proposé par ailleurs de fondre les projets d'articles 10 et 11 en un seul article qui traiterait à la fois des signatures et des signatures étayées par des certificats. On a fait observer, toutefois, que cette proposition reprenait un ancien projet de texte qui avait été divisé en deux articles au motif que des considérations différentes s'appliqueraient aux notions de confiance dans une signature et de confiance dans une signature étayée par un certificat (A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 56).

122. Après un débat, le Groupe de travail a, s'agissant des projets d'articles 10 et 11, décidé ce qui suit: 1) bien que le débat sur le projet d'article 10 ne soit pas clos, le secrétariat devrait établir un texte révisé de cet article pour tenir compte des délibérations du Groupe de travail; 2) le secrétariat devrait établir un texte révisé de projet d'article 11 pour tenir compte (éventuellement sous forme de deux variantes ou de deux paragraphes consécutifs) de la proposition formulée au paragraphe 119 ci-dessus et des deux types de conséquences exposées au paragraphe 117; 3) les projets d'articles 10 et 11 devraient être placés après le projet d'article 12; et 4) les projets d'articles 10 et 11 ne devraient pas être regroupés pour les raisons examinées par le Groupe de travail.

### Article 12. *[Obligations] [devoirs] d'un certificateur d'informations*

123. Le texte du projet d'article 12 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. Un certificateur d'informations [a l'obligation] [notamment]:

*a)* [d'agir] [agit] conformément aux déclarations qu'il fait concernant ses pratiques;

*b)* [de prendre] [prend] des mesures raisonnables pour s'assurer de l'exactitude de tous les faits ou informations qu'il certifie dans le certificat, [y compris l'identité du détenteur de la signature];

*c)* [de fournir] [fournit] des moyens raisonnablement accessibles qui permettent à une partie se fiant au certificat de s'assurer:

i) de l'identité du certificateur d'informations;

ii) du fait que la personne qui est [nommée] [identifiée] dans le certificat détient [au moment pertinent] [la clef privée correspondant à la clef publique] [le dispositif de signature] indiqué[e] dans le certificat;

[iii) du fait que les clefs sont une paire de clefs qui fonctionne];

iv) de la méthode employée pour identifier le détenteur de la signature;

v) de toute restriction quant aux fins *ou à la valeur* pour lesquelles la signature peut être utilisée; et

vi) du fait que le dispositif de signature est valable et n'a pas été compromis;

*d)* [de fournir] [fournit] un moyen permettant au détenteur de la signature d'avertir qu'une signature électronique renforcée a été compromise et d'assurer [assure] un service prompt d'annulation;

*e)* [de faire] [fait] preuve de la diligence voulue afin de veiller à l'exactitude et à l'exhaustivité de toutes les déclarations faites par lui qui sont pertinentes pour l'émission, la suspension ou l'annulation d'un certificat ou qui figurent dans le certificat;

*f)* [d'utiliser] [utilise] des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables pour la fourniture de ses services.

*Variante X*

2. Un certificateur d'informations est [responsable] [comptable] de l'inexécution des [obligations] [devoirs] [conditions] énoncé[e]s au paragraphe 1.

3. La responsabilité du certificateur d'informations ne peut être supérieure à la perte qu'il prévoyait ou aurait dû prévoir au moment de l'inexécution à la lumière des faits ou problèmes dont il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance comme étant des conséquences possibles de son non-respect des [obligations] [devoirs] [conditions] énoncé[e]s au paragraphe 1.

*Variante Y*

2. Sous réserve du paragraphe 3, si le préjudice a été causé parce que le certificat était incorrect ou défectueux, un certificateur d'informations est tenu responsable du préjudice subi:

*a)* soit par une partie qui a passé un contrat avec le certificateur d'informations pour la délivrance d'un certificat;

*b)* soit par une personne qui se fie raisonnablement à un certificat émis par le certificateur d'informations.

3. Un certificateur d'informations n'est pas tenu responsable en vertu du paragraphe 2:

*a)* si et dans la mesure où il a inclus dans le certificat une déclaration limitant la portée ou l'étendue de sa responsabilité envers toute personne; ou

*b)* s'il prouve qu'il [n'a pas été négligent] [a pris toutes les mesures raisonnables pour prévenir le préjudice]."

*Remarques générales*

124. Il a été noté d'emblée que le champ d'application du projet d'article 12 devrait être compris comme ne couvrant que les activités des certificateurs d'informations ayant un rapport avec les signatures électroniques qui devaient produire des effets juridiques en vertu des projets d'articles 6 et 7. Leurs autres activités, y compris l'éventuelle émission de certificats de moindre fiabilité, n'étaient pas couvertes par les Règles uniformes.

125. S'agissant de la forme, il a été estimé que l'on pourrait gagner à remplacer le terme "certificateur d'informations" par celui, plus descriptif, de "fournisseur de services de certification". Il a été convenu qu'il faudrait peut-être examiner de façon plus approfondie cette question dans le contexte du projet d'article 2.

*Titre*

126. De l'avis général, le titre du projet d'article 12 devrait se lire parallèlement à celui du projet d'article 9 (voir par. 100 ci-dessus).

*Paragraphe 1*

127. Pour des raisons de cohérence, il a également été convenu que les mots d'ouverture du paragraphe 1 devraient refléter ceux du paragraphe 1 du projet d'article 9 (voir par. 101 et 105 ci-dessus). Il a été proposé de remplacer les mots "qui permettent à une partie se fiant au certificat de s'assurer" par les mots "qui permettent à une partie se fiant au certificat de s'assurer de l'un quelconque des points suivants que le certificateur d'informations est en mesure de divulguer". Il a été fait objection à cette proposition au motif que les points énumérés à l'alinéa *c* ne correspondaient pas à ce que le certificateur d'informations était en mesure ou non de divulguer, mais devaient être considérés comme constituant une liste directive de renseignements cumulatifs auxquels le certificateur d'informations devrait permettre l'accès en toute circonstance.

*Alinéa* a

128. Il a été estimé que l'alinéa *a* était généralement acceptable quant au fond. S'agissant de la forme, il a été proposé de remplacer la référence aux "pratiques" du certificateur d'informations par une référence à ses "activités". Il a cependant été estimé, compte tenu de l'utilisation généralisée qui est faite de concepts tels que celui de "déclaration relative aux pratiques de certification", que la référence aux "pratiques" devrait être conservée.

*Alinéas* b *et* e

129. Il a été estimé que les deux alinéas étaient généralement acceptables quant au fond. Compte tenu de la similarité de leur teneur, il a été convenu qu'ils devraient être fusionnés en un alinéa qui serait libellé comme suit: "[de faire] [fait] preuve de la diligence voulue afin de veiller à l'exactitude et à l'exhaustivité de toutes les déclarations faites par lui qui sont pertinentes pour le cycle de vie du certificat ou qui sont certifiées dans le certificat".

*Alinéa* c

130. Il a été estimé que les alinéas *c* i et *c* iv à vi étaient généralement acceptables quant au fond.

131. Il a été noté que l'alinéa *c* ii faisait référence à la fois à une "paire de clefs" et à un "dispositif de signature". Pour tenir compte de la démarche de neutralité technique adoptée dans les Règles uniformes, le Groupe de travail a convenu qu'il faudrait utiliser, au lieu de "paire de clefs", une formulation techniquement neutre telle que "dispositif de signature" ou "dispositif de création de signature", dans la mesure où "paire de clefs" renvoyait spécifiquement aux signatures numériques. L'utilisation de l'expression "paire de clefs" en rapport avec la définition du terme "certificat" pouvait convenir dans des cas où les certificats n'étaient utilisés que dans un contexte de signature numérique.

132. S'agissant de la forme de l'alinéa *c* ii, il a été proposé, conformément à la démarche adoptée dans le contexte du projet d'article 6 (voir par. 80 ci-dessus), d'utiliser le mot "identifiée" au lieu du mot "nommée". En vertu de cette démarche, le concept d'identité devrait être interprété plus largement qu'une simple référence au nom du détenteur de signature, car il pourrait se référer à d'autres caractéristiques importantes telles que la position ou l'autorité, soit en association avec un nom, soit sans référence à un nom (voir A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 29). Après un débat, le Groupe de travail a convenu que l'alinéa *c* ii devrait être libellé comme suit: "du fait que la personne qui est identifiée dans le certificat détient, au moment pertinent, le dispositif de signature indiqué dans le certificat".

133. De l'avis général, l'alinéa *c* iii devrait être supprimé. Si la clef publique à laquelle il était fait référence dans le certificat correspondait à la clef privée détenue par le détenteur de signature et s'il existait, par conséquent, une correspondance mathématique entre les deux clefs, on ne voyait pas clairement quelle fonctionnalité supplémentaire serait obtenue si l'on exigeait que la paire de clefs soit "une paire de clefs qui fonctionne". Il n'était pas certain non plus que le certificateur d'informations puisse fournir, outre les informations exigées à l'alinéa *c* ii, des informations indiquant cette fonctionnalité supplémentaire.

*Alinéas* d *et* f

134. Il a été estimé que les alinéas *d* et *f* étaient généralement acceptables quant au fond.

*Dispositions supplémentaires proposées*

135. Dans le cadre du débat sur l'alinéa *c*, il a été avancé que le projet d'article 12 devrait établir une règle additionnelle déterminant le contenu minimal d'un certificat (voir A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 61). Il a été proposé qu'une telle règle se fonde sur certains éléments de l'alinéa *c*, ainsi que sur l'alinéa *a* du paragraphe 3 de la variante Y et soit libellée comme suit:

"Un certificat énonce les éléments suivants:

*a)* l'identité du certificateur d'informations;

*b)* le fait que la personne qui est identifiée dans le certificat détient, au moment pertinent, le dispositif de signature indiqué dans le certificat;

*c)* le fait que le dispositif de signature était valide à la date ou avant la date à laquelle le certificat a été émis;

*d)* toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles le certificat peut être utilisé; et

*e)* toute restriction quant à la portée ou à l'étendue de la responsabilité que le certificateur accepte envers toute personne."

136. Une autre proposition a été faite, liée à une proposition antérieure relative au projet d'article 13, selon laquelle les caractéristiques d'un certificateur d'informations, telles que décrites dans le projet d'article 13, ne devraient pas être retenues seulement pour les entités étrangères, mais aussi pour les certificateurs d'informations nationaux (voir par. 30 et 35 ci-dessus). Il a donc été proposé qu'un alinéa *g* soit ajouté à la fin du paragraphe 1 et soit libellé comme suit:

"*g)* Pour déterminer si, et dans quelle mesure, tous systèmes, procédures et ressources humaines sont fiables aux fins de l'alinéa *f*, il est tenu compte des facteurs suivants: [alinéas *a* à *h* du projet d'article 13-4, variante B]."

137. Ces deux propositions ont suscité un intérêt considérable. Il a été convenu que les questions qu'elles soulevaient devraient sans doute être examinées plus avant lors d'une session ultérieure, sur la base d'un projet de paragraphe 1 révisé qu'établirait le secrétariat, compte tenu du débat résumé ci-dessus.

*Paragraphe 2*

138. Il a été noté qu'il était souhaitable d'établir des règles fondamentales relatives à la responsabilité des certificateurs d'informations, mais il a été jugé dans l'ensemble qu'il serait sans doute difficile d'arriver à un consensus quant à la teneur de ces règles. Pour les raisons déjà évoquées dans le contexte du projet d'article 9 (voir par. 107 et 108 ci-dessus), nombre de participants ont estimé que, dans le cadre des Règles uniformes, on ne pouvait faire beaucoup plus qu'adopter le paragraphe 2 de la variante X, énonçant ainsi un principe général selon lequel le certificateur d'informations qui ne satisferait pas aux exigences énoncées au paragraphe 1 engagerait sa responsabilité. Quant à la nature précise de cette responsabilité (par exemple, responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, responsabilité quasi délictuelle ou responsabilité sans faute), il ne faudrait pas tenter dans les Règles uniformes d'inclure une disposition risquant d'entrer en conflit avec les théories juridiques actuelles relatives à la responsabilité en vertu de la loi applicable.

139. Selon une opinion tout aussi largement partagée, les auteurs des Règles uniformes ne devraient pas manquer l'occasion qui leur était donnée d'énoncer des principes directeurs et des normes minimales quant à la responsabilité et la répartition des risques dans le domaine des signatures électroniques. De telles orientations seraient utiles aux législateurs et aux tribunaux qui devaient faire face aux problèmes pratiques liés à la responsabilité dans le commerce électronique. Des normes de responsabilité internationalement reconnues étaient également nécessaires pour les praticiens des signatures électroniques, y compris les certificateurs d'informations eux-mêmes. On a donné des exemples de lois nationales traitant expressément des signatures électroniques qui, à propos de la responsabilité des certificateurs d'informations, énonçaient simplement que les clauses contractuelles limitant la responsabilité de ces certificateurs devraient être considérées comme nulles et non avenues. Faute d'une harmonisation minimale à l'échelon international, les lois nationales applicables par le biais des règles de conflit risqueraient donc d'imposer des normes extrêmement strictes qui pourraient nuire au développement et à l'offre au niveau mondial des techniques de commerce électronique.

140. Diverses suggestions ont été faites sur la manière dont des dispositions minimales sur la responsabilité pourraient être rédigées. Selon une proposition, il faudrait adopter le paragraphe 3 de la variante X. Toutefois, s'il a été, dans l'ensemble, convenu que la responsabilité du certificateur d'informations devrait sans doute être traitée différemment de celle du détenteur de la signature, on a douté que le critère de prévisibilité ait plus de chances de faire l'objet d'un consensus à propos du projet d'article 12 que cela avait été le cas dans le contexte du projet d'article 9 (voir par. 107 ci-dessus). Selon un autre avis, les Règles uniformes, sans s'ingérer dans le fonctionnement des lois nationales, pourraient énoncer une liste de facteurs à prendre en considération pour l'application des lois nationales aux certificateurs d'informations. Le libellé suivant a été proposé:

"Pour l'évaluation du préjudice, il est tenu compte des facteurs suivants:

*a)* coût de l'obtention du certificat;

*b)* nature de l'information certifiée;

*c)* existence et portée de toute restriction quant à l'objet pour lequel le certificat peut être utilisé;

*d)* existence de toute déclaration limitant la portée ou l'étendue de la responsabilité du certificateur d'informations; et

*e)* toute faute concurrente de la partie se fiant au certificat."

141. Cette suggestion a suscité un intérêt considérable. Il a été déclaré qu'un tel libellé donnerait des orientations utiles, tout en préservant la souplesse nécessaire pour éviter d'entraver le fonctionnement des lois nationales concernant, par exemple, une évaluation différenciée du préjudice, ou une évaluation différenciée de la faute concurrente, ou encore le point de savoir si la responsabilité était contractuelle ou extracontractuelle.

142. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas achevé ce débat et a décidé de le reprendre à sa session suivante. Le secrétariat a été prié d'établir un projet révisé de paragraphe 2 tenant compte du débat ci-dessus. Il a été noté que, conformément à la décision prise par la Commission à sa trente-deuxième session, la trente-sixième session du Groupe de travail aurait lieu à New York du 14 au 25 février 2000 (A/54/17, par. 434)[5].

[5]Ibid., par. 434.

## B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-cinquième session: projet de Règles uniformes sur les signatures électroniques: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.82) [Original: anglais]

### TABLE DES MATIÈRES


| | | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|---|
| INTRODUCTION | | 1-12 | 431 |
| I. | OBSERVATIONS GÉNÉRALES | 13-20 | 433 |
| II. | PROJETS D'ARTICLES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES | 21-71 | 434 |
| | Article premier. Champ d'application | 21 | 434 |
| | Article 2. Définitions | 22-33 | 435 |
| | Article 3. [Non-discrimination] [Neutralité technique] | 34 | 438 |
| | Article 4. Interprétation | 35 | 438 |
| | Article 5. Dérogation conventionnelle | 36-40 | 439 |
| | Remarques générales concernant les projets d'articles 6 à 8 | 41 | 439 |
| | Article 6. [Respect des exigences concernant la signature] [Présomption de signature] | 42-44 | 439 |
| | Article 7. [Présomption d'original] | 45 | 441 |
| | Article 8. Détermination de la signature électronique [renforcée] | 46 | 441 |
| | Remarques générales concernant les projets d'articles 9 et 10 | 47-49 | 442 |
| | Article 9. [Responsabilités] [Devoirs] du détenteur de la signature | 50-55 | 441 |
| | Article 10. Foi accordée à une signature électronique renforcée | | 445 |
| | Article 11. Foi accordée à un certificat | 56-58 | 445 |
| | Article 12. [Obligations] [Devoirs] d'un certificateur d'informations | 59-68 | 446 |
| | Article 13. Reconnaissance des signatures et certificats étrangers | 69-71 | 455 |


### 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).

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

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"). 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].

4. 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).

5. 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). Il a été 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. Il a également été 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. La Commission a réaffirmé la décision qu'elle avait prise à sa trentième 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 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].

6. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième (juillet 1998) et trente-quatrième (février 1999) sessions (A/CN.9/454 et 457). Elle a dit sa satisfaction quant aux 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 senti 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.

7. Selon une opinion, l'approche qu'avait adoptée jusqu'ici le Groupe de travail ne tenait pas suffisamment compte de la nécessité, pour le monde des affaires, de souplesse dans l'utilisation des signatures électroniques et autres techniques d'authentification. Telles qu'actuellement envisagées, les Règles uniformes mettaient trop l'accent sur les signatures numériques et sur une application particulière de ces dernières 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. La réglementation de certaines utilisations des signatures électroniques était peut-être nécessaire en dehors du droit commercial, mais le Groupe de travail ne devrait pas s'engager dans une activité de ce type.

8. Selon l'avis qui a largement prévalu, le Groupe de travail devrait poursuivre sa tâche sur la base de son mandat original (voir par. 3 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 d'élaborer 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 à la clef) correspondait à un modèle possible de cryptographie à clef publique, mais que d'autres étaient aussi concevables (sans intervention d'une autorité de certification indépendante, par exemple). L'un des principaux avantages qu'il y avait à se concentrer sur les questions relatives à la cryptogra-

[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. 208.

phie 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 titulaire), 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 de la même façon, 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, on a 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 techniquement (ibid., par. 68).

9. À l'issue du débat, la Commission a réaffirmé ses décisions précédentes quant à la faisabilité de la rédaction de Règles uniformes (voir par. 3 et 5 ci-dessus) et s'est déclarée certaine que le Groupe de travail pourrait progresser encore à ses prochaines sessions.

10. La présente note contient un projet révisé de dispositions élaboré à la suite des délibérations et décisions du Groupe de travail et des délibérations et décisions de la Commission à sa trente-deuxième session, dont il est rendu compte ci-dessus. Il tient compte des décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-quatrième session. Les dispositions qui ont été nouvellement revues sont imprimées en caractères italiques.

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.

### Référence à des lois nationales et à d'autres textes

12. Pour certains articles, on a, à des fins d'information et de comparaison, fait figurer en petits caractères, sous le titre ci-dessus, des extraits de lois nationales et d'autres textes. Les lois nationales citées sont celles dont le secrétariat a connaissance et qui sont accessibles. Les autres textes émanent d'organisations internationales ou sont très connus et accessibles à tous. Les abréviations renvoient aux lois et textes suivants:

| | |
|---|---|
| Allemagne | Loi de 1997 sur les signatures numériques (Article 3 de la loi sur les services d'information et de communication approuvée le 13 juin 1997 et entrée en vigueur le 1er août 1997); |
| Illinois | États-Unis d'Amérique; Loi de 1998 sur la sécurité du commerce électronique (Loi 3180 du Parlement de l'Illinois, 1997; 5Ill. Comp. Stat. 175, entrée en vigueur en août 1998); |
| Minnesota | États-Unis d'Amérique; Loi sur l'authentification électronique (Minnesota Statutes §325, entrée en vigueur en mai 1997); |
| Missouri | États-Unis d'Amérique; Loi sur les signatures numériques, 1998 (1998 SB 680, entrée en vigueur en juillet 1998); |
| Singapour | Loi de 1998 sur les transactions électroniques, loi n° 25 de 1998; |
| Principes directeurs de l'ABA | "Principes directeurs relatifs aux signatures numériques", Section des sciences techniques de l'American Bar Association, 1996; |
| Conseil européen | Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur un cadre commun pour les signatures électroniques, 1999 (7015/99); |
| GUIDEC | Chambre de commerce internationale, "General Usage for International Digitally Ensured Commerce", 1997. |

## I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

13. Les Règles uniformes ont pour objectif, comme le montre le projet de dispositions figurant dans la seconde 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.

14. 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.

15. 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 par-

ties 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).

16. 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. Le projet de Règles uniformes a été élaboré en partant du principe que ces Règles constitueraient un instrument juridique séparé. Deux nouveaux articles s'inspirant de dispositions de la Loi type ont été ajoutés, à savoir les articles 1 (Champ d'application) et 4 (Interprétation). Les transactions dans lesquelles interviennent des consommateurs ne sont pas expressément exclues du champ d'application des Règles uniformes, mais la note figurant dans la Loi type a été reprise à l'article premier du projet de Règles uniformes afin de préciser que ces dernières ne sont pas conçues pour se substituer à quelque disposition du droit national que ce soit traitant de la protection du consommateur.

17. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si un préambule aux Règles uniformes serait susceptible d'en préciser l'objet, 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.

18. À la trente-troisième session du Groupe de travail, on 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). Le Groupe de travail a conclu qu'en l'absence d'un terme plus approprié, le terme "renforcée" serait conservé. C'est pourquoi il figure entre crochets dans le présent projet révisé de Règles uniformes. À la trente-quatrième session (A/CN.9/457, par. 39), on a estimé qu'il pourrait être nécessaire de réexaminer la définition de l'expression "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 signatures électroniques, notamment en ce qui concernait leurs effets juridiques. On a été d'avis que traiter de signatures électroniques renforcées offrant un degré élevé de fiabilité n'était justifié que si les Règles uniformes prévoyaient un équivalent fonctionnel pour des utilisations spécifiques des signatures manuscrites, ce qui pourrait s'avérer particulièrement difficile à réaliser au niveau international sans pour autant être d'une grande utilité pour les transactions commerciales internationales. Il faudrait donc peut-être préciser l'avantage supplémentaire à attendre de l'utilisation d'une "signature électronique renforcée" par rapport à une simple "signature électronique".

19. Compte tenu du débat sur la nécessité de créer une catégorie de "signatures électroniques renforcées", le présent projet révisé de Règles uniformes propose une autre approche dont le Groupe de travail pourra discuter. La définition de l'expression "signature électronique renforcée" figurant à l'alinéa *b* de l'article 2 a été mise entre crochets. Des remarques relatives à la possible modification de cette définition figurent à la suite de l'article 2. Les parties pertinentes de cette définition sont reprises aux projets d'articles 6, 7 et 8 à titre d'options. L'objectif est d'aider le Groupe de travail à déterminer s'il faut éliminer les références tant aux signatures électroniques qu'aux signatures électroniques renforcées, de sorte que les Règles uniformes ne visent qu'une seule catégorie de signatures électroniques. Les remarques relatives à des propositions particulières figurent à la suite des articles correspondants.

20. Le projet de texte révisé ne limite pas l'application des Règles uniformes aux cas où soit il existe des exigences juridiques de forme, soit la loi prévoit des conséquences en l'absence de certaines conditions telles que la signature ou l'original. Ainsi, le champ d'application des Règles uniformes est potentiellement plus large que celui de la Loi type, bien que le projet d'article 6 reprenne l'exigence de forme qui figure à l'article 7 de la Loi type. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager cet élargissement du champ d'application des Règles uniformes.

## II. PROJETS D'ARTICLES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

### Article premier. *Champ d'application*

*Les présentes règles s'appliquent aux signatures électroniques utilisées dans le contexte de relations commerciales* et ne se substituent à aucune loi visant à protéger les consommateurs.*

**Le terme "relations commerciales" devrait être interprété au sens large, comme désignant toute relation d'ordre commercial, qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle. Les relations d'ordre commercial comprennent, sans s'y limiter, les transactions suivantes: fourniture ou échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licence; investissement; financement; opération bancaire; assurance; accord d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de voyageurs par voie aérienne ou maritime, par chemin de fer ou par route.*

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/457, par. 53 à 64.

*Remarques*

21. Le projet d'article premier a été initialement proposé à la trente-quatrième session du Groupe de travail en tant que paragraphe 1 d'un article consacré à l'autonomie des parties (projet d'article E, A/CN.9/457, par. 55 et 60). Dans la mesure où cette disposition traite à vrai dire de questions relatives au champ d'application des Règles uniformes, elle fait l'objet dans le présent projet de texte d'un article distinct ayant pour titre "Champ d'application". Comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/457, par. 64), le projet d'article premier est accompagné d'une note qui reprend la définition du terme "commer-

cial" figurant à l'article premier de la Loi type sur le commerce électronique, et reproduit le libellé de la note** de la Loi type concernant la question des consommateurs. Les mots "signatures électroniques utilisées dans le contexte de" ont été ajoutés à l'article pour définir plus précisément l'objet des Règles uniformes.

### Article 2. *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 au dit message, et] *[toute méthode dans le cadre d'un message de données]* pouvant être utilisée[s] 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 dont on peut démontrer par l'application d'une [procédure de sécurité] [méthode]:*

i) qu'elle est particulière au détenteur de la signature [aux fins pour lesquelles] [dans le contexte où] elle est utilisée;

ii) qu'elle 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 *[et par nulle autre personne]*;

[*iii) qu'elle a été créée et est liée au message de données auquel elle se rapporte d'une manière qui offre une garantie fiable quant à l'intégrité du message";]*]

*c)* Le terme "certificat" désigne un message de données ou un autre enregistrement émis par un certificateur d'informations et supposé *établir* l'identité d'une personne ou d'une entité détenant [une paire de clefs particulière] *[un dispositif de signature particulier]*;

*d)* Le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie;

*e)* Le terme "détenteur de la signature" *[détenteur du dispositif] [détenteur de la clef] [titulaire] [détenteur du dispositif de signature] [signataire]* désigne une personne par qui, ou au nom de qui, une signature électronique renforcée peut être créée et apposée à un message de données.

*f)* Le terme "certificateur d'informations" désigne une personne ou une entité qui, dans le cours de ses affaires, [fournit des services d'identification] [certifie les informations] qui servent à faciliter l'utilisation de signatures électroniques [renforcées]."

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/457, par. 22 à 27, 66 et 67, 89 et 109;
A/CN.9/WG.IV/WP.80, par. 7 à 10;
A/CN.9/WG.IV/WP.79, par. 21;
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*

*Définition de l'expression "signature électronique"*

22. La définition de l'expression "signature électronique" a été révisée conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa trente-quatrième session (A/CN.9/457, par. 23 à 32). Les mots entre crochets "[toute méthode dans le cadre d'un message de données]" ont été inclus dans le texte pour aligner le libellé de la définition figurant dans les Règles uniformes sur celui de l'article 7 de la Loi type.

*Définition de l'expression "signature électronique renforcée"*

23. Conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa trente-quatrième session (A/CN.9/457, par. 39), la définition de l'expression "signature électronique renforcée" a été révisée de manière à inclure à l'alinéa *b* iii le libellé apparaissant entre crochets, qui constitue un lien nécessaire entre la signature renforcée apposée sur le message de données et l'information contenue dans ce message, sous la forme d'une fonction d'intégrité. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la notion d'intégrité doit faire partie intégrante de la définition d'une signature électronique renforcée ou si elle se rattache davantage à l'idée d'original, comme c'est le cas dans l'article 8 de la Loi type et le projet d'article 7 des présentes Règles uniformes. Le libellé qui figurait précédemment en tant que sous-alinéa ii, ["peut être utilisée pour identifier objectivement le détenteur de la signature dans le cadre du message de données"], a été omis du texte révisé, car il figure déjà dans la définition de l'expression "signature électronique" à l'alinéa *a*.

24. Au début de l'alinéa *b*, l'ajout du terme "méthode", comme variante de "procédure de sécurité", vise à aligner plus étroitement la terminologie sur celle de la Loi type.

25. À l'alinéa *b* ii, les mots "et par nulle autre personne" ont été placés entre crochets, car leur insertion soulève un certain nombre de questions. Premièrement, le fait de les inclure dans la définition d'une signature électronique renforcée peut donner à entendre que toute signature qui n'est pas créée et apposée par son détenteur (et qui pourrait donc ne pas être autorisée) n'est pas une signature électronique renforcée. Cette interprétation peut avoir pour effet d'exclure ces signatures du champ d'application de certains articles des Règles uniformes, par exemple les projets d'articles 8, 9 et 10. En particulier, l'application des parties du projet d'article 9 qui ont trait à la responsabilité dans les cas où les dispositifs de signature seraient compromis risquerait d'être incertaine.

26. En second lieu, l'inclusion de ces mots impliquerait que, pour qu'une procédure de sécurité ou une méthode soit une signature électronique renforcée, elle puisse démontrer que la signature a été effectivement créée et apposée par son détenteur. Dans la mesure où cela risque d'être impossible pour certaines technologies, une telle exigence pourrait laisser entendre qu'il est nécessaire d'utiliser, en plus du dispositif de signature, un identificateur personnel en recourant par exemple à la biométrie ou à une technique du même type.

27. Une autre question que le Groupe de travail voudra peut-être examiner dans le cadre de l'alinéa *b* ii est la relation entre l'exigence d'un moyen dont "seul ce détenteur a le contrôle" et le paragraphe 2 du projet d'article 9, qui prévoit un contrôle conjoint. Cette question se pose aussi dans le cadre de la définition de l'expression "détenteur de la signature" ci-après.

28. À l'alinéa *b* iii, les mots "garantie raisonnable" ont été remplacés par les mots "garantie fiable" par souci de cohérence avec la terminologie de l'article 8 de la Loi type.

*Définition du terme "certificat"*

29. Par souci d'être complet, on a inclus dans les Règles uniformes une définition du terme "certificat". Cette définition s'inspire de celle de l'expression "certificat d'identification" figurant dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.79, mais cette dernière expression n'a pas été reprise telle quelle dans les Règles uniformes. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les mots placés entre crochets, "ou une autre caractéristique importante", peuvent être supprimés pour la raison suivante. La notion d'identité peut englober davantage que le nom du détenteur de la signature et renvoyer à d'autres caractéristiques importantes, comme la position ou l'autorité, soit en association avec un nom, soit sans référence à un nom. Partant, il ne serait pas nécessaire d'établir une distinction entre l'identité et d'autres caractéristiques importantes, ni de limiter les Règles uniformes aux cas où seuls sont utilisés les certificats d'identification qui désignent nommément le détenteur de la signature. Pour une autre conception du sens du mot "identité", voir le rapport "Background Paper on Electronic Authentication Technologies and Issues", atelier conjoint OCDE-secteur privé sur l'authentification électronique, Californie, 2-4 juin 1999, pages 6 à 9.

30. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si les mots "confirmer l'identité" sont appropriés, étant entendu que le certificat peut en fait non pas *confirmer* l'identité du détenteur de la signature, mais plutôt identifier ce dernier moyennant certaines procédures et certifier que cette identité est liée au dispositif de signature ou à la clef publique indiqués dans le certificat. Pour faire en sorte que les Règles uniformes soient techniquement neutres, le Groupe de travail voudra peut-être également envisager l'emploi d'une formulation neutre de ce point de vue, comme "dispositif de signature", à la place de "paire de clefs", dans la mesure où cette dernière expression renvoie spécifiquement aux signatures numériques. L'emploi des mots "paire de clefs" dans la définition du terme "certificat" peut être approprié lorsque des certificats ne sont utilisés que dans un contexte de signature numérique.

*Définition du terme "message de données"*

31. On a inclus une définition de "message de données" dans le projet de Règles uniformes par souci d'être complet. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la nécessité d'inclure cette définition dans le cadre de la relation entre les Règles uniformes et la Loi type.

*Définition du terme "détenteur de la signature"*

32. À sa trente quatrième session (A/CN.9/457, par. 47), le Groupe de travail n'a pas conclu son débat sur la définition de "détenteur de la signature". La définition révisée comprend désormais, entre crochets, un certain nombre de mots qui, de l'avis du Groupe de travail, seraient peut-être plus appropriés que l'expression "détenteur de la signature". Il conviendra peut-être de revoir cette définition dans le cadre de l'alinéa *b* ii concernant la définition de "signature électronique renforcée" ci-dessus et du paragraphe 2 du projet d'article 9, comme indiqué au paragraphe 27.

*Définition du terme "certificateur d'informations"*

33. Le Groupe de travail n'a pas examiné cette définition à sa précédente session, et elle reste donc inchangée. Toutefois, compte tenu des débats déjà consacrés à ce point (A/CN.9/457, par. 109), il voudra peut-être se demander si les mots "dans le cours de ses affaires", qui y figurent, doivent être interprétés comme signifiant que les activités liées à la certification devraient être les activités professionnelles exclusives d'un certificateur d'informations ou si, pour englober des cas tels que la délivrance de certificats par des sociétés de cartes de crédit, il faudrait viser également l'émission de certificats comme activité accessoire d'une entité.

RÉFÉRENCES À DES LOIS NATIONALES ET À D'AUTRES TEXTES

**Principes directeurs de l'American Bar Association (ABA)**

***Première partie. Définitions***

1.5. *Certificat*

Un message qui, au moins,

1) identifie l'autorité de certification qui l'émet;

2) nomme ou identifie son titulaire;

3) contient la clef publique du titulaire;

4) indique la période d'effet; et

5) est signé numériquement par l'autorité de certification qui l'émet.

1.6. *Autorité de certification*

Toute personne qui délivre un certificat.

1.27. *Partie se fiant au certificat*

Toute personne qui a reçu un certificat et une signature numérique vérifiable par référence à une clef publique indiquée dans le certificat et qui est en mesure de s'y fier.

1.30. *Signataire*

Toute personne qui crée une signature numérique pour un message.

1.31. *Titulaire*

Toute personne qui:

1) est le sujet nommé ou identifié dans un certificat émis à son intention; et

2) détient une clef privée qui correspond à une clef publique indiquée dans ce certificat.

**Projet de directive de la Communauté européenne**

***Article 2***

*Définitions*

Aux fins de la présente directive, on entend par:

1. "Signature électronique", une donnée sous forme numérique jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et servant de méthode d'authentification;

1a. "Signature électronique avancée", une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes:

*a)* être liée uniquement au signataire;

*b)* permettre d'identifier le signataire;

*c)* être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif; et

*d)* être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectée;

2. "Signataire", toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui de l'entité qu'elle représente;

3. "Données relatives à la création de signature", des données uniques telles que des codes ou des clefs cryptographiques privées, que le signataire utilise pour créer une signature électronique;

3a. "Dispositif de création de signature", un dispositif logiciel ou matériel configuré pour exploiter les données relatives à la création de signature.

3b. "Dispositif de création de signature sécurisée", un dispositif de création de signature qui satisfait aux exigences de l'annexe III.

4. "Données relatives à la vérification de signatures", des données telles que des codes ou des clefs cryptographiques publiques, qui sont utilisées pour vérifier la signature électronique;

4a. "Dispositif de vérification de signature", un dispositif logiciel ou matériel configuré pour exploiter les données relatives à la vérification de signatures;

4b. "Certificat", une attestation numérique qui lie des données relatives à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne;

5. [...]

6. "Prestataire de service de certification", toute personne physique ou morale qui délivre des certificats ou fournit d'autres services liés aux signatures électroniques.

**Allemagne**

***§2 Définitions***

1) Au sens de la présente loi, une signature numérique est un sceau apposé sur des données numériques créé à l'aide d'une clef privée et qui permet, par l'utilisation de la clef publique correspondante à laquelle est joint un certificat émis par un certificateur ou par l'Autorité conformément au paragraphe 3, de déterminer qui est le propriétaire de la clef et de s'assurer que les données n'ont pas été falsifiées.

2) Au sens de la présente loi, un certificateur est une personne physique ou morale qui se porte garant de l'attribution de clefs publiques à des personnes physiques et possède une licence à ce titre en vertu du paragraphe 4.

3) Au sens de la présente loi, un certificat est une attestation numérique concernant l'attribution à une personne physique d'une clef publique, auquel est jointe une signature numérique (certificat de clef), ou une attestation numérique spéciale qui renvoie sans risque d'erreur à un certificat de clef et renferme d'autres informations (certificat d'attributs).

**GUIDEC**

***VI. Glossaire***

2. *Certificat*

Message sécurisé par une personne, et qui atteste l'exactitude de faits pertinents aux effets juridiques de l'acte d'une autre personne.

4. *Certificateur*

Personne qui émet un certificat par lequel elle atteste l'exactitude d'un fait pertinent aux effets juridiques de l'acte d'une autre personne.

12. *Certificat de clef publique*

Certificat rattachant à son titulaire une clef publique qui correspond à une clef privée détenue par ce titulaire.

14. *Titulaire*

Personne qui est le sujet d'un certificat.

**Illinois**

***Article 5. Enregistrements et signatures électroniques en général***

Article 5-105. *Définitions*

Le terme "certificat" désigne un enregistrement qui, au minimum: *a)* identifie l'autorité de certification qui l'émet; *b)* nomme ou identifie d'une autre manière son titulaire, ou un dispositif ou un agent électronique sous le contrôle du titulaire; *c)* contient une clef publique correspondant à une clef privée sous le contrôle du titulaire; *d)* précise sa période d'effet; et *e)* est signé numériquement par l'autorité de certification qui l'émet.

Les termes "autorité de certification" désignent une personne qui autorise l'émission d'un certificat et en est à l'origine.

Les termes "signature électronique" désignent une signature sous forme électronique jointe ou logiquement associée à un enregistrement électronique.

Les termes "dispositif de signature" désignent une information unique, telle que codes, algorithmes, lettres, chiffres, clefs privées ou numéros d'identification personnels, ou un dispositif matériel à configuration unique, qui est requise, seule ou en association avec d'autres informations ou dispositifs, pour créer une signature électronique attribuable à une personne déterminée.

**Singapour**

***Première partie. Article 2. Interprétation***

Le terme "certificat" désigne un enregistrement visant à appuyer des signatures numériques et qui est censé confirmer l'identité ou d'autres caractéristiques importantes de la personne détenant une paire de clefs particulière;

Les termes "autorité de certification" désignent une personne ou un organisme qui émet un certificat;

Les termes "signature électronique" désignent les lettres, caractères, chiffres, ou autres symboles sous forme numérique joints ou logiquement associés à un enregistrement électronique, et utilisés ou adoptés dans l'intention d'authentifier ou d'approuver l'enregistrement électronique;

Les termes "paire de clefs", dans un système cryptographique asymétrique, désignent une clef privée et la clef publique à laquelle elle est mathématiquement liée, avec pour caractéristique le fait que la clef publique peut vérifier une signature numérique créée par la clef privée;

Les termes "clef privée" désignent la clef d'une paire de clefs utilisée pour créer une signature numérique;

Les termes "clef publique" désignent la clef d'une paire de clefs utilisée pour vérifier une signature numérique;

Le terme "titulaire" désigne une personne qui est le sujet nommé ou identifié dans un certificat qui lui est délivré, et qui détient une clef privée correspondant à une clef publique indiquée dans ce certificat.

Article 3. *[Non-discrimination] [Neutralité technique]*

*[Aucune des dispositions des présentes Règles n'est appliquée] [Les dispositions des présentes Règles ne sont pas appliquées] de manière à exclure, restreindre ou priver d'effet juridique toute méthode [de signature] satisfaisant aux exigences de [l'Article 7 de la Loi type sur le commerce électronique].*

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/457, par. 53 à 64.

*Remarques*

34. Le projet d'article 3 a été initialement proposé à la trente-quatrième session du Groupe de travail en tant que paragraphe 3 d'un article portant sur l'autonomie des parties (projet d'article E, A/CN.9/457, par. 55 et 60). Dans la mesure où ce paragraphe 3 traitait des questions de non-discrimination et de neutralité technique, et non de l'autonomie des parties, il fait l'objet, dans le présent projet, d'un article distinct pour le titre duquel deux variantes sont données: "Non-discrimination" et "Neutralité technique". Les mots "à exclure, restreindre ou priver d'effet juridique" ont remplacé les mots "à exclure, restreindre, ou pénaliser" pour préciser le but et l'objet de cette disposition. La référence à l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique serait une référence à cette Loi telle qu'incorporée dans le droit interne.

Article 4. *Interprétation*

*1. Pour l'interprétation des présentes Règles uniformes, il est tenu compte de leur origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de leur application et le respect de la bonne foi dans le commerce électronique.*

*2. Les questions concernant les matières régies par les présentes Règles uniformes qui ne sont pas expressément réglées par elles sont tranchées selon les principes généraux dont elles s'inspirent.*

*Remarques*

35. Le projet d'article 4 reprend l'article 3 de la Loi type sur le commerce électronique, auquel ont été ajoutés les mots "dans le commerce électronique". Il est inclus dans le présent texte par souci d'être complet. Le Groupe de travail voudra peut-être s'interroger sur la question de savoir si les Règles uniformes devraient maintenant prendre la forme d'un texte qui ne ferait pas partie de la Loi type, mais qui y serait clairement associé. Si le Groupe de travail en décide ainsi, le projet d'article 4 pourrait fournir des principes directeurs pour l'interprétation des Règles uniformes par les tribunaux et autres autorités nationales ou locales. Il devrait avoir pour effet de favoriser l'interprétation du texte uniforme, une fois incorporé dans la législation locale, compte tenu de ses origines et de son caractère internationaux, plutôt que par référence aux concepts du droit local uniquement.

Article 5. *Dérogation conventionnelle*

*Variante A*

*[Les parties sont libres, par convention expresse ou tacite, de déroger à tout aspect des présentes Règles ou de s'en écarter,] [Il est possible de déroger à tout aspect des présentes Règles ou de s'en écarter, par convention expresse ou tacite,] à moins que cette dérogation ou cet écart ne porte atteinte aux droits des tiers.*

*Variante B*

*1. Les présentes Règles sont sans effet sur tout droit qui pourrait exister de modifier par convention l'une des règles de droit visées aux Articles 6 et 7.*

*2. Il est possible de déroger à tout aspect des Articles 9 à 12 des présentes Règles ou de s'en écarter par convention expresse ou tacite, à moins que cette dérogation ou cet écart ne porte atteinte aux droits des tiers.*

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/457, par. 53 à 64.

*Remarques*

36. La variante A du projet d'article 5 reflète la décision prise par le Groupe de travail à sa trente-quatrième session d'inclure, pour l'examiner ultérieurement, une disposition garantissant la liberté des parties de convenir entre elles de la possibilité de déroger aux dispositions des présentes Règles ou de s'en écarter uniquement pour les transactions les concernant. Une telle convention, toutefois, ne peut porter atteinte aux droits des parties qui ne sont pas parties à cette convention, à savoir les tiers. 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.

37. La variante B reconnaît que les dispositions des projets d'articles 6 et 7 des Règles uniformes, qui s'inspirent des articles 7 et 8 de la Loi type, font référence à des prescriptions légales qui peuvent avoir un caractère impératif dans le droit national et ne pas être modifiables par convention. Le paragraphe 1 autorise des dérogations conventionnelles lorsque ces prescriptions impératives du droit national peuvent être modifiées dans le sens souhaité. Ainsi formulé, il reprend le libellé du paragraphe 2 de l'article 4 de la Loi type qui traite de la même question.

38. Le paragraphe 2 de la variante B préserve l'autonomie complète des parties au regard des projets d'article 9 à 12. Il repose sur le principe que les dispositions des projets d'article 9 à 12 seraient des règles de droit positif qui s'appliqueraient en l'absence de convention entre les parties contractantes visant à déroger à ces dispositions ou à en modifier l'application entre elles. Les parties seraient libres de changer ces dispositions ou de ne pas les accepter. Le paragraphe 2 vise à garantir qu'une convention de cette nature ne portera pas préjudice aux tiers, mais ne vise pas à invalider une partie quelconque de la convention passée entre les parties.

39. Les dispositions relatives à la reconnaissance internationale ne seraient pas modifiables par convention, sauf si cette possibilité y est expressément prévue.

40. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la formulation du projet d'article 5 et les questions qu'il soulève quant au respect de ce qui peut constituer des prescriptions légales de caractère impératif dans les projets d'articles 6 et 7. Il voudra peut-être également examiner comment le principe de l'autonomie des parties devrait s'appliquer aux projets d'articles 9 à 12. Cette disposition pourrait établir, par exemple, des règles par défaut qui s'appliqueraient en l'absence de convention contraire entre les parties contractantes, ou établir des règles que les parties pourraient convenir d'appliquer.

*Remarques générales concernant les projets d'articles 6 à 8*

41. Lors d'un débat à sa trente-quatrième session sur le champ d'application des Règles uniformes (A/CN.9/457, par. 48 à 52), le Groupe de travail a décidé d'axer son attention sur les règles applicables aux technologies qui étaient actuellement utilisées dans les transactions commerciales, comme les techniques numériques dans une infrastructure à clef publique. En conséquence, il a été décidé que le Groupe de travail se concentrerait sur les projets d'articles F à H (dans le présent projet, articles 9 à 12) dans le cadre de l'infrastructure à clef publique. Le débat sur les projets d'articles A à D (dans le présent projet, articles 2, 6, 7 et 8) a été reporté à une date ultérieure, après l'examen des articles F à H. On a fait observer que le projet d'article B (dans le présent texte révisé, article 6 — Respect des exigences concernant la signature), 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 (dans le présent projet, article 5 — Dérogation conventionnelle), 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.

Article 6. *[Respect des exigences concernant la signature] [Présomption de signature]*

*Variante A*

*1. Lorsque, dans le cas d'un message de données, il est fait usage d'une signature électronique renforcée, le message de données est présumé signé.*

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 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.

[3. 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.]

4. Les paragraphes 2 et 3 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.

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

*Variante B*

*1. Lorsque, dans le cas d'un message de données, il est fait usage d'une [méthode] [signature électronique] qui:*

*a)* est particulière au détenteur de la signature [aux fins pour lesquelles][dans le contexte où] elle est utilisée;

[*b)* peut être utilisée pour identifier objectivement le détenteur de la signature dans le cadre du message de données; et]

*c)* 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 *[et par nulle autre personne]*;

*le message de données est présumé signé.*

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 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 toute convention en la matière.

3. Le paragraphe 2 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.

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

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/457, par. 48 à 52;
A/CN.9/WG.IV/WP.80, par. 11 et 12.

*Remarques*

*Variante A*

42. La variante A pose que lorsqu'il est fait usage d'une signature électronique renforcée dans le cas d'un message de données, ledit message peut être présumé signé. Le paragraphe 2 reprend le principe de l'article 7 de la Loi type, selon lequel une signature électronique peut satisfaire à l'exigence légale de signature si elle répond à certaines conditions de fiabilité. Le Groupe de travail se souviendra qu'au paragraphe 58 du Guide pour l'incorporation de la Loi type sont mentionnés les facteurs à prendre en considération pour déterminer le niveau de fiabilité approprié. Le paragraphe 3 qui, en disposant qu'une signature électronique renforcée remplit ces conditions, permet de satisfaire plus brièvement aux exigences énoncées à l'article 7 de la Loi type figure entre crochets. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se poser la question de savoir si cette disposition est toujours nécessaire au vu du paragraphe 1.

*Variante B*

43. La variante B vise à établir une présomption de signature et la satisfaction d'une exigence légale de signature dans le contexte d'une catégorie unique de signature électronique. Il n'y est donc pas question de "signature électronique renforcée". Le paragraphe 1 de cette variante pose que, lorsqu'il est fait usage, dans le cas d'un message de données, d'une méthode qui satisfait certaines exigences, le message de données peut être présumé signé. Cette méthode doit satisfaire aux conditions énoncées dans la définition de la "signature électronique renforcée" figurant à l'alinéa *b* du projet d'article 2, sauf en ce qui concerne les critères d'intégrité mentionnés à l'alinéa *b* iii. L'alinéa *b* du paragraphe 1 figure entre crochets puisqu'il ne serait nécessaire que si c'est le terme "méthode" qui est retenu au début du paragraphe 1, plutôt que le terme "signature électronique".

44. 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 conséquent, 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.

RÉFÉRENCES À DES LOIS NATIONALES ET À D'AUTRES TEXTES

**Singapour**

***Partie V. Enregistrements électroniques et signatures sécurisées***

*Signature électronique sécurisée*

17. S'il est possible, par l'application d'une procédure de protection réglementaire ou d'une procédure de protection commercialement raisonnable convenue entre les parties, de vérifier qu'une signature électronique était, au moment où elle a été faite:

*a)* particulière à la personne qui l'utilise;

*b)* susceptible d'identifier cette personne;

*c)* créée d'une façon ou à l'aide d'un moyen dont seule cette personne a le contrôle; et

*d)* liée à l'enregistrement électronique auquel elle se rapporte de telle façon que si cet enregistrement était modifié, la signature électronique serait invalidée;

cette signature est considérée comme une signature électronique sécurisée.

*Présomptions relatives aux enregistrements électroniques et aux signatures sécurisées*

18. [...]

2) Dans toute procédure où il est fait usage d'une signature électronique sécurisée, il est présumé, sauf preuve du contraire, que:

*a)* la signature électronique sécurisée est la signature de la personne à laquelle elle se rapporte; et

*b)* la signature électronique sécurisée a été apposée par cette personne dans l'intention de signer ou d'approuver l'enregistrement électronique.

Article 7. *[Présomption d'original]*

1. Lorsque, dans le cas d'un message de données, [il est fait usage d'une signature électronique renforcée] [il est fait usage d'une signature électronique [méthode] 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], le message de données est présumé original.

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

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/457, par. 48 à 52;
A/CN.9/WG.IV/WP.80, par. 13 et 14.

*Remarques*

45. L'objectif du projet d'article 7 est de confirmer la relation avec l'article 8 de la Loi type et l'exigence d'intégrité. Pour le paragraphe 1, deux options sont proposées: selon la première, l'utilisation d'une signature électronique renforcée, telle que définie à l'alinéa *b* du projet d'article 2, établira la présomption que le message de données est un original; selon la seconde, lorsqu'il est fait usage d'une signature électronique ou d'une méthode qui offre une garantie fiable d'intégrité, le message de données peut être présumé original. Bien qu'il ne soit pas toujours nécessaire qu'un original soit signé, une forme de signature électronique, renforcée ou non, peut être utilisée pour vérifier l'intégrité du message de données ou de l'enregistrement.

Article 8. *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] [quelles [méthodes] [signatures électroniques] satisfont aux exigences énoncées aux articles 6 et 7].

2. Toute détermination en vertu du paragraphe 1 doit être conforme aux normes internationales reconnues.

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/457, par. 48 à 52;
A/CN.9/WG.IV/WP.80, par. 15.

*Remarques*

46. Le projet d'article 8 vise à indiquer clairement qu'un État adoptant peut désigner un organe ou une autorité habilités à déterminer quelles techniques particulières remplissent les conditions requises pour être considérées comme une signature électronique renforcée. La seconde option proposée pour le paragraphe 1 vise à harmoniser le projet d'article 8 avec les options figurant dans la version révisée des articles 6 et 7. Le paragraphe 2 a pour objet d'encourager les États à veiller à ce que toute détermination en vertu du paragraphe 1 soit conforme aux normes internationales, chaque fois qu'il y a lieu, et faciliter ainsi l'harmonisation des pratiques en matière de signatures électroniques renforcées ainsi que l'utilisation et la reconnaissance internationale des signatures.

Article 9. *[Responsabilités] [Devoirs] du détenteur de la signature*

1. Le détenteur d'une signature [a le devoir]:

a) *De faire preuve [Fait preuve] de la diligence voulue pour veiller* à ce que les déclarations faites par lui concernant l'émission, *la suspension ou l'annulation* d'un certificat, ou figurant dans ce certificat soient exactes et complètes;

*b)* D'avertir [Avertit] les personnes voulues sans retard excessif *[s'il sait que sa signature a été compromise] [si sa signature a été ou risque d'être compromise]*;

*c)* De faire preuve [Fait preuve] de la diligence voulue pour *garder le contrôle de sa signature* et éviter qu'elle ne soit utilisée sans autorisation, *à partir du moment où il détient seul le contrôle du dispositif de signature.*

2. *Dans le cas [de codétenteurs] [où plus d'une personne a le contrôle] [de la clef] [du dispositif de signature], les [obligations] [devoirs] [prévues][prévus] au paragraphe 1 sont [conjointes] [conjoints] et solidaires.*

3. Le détenteur d'une signature est responsable de [l'inexécution des obligations [devoirs]] énoncées [énoncés] [la non-satisfaction des exigences énoncées] au paragraphe 1.

4. [La responsabilité du détenteur de la signature ne peut être supérieure au préjudice qu'il avait prévu ou aurait dû prévoir au moment de l'inexécution de ses obligations en considérant les faits dont il savait ou aurait dû savoir qu'ils pouvaient découler de [l'inexécution de ses obligations [devoirs]] [la non-satisfaction des exigences] énoncées [énoncés] au paragraphe 1.]

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/457, par. 65 à 98;
A/CN.9/WG.IV/WP.80, par. 18 et 19.

*Remarques générales concernant les projets d'articles 9 et 10*

47. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la relation, dans la pratique, entre les projets d'articles 9 et 10. Il existe un certain nombre de combinaisons possibles entre les devoirs énoncés au projet d'article 9 et les conséquences du manquement à ces devoirs eu égard au projet d'article 10. Deux de ces combinaisons serviront à illustrer certains des problèmes à examiner.

48. Le premier cas est celui où le détenteur de la signature ne manque pas au devoir de faire preuve de la diligence voulue conformément au paragraphe 1 *c* de l'article 9, mais où la signature ne s'en trouve pas moins compromise pour quelque autre raison. Le détenteur de la signature n'a pas connaissance du fait que sa signature est compromise et n'en avertit donc pas le certificateur d'informations, mais il est improbable qu'il ait ainsi manqué au devoir énoncé au paragraphe 1 *b* de l'article 9. Selon le projet d'article 10, la partie se fiant à la signature ne pouvait pas apprendre que la signature était compromise en consultant les renseignements fournis par le certificateur d'informations, et pouvait donc se fier à la signature. Cette situation soulève un certain nombre de questions: Est-il raisonnable pour la partie se fiant à la signature de le faire dans un tel cas? La partie se fiant à la signature supporte-t-elle le risque lié à la confiance? Quelle est la conséquence de cette confiance pour le détenteur de la signature? Le détenteur de la signature est-il lié par ce qui a été signé au moyen de la signature compromise?

49. Le second cas est celui où le détenteur de la signature manque effectivement au devoir de faire preuve de la diligence voulue conformément au paragraphe 1 *c* du projet d'article 9, et où la signature est compromise. Le détenteur de la signature sait que la signature a été compromise et en avertit le certificateur d'informations. Selon le projet d'article 10, la partie se fiant à la signature pouvait apprendre que la signature était compromise d'après les renseignements fournis par le certificateur d'informations, et donc ne pas se fier à la signature. Le détenteur de la signature est alors responsable, au titre du paragraphe 3 du projet d'article 9, pour avoir manqué aux devoirs énoncés au paragraphe 2 et pour le préjudice subi, conformément au paragraphe 4. Dans ce cas de figure, les conséquences sont beaucoup plus claires que dans le cas exposé au paragraphe 48.

*Remarques*

*Article 9, paragraphe 1*

50. Le paragraphe 1 du projet d'article 9 a été revu conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-quatrième session (A/CN.9/457, par. 73 à 92). Selon le Groupe de travail, le devoir énoncé à l'alinéa *a* devrait être limité au processus de certification (A/CN.9/457, par. 92), sans quoi il pourrait être interprété de façon large comme recouvrant les déclarations faites par le détenteur de la signature à une partie se fiant à cette dernière. Étant donné que les déclarations faites dans le cadre de cette relation devraient être régies par le droit du contrat sous-jacent, l'alinéa *a* a été remanié de façon à limiter le devoir du détenteur de la signature au processus d'émission, de suspension ou d'annulation d'un certificat.

51. L'alinéa *b* a été revu de façon à y inclure les deux variantes dont le Groupe de travail était convenu (A/CN.9/457, par. 83). L'expression "ou aurait dû savoir" n'a pas été incluse, car il serait difficile, pour le détenteur de la signature, de satisfaire à un devoir de notification reposant sur une information dont il aurait dû avoir connaissance mais qu'il ignorait en réalité.

52. L'alinéa *c* ne porte pas seulement sur l'obligation d'empêcher l'utilisation non autorisée de la signature, mais également sur celle de garder le contrôle de la clef. Cette disposition révisée mentionne également le moment à partir duquel le détenteur d'une signature a le devoir de faire preuve de la diligence voulue. Elle tient ainsi compte de l'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail selon lequel, si le détenteur de la clef n'a le devoir de protéger la clef que pour les paires de clefs effectivement protégées par un certificat, en revanche son devoir de protéger ces clefs certifiées contre toute utilisation abusive devrait être rétroactif jusqu'au moment où il a obtenu seul le contrôle de la paire de clefs (A/CN.9/457, par. 67).

*Paragraphe 2*

53. Le paragraphe 2 a été ajouté au projet d'article 9 afin de préciser ce qu'est l'obligation de diligence lorsque la même clef est détenue par plusieurs personnes. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner cette disposition et sa relation avec les exigences énoncées à l'article 2 concernant le contrôle unique de la clef.

*Paragraphe 3*

54. Ce paragraphe a été revu conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-quatrième session (A/CN.9/457, par. 93 à 98). La référence aux "conséquences de l'inexécution des obligations [du détenteur de la signature] énoncées au paragraphe 1" a été supprimée: i) pour éviter d'avoir à examiner si l'obligation non respectée était contractuelle ou non; et ii) pour éviter toute incertitude pouvant découler de l'emploi du terme "conséquences", qui pourrait laisser penser que *toutes* les conséquences possibles étaient envisagées, sans donner d'idée quant à la faiblesse du lien causal entre l'inexécution de l'obligation et ces conséquences.

*Paragraphe 4*

55. Ce paragraphe s'inspire de l'article 74 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et a été inclus pour examen par le Groupe de travail. Il établit une règle basée sur le critère de prévisibilité du préjudice, mais est limité à l'inexécution des obligations du détenteur de la signature énoncées au paragraphe 1. À la trente-quatrième session du Groupe de travail (A/CN.9/457, par. 93 à 98), on a 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. On a également fait remarquer que le critère de prévisibilité n'était peut-être pas approprié dans le contexte d'une relation contractuelle entre le dé-

tenteur de la signature et le certificateur d'informations, mais qu'il pouvait se révéler utile dans le contexte d'une relation entre le détenteur de la signature et une partie se fiant à la signature. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner ces questions lors de ses futures délibérations sur ce projet d'article ainsi que la relation entre le projet d'article 9 et le projet d'article 10.

RÉFÉRENCES À DES LOIS NATIONALES ET À D'AUTRES TEXTES

*Alinéa* a *du paragraphe 1 — déclarations*

**Principes directeurs de l'American Bar Association**

*4.2. Obligations du titulaire*

Toutes les déclarations faites par le titulaire à une autorité de certification, y compris toutes les informations dont le titulaire a connaissance et qui figurent dans le certificat, doivent être exactes et faites de bonne foi, qu'elles soient confirmées ou non par l'autorité de certification.

**GUIDEC**

***VII. Sécurisation d'un message***

*7. Déclarations faites au certificateur*

Un titulaire doit communiquer au certificateur tous les faits importants pour le certificat.

**Illinois**

***Article 20. Devoirs des titulaires***

*Chapitre 20-101. Obtention d'un certificat*

Toutes les déclarations pertinentes faites sciemment par une personne à une autorité de certification dans le but d'obtenir un certificat désignant cette personne comme le titulaire doivent être exactes, complètes et faites de bonne foi.

*Chapitre 20-105. Acceptation d'un certificat*

[...]

*b)* En acceptant un certificat, le titulaire nommé dans ce certificat affirme à toute personne qui se fie raisonnablement aux informations qui y sont contenues, de bonne foi et pendant sa période d'effet, que:

1) il détient légitimement la clef privée correspondant à la clef publique indiquée dans le certificat;

2) toutes les déclarations faites par lui à l'autorité de certification et importantes pour les informations figurant dans le certificat sont exactes; et

3) toutes les informations figurant dans le certificat dont il a connaissance sont exactes.

**Singapour**

***Partie IX. Devoirs des titulaires***

*Obtention d'un certificat*

37. Toutes les déclarations faites par le titulaire à une autorité de certification dans le but d'obtenir un certificat, y compris toutes les informations connues du titulaire et figurant dans le certificat, sont exactes, complètes et faites de bonne foi, qu'elles soient confirmées ou non par l'autorité de certification.

*Alinéa* b *du paragraphe 1 — notification*

**Principes directeurs de l'American Bar Association**

*4.4. Demande de suspension ou d'annulation*

Tout titulaire ayant accepté un certificat doit demander à l'autorité de certification qui l'a émis de le suspendre ou de l'annuler si la clef privée correspondant à la clef publique mentionnée dans le certificat a été compromise.

**Illinois**

***Article 20. Devoirs des titulaires***

*Chapitre 20-110. Annulation d'un certificat*

Sauf si une autre règle de droit applicable en dispose autrement, lorsqu'une clef privée correspondant à la clef publique mentionnée dans un certificat valide est perdue, volée, accessible à une personne non autorisée ou compromise d'une autre manière au cours de la période d'effet du certificat, un titulaire ayant appris que la clef était compromise doit demander sans délai à l'autorité de certification qui l'a émis de révoquer le certificat et de publier un avis d'annulation partout où le titulaire a préalablement autorisé la publication du certificat, ou de notifier d'une autre manière cette annulation dans des conditions raisonnables.

*Chapitre 10-125. Création et contrôle des dispositifs de signature*

Sauf si une autre règle de droit applicable en dispose autrement, lorsque la création, la validité ou la fiabilité d'une signature électronique créée selon une procédure de sécurité remplissant les conditions requises en vertu [...] dépend du caractère secret ou du contrôle d'un dispositif de signature détenu par le signataire:

1) La personne qui génère ou crée le dispositif de signature doit le faire de façon fiable;

2) Le signataire et toutes les autres personnes ayant légitimement accès à ce dispositif de signature doivent faire preuve de la diligence voulue pour en conserver le contrôle et le caractère secret, et pour le protéger contre tout accès, divulgation ou utilisation non autorisés pendant la période où il est raisonnable de se fier à une signature créée à l'aide de ce dispositif;

3) Si le signataire, ou toute autre personne ayant légitimement accès au dispositif de signature, sait ou a des raisons de penser que le caractère secret ou le contrôle de ce dispositif de signature a été compromis, il doit faire un effort raisonnable pour avertir sans délai toutes les personnes dont il sait qu'elles sont susceptibles de subir de ce fait un préjudice ou, s'il a accès à un mécanisme de publication approprié [...], de publier un avis et désavouer toutes les signatures créées ultérieurement.

**Singapour**

*Demande de suspension ou d'annulation*

40. Tout titulaire qui a accepté un certificat demande dès que possible à l'autorité de certification qui l'a émis de le suspendre ou de l'annuler si la clef privée correspondant à la clef publique mentionnée dans le certificat a été compromise.

*Alinéa* c *du paragraphe 1 — utilisation non autorisée*

**Principes directeurs de l'American Bar Association**

*4.3. Sauvegarde de la clef privée*

Au cours de la période d'effet d'un certificat valide, le titulaire ne compromet pas la clef privée correspondant à une clef publique mentionnée dans ce certificat, et doit également éviter de la compromettre au cours de toute période de suspension.

**GUIDEC**

***VII. Sécurisation d'un message***

*6. Sauvegarde du dispositif de sécurisation*

Si une personne sécurise un message à l'aide d'un dispositif, elle doit faire preuve, au minimum, d'une diligence raisonnable pour éviter l'utilisation non autorisée de ce dispositif.

**Illinois**

*Chapitre 10-125. Création et contrôle de dispositifs de signature*

Sauf si une autre règle de droit applicable en dispose autrement, lorsque la création, la validité ou la fiabilité d'une signature électronique créée au moyen d'une procédure de sécurité remplissant les conditions requises en vertu [...] dépend du caractère secret ou du contrôle d'un dispositif de signature détenu par le signataire:

1) la personne qui génère ou crée le dispositif de signature doit le faire de façon fiable;

2) le signataire et toutes les autres personnes ayant légitimement accès à ce dispositif de signature doivent faire preuve d'une diligence raisonnable pour conserver le contrôle et le caractère secret du dispositif de signature, et pour le protéger contre tout accès, divulgation ou utilisation non autorisés pendant la période où il est raisonnable de se fier à une signature créée à l'aide de ce dispositif;

3) si le signataire, ou toute autre personne ayant légitimement accès à ce dispositif de signature, sait ou a des raisons de penser que son caractère secret ou son contrôle a été compromis, il doit faire un effort raisonnable pour avertir sans délai toutes les personnes dont il sait qu'elles sont susceptibles de ce fait de subir un préjudice ou, lorsqu'il a accès à un mécanisme de publication approprié [...], publier un avis et désavouer toutes les signatures créées ultérieurement.

*Paragraphes 3 et 4 — responsabilité*

**Minnesota**

***325K.12. Déclarations et devoirs découlant de l'acceptation des certificats***

*Subd.4. Dédommagement par le titulaire*

Lorsqu'il accepte un certificat, un titulaire s'engage à dédommager l'autorité de certification qui l'a émis pour toute perte ou tout préjudice causés par l'émission ou la publication d'un certificat sur la base:

1) d'une fausse déclaration du titulaire concernant des faits essentiels;

2) de la dissimulation, par le titulaire, d'un fait essentiel, si la déclaration ou la dissimulation a été faite avec l'intention de tromper l'autorité de certification ou une personne se fiant au certificat, ou s'apparente à la faute grave. Le dédommagement prévu au présent chapitre ne peut être ni refusé ni limité contractuellement. Toutefois, un contrat peut contenir des clauses compatibles et supplémentaires concernant le dédommagement.

**Singapour**

***Partie IX. Devoirs des titulaires***

*Contrôle de la clef privée*

39. 1) Lorsqu'il accepte un certificat émis par une autorité de certification, le titulaire identifié dans le certificat s'engage à faire preuve d'une diligence raisonnable pour conserver le contrôle de la clef privée correspondant à la clef publique indiquée dans ce certificat et pour empêcher qu'elle ne soit portée à la connaissance d'une personne non autorisée à créer la signature numérique du titulaire.

2) Ce devoir demeure pendant la période d'effet et pendant toute suspension du certificat.

Article 10. *Foi accordée à une signature électronique renforcée*

*1. Une personne [est] [n'est pas] fondée à se fier à une signature électronique renforcée dans la mesure où il [est] [n'est pas] raisonnable de le faire.*

*2. Pour déterminer s'il [est] [n'est pas] raisonnable de se fier à la signature, il est tenu compte, s'il y a lieu, des facteurs suivants:*

a) *La nature de l'opération sous-jacente que la signature est censée étayer;*

b) *L'adoption ou non par la partie se fiant à la signature de mesures appropriées pour en déterminer la fiabilité;*

c) *Le fait que la partie se fiant à la signature savait ou aurait dû savoir que celle-ci avait été compromise ou annulée;*

d) *Toute convention ou toute pratique existant entre la partie se fiant à la signature et le titulaire ou tout usage commercial pouvant s'appliquer;*

e) *Tout autre facteur pertinent.*

Article 11. *Foi accordée à un certificat*

*1. Une personne [est] [n'est pas] fondée à se fier à un certificat dans la mesure où il [est] [n'est pas] raisonnable de le faire.*

*2. Pour déterminer s'il [est] [n'est pas] raisonnable de se fier au certificat, il est tenu compte, s'il y a lieu, des facteurs suivants:*

a) *Toutes restrictions dont le certificat peut faire l'objet;*

b) *L'adoption ou non par la partie se fiant au certificat de mesures appropriées pour en déterminer la fiabilité, y compris la consultation d'une liste d'annulations de certificats, le cas échéant;*

c) *Toute convention ou toute pratique existant entre la partie se fiant au certificat et le certificateur d'informations ou le titulaire ou tout usage commercial pouvant s'appliquer;*

d) *[Tout] [Tous les] autre[s] facteur[s] pertinent[s].*

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/457, par. 99 à 107;
A/CN.9/WG.IV/WP.80, par. 20 et 21.

*Remarques*

56. Les projets d'articles 10 et 11, qui portent respectivement sur la question de savoir s'il est raisonnable de se fier à une signature électronique renforcée et à un certificat, ont été remaniés conformément à l'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail à sa trente-quatrième session (A/CN.9/457, par. 107) quant à leur contenu. Présenté au départ sous la forme d'un article unique traitant de la foi accordée aussi bien aux signatures qu'aux signatures étayées par un certificat, le projet distingue à présent ces deux points du fait que des considérations différentes s'appliquent à chacun d'entre eux. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il est nécessaire d'inclure une règle sur la foi accordée aux certificats, en plus d'une règle concernant la foi accordée aux signatures, et quels facteurs devraient être pris en considération dans chaque cas pour déterminer si la foi accordée est raisonnable.

57. On a déclaré, dans le Groupe de travail, craindre qu'en indiquant dans les projets d'articles 10 et 11 qu'une personne était fondée à se fier à une signature ou à un certificat on n'établisse une présomption quant à certains effets juridiques alors qu'en énonçant les facteurs à prendre en considération pour décider si la foi accordée pouvait être considérée comme raisonnable on évite d'aborder la question des effets juridiques que pourraient avoir la signature ou le certificat. Selon un avis contraire, le fait d'indiquer dans les projets d'articles qu'une personne était fondée à se fier à une signature ou à un certificat ajoutait un avantage qui n'existait pas dans la Loi type et ne créait pas d'effet juridique concernant la validité de la signature. Comme convenu par le Groupe de travail, les projets d'articles révisés comportent une formulation affirmative et une formulation négative et indiquent les facteurs à prendre en considération dans le cas des signatures et dans le cas des certificats.

58. Le lien entre, d'une part, les projets d'articles 10 et 11 et, d'autre part, l'article 13 de la Loi type a aussi suscité quelques craintes, et on s'est demandé si les projets d'articles 9, 10 et 11, lus conjointement, constitueraient une règle sur l'attribution. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le lien existant entre, d'une part, les projets d'articles 10 et 11 et, d'autre part, le projet d'article 9 et l'article 13 de la Loi type.

RÉFÉRENCES À DES LOIS NATIONALES ET À D'AUTRES TEXTES

**Principes directeurs de l'American Bar Association**

*5.3. Signatures numériques non fiables*

1) [...]

2) Sauf disposition contraire de la loi ou du contrat, une partie se fiant à une signature numérique assume le risque que cette signature ne soit pas valable en tant que signature ou authentification du message signé, s'il n'est pas raisonnable de s'y fier compte tenu des circonstances, conformément aux facteurs énumérés dans le principe directeur 5.4 (caractère raisonnable de la foi accordée à la signature).

*5.4. Caractère raisonnable de la foi accordée à la signature*

Les facteurs énumérés ci-après, notamment, sont importants pour déterminer s'il est raisonnable pour un destinataire de se fier à un certificat et à des signatures numériques vérifiables par référence à la clef publique mentionnée dans le certificat:

1) Les faits dont la partie se fiant à la signature a connaissance ou dont elle a été informée, y compris tous les faits énumérés dans le certificat ou y étant incorporés par référence;

2) La valeur ou l'importance du message portant la signature numérique, si celle-ci est connue;

3) La pratique existant entre la personne se fiant à la signature et le titulaire ainsi que les indices de fiabilité ou de non-fiabilité disponibles en dehors de la signature numérique;

4) L'usage commercial, en particulier les transactions effectuées à l'aide de systèmes fiables ou d'autres moyens informatiques.

*2.3. Caractère prévisible de la foi accordée à un certificat*

On peut prévoir que les personnes se fiant à une signature numérique se fieront également à un certificat valable contenant la clef publique à l'aide de laquelle la signature numérique peut être vérifiée.

## GUIDEC

### *VIII. Certification*

*1. Effet d'un certificat valable*

Une personne est fondée à penser qu'un certificat valable représente fidèlement le ou les faits qui y sont énoncés et à s'y fier, si elle n'a pas été avisée que le certificateur n'a pas rempli une des conditions essentielles requises dans la pratique en matière de messages sécurisés.

## Singapour

### *Partie VI. Effet des signatures numériques*

*Signatures numériques non fiables*

22. Sauf disposition contraire de la loi ou du contrat, une personne se fiant à un enregistrement électronique portant une signature numérique assume le risque que la signature numérique ne soit pas valable en tant que signature ou authentification de l'enregistrement électronique signé, s'il n'est pas raisonnable, en l'occurrence, de se fier à la signature numérique, compte tenu des facteurs suivants:

*a)* Les faits dont la personne se fiant à l'enregistrement électronique portant la signature numérique a connaissance ou dont elle a été informée, y compris tous les faits énumérés dans le certificat ou incorporés dans celui-ci par référence;

*b)* La valeur ou l'importance de l'enregistrement électronique portant la signature numérique, si celle-ci est connue;

*c)* La pratique existant entre la personne se fiant à l'enregistrement électronique portant la signature numérique et le titulaire ainsi que les indices de fiabilité ou de non-fiabilité disponibles en dehors de la signature numérique; et

*d)* Tout usage commercial, en particulier les transactions effectuées à l'aide de systèmes fiables ou d'autres moyens électroniques.

Article 12. *[Obligations] [Devoirs] d'un certificateur d'informations*

1. Un certificateur d'informations [a l'obligation] [notamment]:

*a)* [D'agir] [Agit] conformément aux déclarations qu'il fait concernant ses pratiques;

b) *[De prendre] [Prend] des mesures raisonnables pour s'assurer de l'exactitude de tous les faits ou informations qu'il certifie dans le certificat, [y compris l'identité du détenteur de la signature]*;

*c)* [De fournir] [Fournit] des moyens raisonnablement accessibles qui permettent à une partie se fiant au certificat de s'assurer:

i) De l'identité du certificateur d'informations;

ii) *Du fait que la personne qui est [nommée] [identifiée] dans le certificat détient [au moment pertinent] [la clef privée correspondant à la clef publique] [le dispositif de signature] indiqué[e] dans le certificat;*

[iii) *Du fait que les clefs sont une paire de clefs qui fonctionne];*

iv) De la méthode employée pour identifier le détenteur de la signature;

v) De toutes restrictions quant aux fins *ou à la valeur* pour lesquelles la signature peut être utilisée; et

vi) Du fait que le dispositif de signature est valable et n'a pas été compromis;

*d)* [De fournir] [Fournit] un moyen permettant au détenteur de la signature d'avertir qu'une signature électronique renforcée a été compromise et *d'assurer [assure] un service prompt d'annulation*;

e) *[De faire] [Fait] preuve de la diligence voulue afin de veiller à l'exactitude et à l'exhaustivité de toutes les déclarations faites par lui qui sont pertinentes pour l'émission, la suspension ou l'annulation d'un certificat ou qui figurent dans le certificat*;

*f)* [D'utiliser] [Utilise] des systèmes, des procédures *et des ressources humaines* fiables pour la fourniture de ses services.

*Variante X*

2. Un certificateur d'informations est [responsable] [comptable] de l'inexécution des [obligations] [devoirs] [conditions] énoncé[e]s au paragraphe 1.

*3. La responsabilité du certificateur d'informations ne peut être supérieure à la perte qu'il prévoyait ou aurait dû prévoir au moment de l'inexécution à la lumière des faits ou problèmes dont il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance comme étant des conséquences possibles de son non-respect des [obligations] [devoirs] [conditions] énoncé[e]s au paragraphe 1.*

*Variante Y*

*2. Sous réserve du paragraphe 3, si le préjudice a été causé parce que le certificat était incorrect ou défectueux,*

*un certificateur d'informations est tenu responsable du préjudice subi:*

a) *Soit par une partie qui a passé un contrat avec le certificateur d'informations pour la délivrance d'un certificat;*

b) *Soit par une personne qui se fie raisonnablement à un certificat émis par le certificateur d'informations.*

*3. Un certificateur d'informations n'est pas tenu responsable en vertu du paragraphe 2:*

a) *Si et dans la mesure où il a inclus dans le certificat une déclaration limitant la portée ou l'étendue de sa responsabilité envers toute personne; ou*

b) *S'il prouve qu'il [n'a pas été négligent] [a pris toutes les mesures raisonnables pour prévenir le préjudice].*

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/457, par. 108 à 119;
A/CN.9/WG.IV/WP.80, par. 22 à 24.

*Remarques*

59. Le projet d'article 12 a été modifié conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-quatrième session (A/CN.9/457, par. 108 à 119).

*Paragraphe 1*

60. Le chapeau du paragraphe 1 comporte plusieurs options. Il s'agit d'abord de choisir entre l'emploi, dans la disposition, des mots "a l'obligation de" ou du présent de l'indicatif. Il est proposé, ensuite, d'utiliser ou non le mot "notamment". S'il est employé, le projet d'article 12 contiendrait une liste ouverte et indicative d'obligations. Ce libellé pourrait certes paraître contraignant aux certificateurs d'informations, mais le Groupe de travail a estimé qu'il ne serait pas incompatible avec la règle générale qui leur est actuellement appliquée dans de nombreux systèmes juridiques. Si le mot "notamment" est omis, le projet d'article 12 contiendrait une liste exhaustive des obligations auxquelles doit se soumettre un certificateur d'informations, ce qui permettrait de déterminer avec exactitude l'étendue de sa responsabilité et d'éviter qu'un libellé différent ne pose problème dans des pays où un certificateur d'informations pourrait ne pas être soumis à une obligation générale de diligence raisonnable.

61. Quant aux devoirs précis énoncés au paragraphe 1, ils ont été étendus compte tenu des vues exprimées par le Groupe de travail (A/CN.9/457, par. 112 à 114). En ce qui concerne l'alinéa *c*, les informations devant être fournies par des "moyens raisonnablement accessibles" sont notamment des informations qu'une partie se fiant à la signature pourrait raisonnablement s'attendre à trouver dans un certificat ainsi que d'autres informations qui ne pourraient être obtenues que par référence à une autre source, telle qu'une liste d'annulations de certificats. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il conviendrait d'indiquer que certaines de ces informations doivent être consignées dans un certificat et si une règle supplémentaire fixant le contenu minimal d'un certificat devrait être incluse dans les Règles uniformes.

62. L'alinéa *c* ii du paragraphe 1 fait référence à une "paire de clefs" et à un "dispositif de signature". Afin que les Règles uniformes soient neutres quant aux techniques employées, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager l'emploi d'une expression neutre comme "dispositif de signature" à la place des mots "paire de clefs", étant donné que cette dernière expression désigne plus particulièrement les signatures numériques. L'emploi des mots "paire de clefs" en rapport avec la définition du "certificat" peut convenir dans les cas où les certificats ne sont utilisés que dans le contexte des signatures numériques.

63. Le sous-alinéa iii a été inséré à l'alinéa *c* du paragraphe 1 conformément à ce qui avait été proposé à la session précédente. Toutefois, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si cet élément est nécessaire. Si la clef publique mentionnée dans le certificat correspond à la clef privée que possède le détenteur de la signature et si, par conséquent, il existe une correspondance mathématique entre ces deux clefs, on ne voit pas très bien quelle fonctionnalité supplémentaire apporterait une disposition exigeant que la paire de clefs soit "une paire de clefs opérationnelle". Il n'est pas certain non plus que le certificateur d'informations puisse communiquer, en plus de ce qui est requis en vertu de l'alinéa *c* ii du paragraphe 1, des éléments d'information qui indiquent cette fonctionnalité supplémentaire.

*Paragraphes 2 et 3*

64. La variante X énonce une règle selon laquelle le certificateur d'informations est responsable de l'inexécution des obligations ou devoirs énoncés au paragraphe 1 tout en laissant aux législations nationales le soin de déterminer quelles pourraient être les conséquences de ce non-respect. Les mots "des conséquences de" ont été supprimés dans le projet révisé d'article 12 pour les mêmes raisons que celles invoquées pour leur suppression au paragraphe 3 du projet d'article 9, à savoir: i) éviter d'avoir à se demander si l'obligation à laquelle il a été manqué était contractuelle ou non; et ii) éviter toute incertitude pouvant découler de l'emploi du terme "conséquences", qui pourrait laisser croire que *toutes* les conséquences possibles étaient envisagées sans donner d'idée quant à la faiblesse du lien causal entre ces conséquences possibles et l'inexécution de l'obligation.

65. Le paragraphe 1 ayant été modifié de manière à y inclure deux variantes — une liste d'obligations exhaustive et une autre ouverte et indicative —, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la variante X serait plus appropriée au cas où le paragraphe 1 serait libellé sous forme de liste exhaustive.

66. Le paragraphe 3 de la variante X énonce une règle de prévisibilité du préjudice, qui se fonde sur l'article 74 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Ce paragraphe vise à limiter l'étendue de toute responsabilité du certificateur d'informations qui pourrait découler des paragraphes 1 et 2.

*Variante Y*

67. Le Groupe de travail a estimé dans son ensemble (A/CN.9/457, par. 115) qu'il conviendrait de créer une règle uniforme qui ne se contenterait pas de renvoyer à la loi applicable, mais énoncerait une règle générale de responsabilité, pour négligence, sous réserve d'exonérations contractuelles éventuelles (à condition que cette limitation ne soit pas excessivement injuste) et sous réserve également que le certificateur d'informations s'exonère lui-même en démontrant qu'il s'est acquitté des obligations énoncées au paragraphe 1. Le paragraphe 2 de la variante Y traite de la question de savoir envers qui le certificateur d'informations peut être responsable. Le paragraphe 3 énonce une règle autorisant le certificateur d'informations à se fonder sur toute limitation de responsabilité indiquée dans le certificat et à montrer qu'il n'a pas fait preuve de négligence ou qu'il a pris les mesures raisonnables pour prévenir le préjudice.

68. Comme pour la variante X, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si une disposition telle que celle qui est proposée dans la variante Y conviendrait si le paragraphe 1 donnait une liste exhaustive d'obligations et non s'il comportait une liste ouverte. Il souhaitera peut-être examiner également la nécessité de préciser, dans le projet de paragraphe 2 de la variante Y, que la responsabilité du certificateur d'informations se limite à l'inexécution par celui-ci des obligations énoncées au paragraphe 1.

RÉFÉRENCES À DES LOIS NATIONALES ET À D'AUTRES TEXTES

*Paragraphe 1 de l'article 12 — obligations générales*

**Principes directeurs de l'American Bar Association**

***3. Autorités de certification***

*3.1. L'autorité de certification doit utiliser des systèmes fiables*

Une autorité de certification doit utiliser des systèmes fiables pour la fourniture de ses services.

*3.2. Divulgation*

1) Une autorité de certification doit divulguer toute déclaration importante relative à ses pratiques de certification ainsi que tout avis d'annulation ou de suspension d'un certificat émis par elle.

2) Une autorité de certification doit faire des efforts raisonnables pour avertir toutes personnes dont elle sait qu'elles sont ou dont elle peut prévoir qu'elles seront lésées par l'annulation ou la suspension d'un certificat émis par elle.

3) [...]

4) En cas d'événement portant gravement atteinte à la fiabilité de son système ou au certificat émis par elle, l'autorité de certification doit faire des efforts raisonnables pour avertir toutes personnes dont elle sait qu'elles sont ou dont elle peut prévoir qu'elles seront lésées par cet événement ou doit agir conformément aux procédures décrites dans la déclaration relative à ses pratiques de certification.

*3.7. Déclarations faites par l'autorité de certification dans le certificat*

Par l'émission d'un certificat, une autorité de certification déclare à toute personne qui se fie raisonnablement au certificat ou à une signature numérique vérifiable à l'aide de la clef publique mentionnée dans ledit certificat qu'elle confirme, conformément à toute déclaration applicable sur les pratiques de certification portée à la connaissance de la personne se fiant au certificat ou à la signature, ce qui suit:

1) l'autorité de certification a satisfait à toutes les exigences applicables des présents Principes directeurs pour l'émission d'un certificat, et, si elle a publié le certificat ou l'a communiqué de toute autre manière à la personne se fiant raisonnablement au certificat ou à la signature, le titulaire mentionné dans le certificat a accepté;

2) le titulaire identifié dans le certificat détient la clef privée correspondant à la clef publique qui figure dans le certificat;

3) [...]

4) la clef publique et la clef privée du titulaire constituent une paire de clefs opérationnelle; et

5) toutes les informations consignées dans le certificat sont exactes, à moins que l'autorité de certification n'y ait indiqué, directement ou par référence, que l'exactitude de certaines informations spécifiées n'est pas confirmée.

En outre, l'autorité de certification déclare n'avoir omis dans le certificat aucun fait important connu qui, s'il était connu, compromettrait la fiabilité de ses déclarations faites en vertu des présents Principes directeurs.

*3.9. Suspension du certificat à la demande du titulaire*

Sauf lorsqu'un contrat conclu entre l'autorité de certification et le titulaire en dispose autrement, une autorité de certification doit suspendre un certificat le plus rapidement possible à la demande d'une personne qu'elle croit raisonnablement être:

1) le titulaire mentionné dans le certificat;

2) une personne dûment autorisée à agir au nom du titulaire; ou

3) une personne agissant au nom du titulaire, qui n'est pas disponible.

*3.10. Annulation du certificat à la demande du titulaire*

L'autorité de certification qui a émis un certificat doit l'annuler à la demande du titulaire qui y est mentionné, si elle a confirmation:

1) que la personne demandant l'annulation est le titulaire mentionné dans le certificat devant être annulé; ou

2) si la personne demandant l'annulation agit en qualité de mandataire, qu'elle a l'autorité suffisante pour le faire.

### *3.11. Annulation ou suspension sans le consentement du titulaire*

Une autorité de certification doit suspendre ou annuler un certificat, que le titulaire qui y est mentionné ait donné ou non son consentement, si elle a confirmation:

1) qu'un fait essentiel consigné dans le certificat est faux;

2) qu'une condition essentielle préalable à l'émission du certificat n'a pas été remplie; ou

3) que la clef privée ou le système fiable de l'autorité de certification a été compromis au point de porter gravement atteinte à la fiabilité du certificat.

Après avoir procédé à la suspension ou à l'annulation, l'autorité de certification doit avertir immédiatement le titulaire mentionné dans le certificat suspendu ou annulé.

### *3.12. Avis de suspension ou d'annulation*

Aussitôt après avoir suspendu ou annulé un certificat, une autorité de certification doit publier un avis de suspension ou d'annulation, si le certificat a été publié, et, s'il ne l'a pas été, informer de la suspension ou de l'annulation toute partie se fiant au certificat qui lui demande des renseignements.

## Projet de directive de la Communauté européenne

### *Annexe II. Exigences concernant les prestataires de services de certification délivrant des certificats agréés*

Les prestataires de services de certification doivent:

*a)* Démontrer qu'ils jouissent du crédit nécessaire pour offrir des services de certification;

*b)* Assurer le fonctionnement d'un service d'annuaire rapide et sûr et d'un service de révocation sûr et immédiat;

*ba)* Assurer que la date et l'heure auxquelles un certificat est délivré ou révoqué peuvent être déterminées;

*c)* Vérifier, par des moyens appropriés conformément à la législation nationale, l'identité et, le cas échéant, les attributions spécifiques de la personne à laquelle un certificat agréé est délivré;

*d)* Employer du personnel ayant les connaissances spécifiques, l'expérience et les qualifications nécessaires à la fourniture des services et, en particulier, des compétences au niveau de la gestion, une expertise dans la technologie des signatures électroniques et une bonne pratique des procédures de sécurité pertinentes; ils doivent également utiliser des procédures et des méthodes administratives et de gestion qui soient adaptées et conformes à des normes reconnues;

*e)* Utiliser des systèmes fiables et des produits qui soient protégés contre toute modification et qui doivent assurer la sécurité technique et cryptographique des processus pris en charge par eux;

*f)* Prendre des mesures contre la contrefaçon des certificats et, au cas où le prestataire de service de certification génère des données servant à la création de signatures, garantir la confidentialité au cours du processus de génération desdites données;

*g)* Disposer des ressources financières suffisantes pour fonctionner conformément aux exigences prévues par la présente directive, en particulier pour endosser la responsabilité de dommages, en contractant, par exemple, une assurance appropriée;

*h)* Enregistrer toutes les informations pertinentes concernant un certificat agréé pendant une période de temps appropriée, en particulier pour pouvoir fournir une preuve de la certification en justice. Ces enregistrements peuvent être effectués par des moyens électroniques;

*i)* Ne pas stocker ou copier les données servant à la création de la signature de la personne à laquelle le prestataire de service de certification a offert des services de gestion de clefs;

*j)* Avant d'établir une relation contractuelle avec une personne lui demandant un certificat à l'appui de sa signature électronique, informer cette personne par un moyen de communication durable des conditions précises d'utilisation des certificats, y compris des limites imposées à leur utilisation, de l'existence d'un régime volontaire d'accréditation et des procédures de réclamation et de règlement des litiges. Cette information doit être faite par écrit sous une forme qui puisse être transmise par voie électronique et dans une langue aisément compréhensible. Des éléments pertinents de cette information doivent également être mis à la disposition, sur demande, de tiers qui se fondent sur le certificat;

*k)* Utiliser des systèmes fiables pour stocker les certificats sous une forme vérifiable, de sorte que:

— seules les personnes autorisées puissent introduire et modifier des données;
— l'authenticité de l'information puisse être contrôlée;
— les certificats soient disponibles au public uniquement dans les cas où le titulaire du certificat a donné son consentement; et
— toute modification technique mettant en péril ces exigences de sécurité soit apparente pour l'opérateur.

## Allemagne

### *§5 Émission de certificats*

1) Le certificateur identifie de manière fiable les personnes qui demandent un certificat. Il confirme l'attribution d'une clef publique à une personne ainsi identifiée et assure l'accès à ce certificat, ainsi qu'aux certificats d'attributs, à tout moment et à toute personne par les voies de télécommunication accessibles au public, de manière vérifiable et avec l'accord du propriétaire de la clef.

2) À la requête d'une personne demandant un certificat, le certificateur consigne les informations concernant le pouvoir du demandeur de représenter un tiers ou l'autorisation à titre professionnel ou autre indiquée dans le certificat relatif à la signature ou dans un certificat d'attributs, à condition que l'autorisation ou le consentement du tiers concernant l'enregistrement du pouvoir de représentation soit établi de manière fiable.

3) À la requête d'une personne demandant un certificat, le certificateur inscrit dans ce dernier un pseudonyme à la place du nom du demandeur.

4) Le certificateur prend des mesures pour que les données figurant dans les certificats ne puissent être falsifiées d'une manière qui ne soit pas visible. Il prend également des mesures pour garantir la confidentialité des clefs privées. Les clefs privées ne peuvent pas être stockées par le certificateur.

5) Le certificateur emploie du personnel fiable pour exercer les activités de certification et utilise des composants techniques conformément à l'article 14 pour rendre les clefs accessibles et créer les certificats. Cette exigence s'applique également aux composants techniques qui rendent possible la vérification des certificats en vertu de la deuxième phrase du paragraphe 1.

### *§6 Obligation de donner des instructions*

Le certificateur donne des instructions au demandeur en vertu du paragraphe 1 de l'article 5 concernant les mesures nécessaires pour contribuer à sécuriser les signatures numériques et à assurer leur vérification de manière fiable. Il donne aussi des instructions au demandeur concernant ceux des composants techniques qui répondent aux exigences des paragraphes 1 et 2 de l'article 14, et concernant l'attribution de signatures numériques créées avec une clef privée. Il signale au demandeur qu'il peut être nécessaire de signer une nouvelle fois des données accompagnées de signatures numériques avant que la sécurité d'une signature disponible ne diminue avec le temps.

### *§8 Blocage de certificats*

1) Un certificateur bloque un certificat si le propriétaire d'une clef ou son représentant le demande, si le certificat a été émis à partir d'informations fausses conformément à l'article 7, si le certificateur a mis fin à ses activités et qu'elles ne sont pas reprises par un autre certificateur, ou si l'Autorité ordonne le blocage conformément à la deuxième phrase du paragraphe 5 de l'article 13. Il doit être indiqué à partir de quel moment la suspension prend effet. Une suspension rétroactive n'est pas autorisée.

## GUIDEC

### *VIII. Certification*

#### *2. Exactitude des déclarations figurant dans le certificat*

Un certificateur doit s'assurer de l'exactitude de tous les faits énoncés dans un certificat valable, à moins qu'il ne soit manifeste, d'après le certificat lui-même, que certaines des informations n'ont pas été vérifiées.

#### *3. Fiabilité du certificateur*

Un certificateur doit:

*a)* n'utiliser que des systèmes et procédés d'information techniquement fiables et employer du personnel de confiance pour émettre un certificat, pour suspendre ou annuler un certificat relatif à une clef publique et pour protéger sa clef privée, le cas échéant;

*b)* ne pas avoir de conflit d'intérêts qui porterait atteinte à sa fiabilité dans l'émission, la suspension et l'annulation d'un certificat;

*c)* s'abstenir de contribuer à l'inexécution par le titulaire de ses obligations;

*d)* s'abstenir de tout acte ou omission qui nuirait gravement à la confiance accordée de manière raisonnable et prévisible à un certificat valable;

*e)* agir d'une manière digne de confiance à l'égard d'un titulaire et des personnes qui se fient à un certificat valable.

#### *4. Notification des pratiques et des problèmes*

Un certificateur doit faire des efforts raisonnables pour notifier à toute personne qui pourrait, de manière prévisible, être visée par:

*a)* toute déclaration importante relative à ses pratiques de certification; et

*b)* tout fait important soit pour la fiabilité d'un certificat qu'il a émis, soit pour son aptitude à fournir ses services.

#### *8. Suspension sur demande d'un certificat relatif à une clef publique*

Le certificateur qui a émis un certificat doit le suspendre promptement à la demande d'une personne s'identifiant comme le titulaire nommé dans un certificat relatif à une clef publique, ou comme une personne qui serait en mesure d'avoir connaissance du fait que la sécurité de la clef privée d'un titulaire a été compromise, comme un agent, un employé, un associé ou un membre de la famille proche du titulaire.

*9. Annulation sur demande d'un certificat relatif à une clef publique*

Le certificateur qui a émis un certificat relatif à une clef publique doit l'annuler promptement:

*a)* après avoir reçu une demande d'annulation du titulaire nommé dans le certificat ou d'un agent autorisé du titulaire; et

*b)* après avoir eu confirmation que la personne demandant l'annulation était ce titulaire, ou un agent de ce titulaire habilité à demander l'annulation.

*10. Suspension ou annulation d'un certificat relatif à une clef publique sans consentement*

Le certificateur qui a émis un certificat relatif à une clef publique doit l'annuler si:

*a)* il a eu confirmation qu'un fait pertinent énoncé dans le certificat est faux;

*b)* il a eu confirmation que la fiabilité de son système d'information a été compromise d'une manière qui porte gravement atteinte à la fiabilité des certificats.

Le certificateur peut suspendre un certificat raisonnablement contestable pendant le temps nécessaire pour mener une enquête qui soit suffisante pour vérifier les motifs d'annulation conformément au présent article.

*11. Notification de l'annulation ou de la suspension d'un certificat relatif à une clef publique*

Le certificateur doit, dès qu'il suspend ou annule un certificat relatif à une clef publique, donner notification, comme il convient, de cette annulation ou de cette suspension.

## Illinois

### *Article 15. Effet d'une signature numérique*

*Article 15-301. Services fiables*

Sauf stipulation figurant de manière bien lisible dans la déclaration relative à ses pratiques de certification, l'autorité de certification et la personne tenant à jour un registre doivent exercer leur activité et fournir leurs services de manière fiable.

*Article 15-305. Communication*

*a)* Pour chaque certificat qu'elle émet afin que des tiers s'y fient pour vérifier les signatures numériques créées par les titulaires, l'autorité de certification doit publier ou mettre d'une autre manière à la disposition du titulaire et de toutes les parties se fiant au certificat:

1) le cas échéant, la déclaration relative à ses pratiques de certification applicable en l'espèce; et

2) son certificat qui l'identifie comme titulaire et qui contient la clef publique correspondant à la clef privée qu'elle utilise pour signer numériquement le certificat (son "certificat d'autorité de certification").

*b)* En cas d'événement compromettant gravement ses activités ou son système, son certificat, ou tout autre aspect de son aptitude à fonctionner de manière fiable, l'autorité de certification doit agir conformément aux procédures régissant un tel événement, qui sont spécifiées dans la déclaration relative à ses pratiques de certification ou, en l'absence de telles procédures, elle doit faire des efforts raisonnables pour avertir les personnes dont elle sait qu'elles risqueraient de manière prévisible de subir un préjudice en raison de cet événement.

*Article 15-310. Émission d'un certificat*

Une autorité de certification ne peut émettre un certificat à un éventuel titulaire afin de permettre à des tiers de vérifier les signatures numériques créées par ledit titulaire:

1) qu'après avoir reçu une demande d'émission de la part d'un titulaire éventuel; et

2) qu'après:

*a)* s'être conformée à toutes les pratiques et procédures pertinentes énoncées dans la déclaration relative à ses pratiques de certification applicable, le cas échéant; ou

*b)* en l'absence de déclaration relative à ses pratiques de certification visant ces questions, avoir vérifié de manière fiable que:

i) le titulaire potentiel est la personne à mentionner dans le certificat à émettre;

ii) l'information figurant dans le certificat à émettre est exacte; et

iii) le titulaire potentiel détient légitimement une clef privée capable de créer une signature numérique, et la clef publique à mentionner dans le certificat peut être utilisée pour vérifier une signature numérique apposée par cette clef privée.

*Article 15-315. Informations à fournir au moment de l'émission du certificat*

*a)* En émettant un certificat afin que des tiers s'y fient pour vérifier les signatures numériques créées par le titulaire, l'autorité de certification donne l'assurance à ce dernier et à toute personne se fiant raisonnablement aux renseignements contenus dans le certificat, de bonne foi et pendant la période d'effet de ce dernier:

1) qu'elle a traité, approuvé et émis, et qu'elle gérera et annulera au besoin le certificat conformément à la déclaration relative à ses pratiques de certification applicable, qui figure ou est incorporée par référence dans le certificat ou dont cette personne a été avisée, ou, autrement, conformément à la présente loi ou à la loi de la juridiction régissant l'émission du certificat;

2) qu'elle a vérifié l'identité du titulaire comme indiqué dans le certificat ou dans la déclaration relative à ses pratiques de certification applicable, ou sinon, elle a vérifié l'identité du titulaire d'une manière fiable;

3) qu'elle a vérifié que la personne demandant le certificat détenait la clef privée correspondant à la clef publique mentionnée dans le certificat; et

4) que, sauf stipulation figurant de manière bien lisible dans le certificat ou dans la déclaration relative à ses pratiques de certification applicable, à sa connaissance à la date où le certificat a été émis, tous les autres renseignements figurant dans le certificat étaient exacts et n'étaient pas de nature à induire gravement en erreur.

*b)* Si l'autorité de certification a émis le certificat conformément à la législation d'une autre juridiction, elle fournit également toutes les garanties et fait toutes les déclarations par ailleurs requises par la loi régissant l'émission du certificat.

*Article 15-320. Annulation d'un certificat*

*a)* 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, qui sont énoncées dans la déclaration applicable relative à ses pratiques de certification, ou, en l'absence de telles politiques et procédures, dès que possible après:

1) avoir reçu une demande d'annulation du titulaire nommé dans le certificat et avoir eu confirmation que la personne demandant l'annulation était bien le titulaire ou un agent du titulaire habilité à demander l'annulation;

2) avoir reçu une copie certifiée de l'acte de décès du titulaire, ou avoir eu confirmation par d'autres éléments de preuve fiables que le titulaire est décédé;

3) s'être fait présenter des documents donnant effet à la dissolution de la société titulaire ou avoir eu confirmation par d'autres éléments de preuve que le titulaire avait été dissous ou avait cessé d'exister;

4) avoir reçu notification d'une décision exigeant l'annulation, prononcée par un tribunal ou une juridiction compétente; ou

5) avoir eu confirmation que:

*a)* un fait pertinent mentionné dans le certificat était faux,

*b)* il n'avait pas été satisfait à une condition essentielle préalable à l'émission du certificat,

*c)* la clef privée ou le fonctionnement du système de l'autorité de certification avaient été compromis d'une manière portant gravement atteinte à la fiabilité du certificat; ou

*d)* la clef privée du titulaire avait été compromise.

*b)* Lorsqu'elle procède à cette annulation, l'autorité de certification doit en aviser le titulaire et les parties se fiant au certificat conformément aux politiques et procédures régissant les avis d'annulation, qui sont spécifiées dans la déclaration applicable relative à ses pratiques de certification, ou, en l'absence de telles politiques et procédures, elle doit en aviser promptement le titulaire, publier promptement un avis d'annulation dans tous les registres où elle a antérieurement fait publier le certificat et, par ailleurs, informer de l'annulation une partie se fiant au certificat qui lui adresse une demande de renseignements.

## Singapour

### *Partie VIII. Obligations des autorités de certification*

*Système fiable*

27. Une autorité de certification doit utiliser des systèmes fiables dans la prestation de ses services.

*Divulgation*

28. 1) Une autorité de certification divulgue:

*a)* son certificat qui contient la clef publique correspondant à la clef privée qu'elle utilise pour signer numériquement un autre certificat (dénommé dans le présent article certificat de l'autorité de certification);

*b)* toute déclaration pertinente relative à ses pratiques de certification;

*c)* l'avis d'annulation ou de suspension de son certificat d'autorité de certification; et

*d)* tout autre fait portant gravement atteinte soit à la fiabilité d'un certificat qu'elle a émis, soit à son aptitude à fournir ses services.

2) En cas d'événement portant gravement atteinte à la fiabilité du système ou au certificat de l'autorité de certification, cette dernière:

*a)* fait des efforts raisonnables pour aviser toute personne dont on sait qu'elle est ou qu'elle sera de manière prévisible touchée par cet événement; ou

*b)* agit conformément aux procédures régissant un tel événement qui sont spécifiées dans la déclaration relative à ses pratiques de certification.

*Émission d'un certificat*

29. 1) Une autorité de certification peut émettre un certificat à un candidat-titulaire uniquement après:

*a)* avoir reçu une demande d'émission du candidat-titulaire; et

*b)* s'être conformée:

i) si elle a une déclaration relative à ses pratiques de certification, à toutes les pratiques et procédures qui y sont énoncées, y compris les procédures concernant l'identification du candidat-titulaire; ou

ii) en l'absence d'une déclaration relative à ses pratiques de certification, aux conditions énoncées au paragraphe 2.

2) En l'absence d'une déclaration relative à ses pratiques de certification, l'autorité de certification s'assure elle-même ou par l'intermédiaire d'un agent autorisé que:

*a)* le candidat-titulaire est la personne qui doit être mentionnée dans le certificat à émettre;

*b)* si le candidat-titulaire a recours à un ou plusieurs agents, il a autorisé cet agent à avoir la garde de sa clef privée et à demander l'émission d'un certificat mentionnant la clef publique correspondante;

*c)* l'information figurant dans le certificat à émettre est exacte;

*d)* le candidat-titulaire détient légitimement la clef privée correspondant à la clef publique à mentionner dans le certificat;

*e)* le candidat-titulaire détient une clef privée capable de créer une signature numérique; et

*f)* la clef publique à mentionner dans le certificat peut être utilisée pour vérifier une signature numérique apposée par la clef privée détenue par le candidat-titulaire.

*Déclarations lors de l'émission d'un certificat*

30. 1) Lorsqu'elle émet un certificat, une autorité de certification informe toute personne se fiant raisonnablement audit certificat ou à une signature numérique vérifiable au moyen de la clef publique mentionnée dans le certificat qu'elle a émis le certificat conformément à toute déclaration applicable relative à ses pratiques de certification, incorporée par référence dans le certificat ou dont la personne se fiant au certificat a été avisée.

2) En l'absence d'une telle déclaration, l'autorité de certification déclare s'être assurée:

*a)* qu'elle s'est conformée à toutes les dispositions applicables de la présente loi pour l'émission du certificat et, si elle a publié le certificat ou l'a mis d'une autre manière à la disposition de la personne se fiant au certificat, que le titulaire mentionné dans le certificat l'a accepté;

*b)* que le titulaire identifié dans le certificat détient la clef privée correspondant à la clef publique mentionnée dans le certificat;

*c)* que la clef publique et la clef privée du titulaire constituent une paire de clefs opérationnelle;

*d)* que toutes les informations consignées dans le certificat sont exactes, à moins que l'autorité de certification n'ait inclus ou incorporé par référence dans le certificat une déclaration indiquant que l'exactitude de certaines informations spécifiées n'est pas confirmée; et

*e)* qu'elle n'a connaissance d'aucun fait essentiel qui, s'il avait été inclus dans le certificat, porterait atteinte à la fiabilité des déclarations visées aux alinéas *a* à *d*.

3) Quand il existe une déclaration applicable relative aux pratiques de certification, qui a été incorporée par référence dans le certificat ou dont la personne se fiant au certificat a été avisée, le paragraphe 2 s'applique dans la mesure où les déclarations ne sont pas incompatibles avec la déclaration relative aux pratiques de certification.

*Suspension d'un certificat*

31. Sauf convention contraire entre l'autorité de certification et le titulaire, l'autorité de certification qui a émis un certificat suspend ce dernier dès que possible après en avoir reçu la demande d'une personne dont elle peut raisonnablement penser qu'elle est:

*a)* le titulaire mentionné dans le certificat;

*b)* une personne dûment autorisée à agir au nom du titulaire; ou

*c)* une personne agissant au nom du titulaire qui n'est pas disponible.

*Annulation d'un certificat*

32. Une autorité de certification annule un certificat qu'elle a émis:

*a)* après avoir reçu une demande d'annulation du titulaire nommé dans le certificat et avoir eu confirmation que la personne demandant l'annulation est bien le titulaire ou un agent de ce dernier habilité à demander l'annulation;

*b)* après avoir reçu une copie certifiée conforme de l'acte de décès du titulaire, ou avoir eu la confirmation par d'autres éléments de preuve que le titulaire était décédé; ou

*c)* sur présentation de documents donnant effet à une dissolution du titulaire, ou après confirmation par d'autres éléments de preuve que le titulaire a été dissous ou a cessé d'exister.

*Annulation sans le consentement du titulaire*

33. 1) Une autorité de certification annule un certificat, avec ou sans le consentement du titulaire mentionné dans ledit certificat, si elle a confirmation:

*a)* qu'un fait pertinent mentionné dans le certificat est faux;

*b)* qu'il n'a pas été satisfait à une exigence concernant l'émission du certificat;

*c)* que sa clef privée ou son système fiable ont été compromis d'une manière qui porte gravement atteinte à la fiabilité du certificat;

*d)* que le titulaire est décédé; ou

*e)* que le titulaire a été dissous, mis en liquidation ou a cessé d'exister pour d'autres raisons.

2) Lorsqu'elle procède à une telle annulation, pour des motifs autres que ceux exposés aux alinéas *d* ou *e* du paragraphe 1, elle en avise immédiatement le titulaire mentionné dans le certificat annulé.

*Avis de suspension*

34. 1) En cas de suspension d'un certificat par une autorité de certification, celle-ci publie immédiatement un avis de suspension signé dans le registre à cet effet mentionné dans le certificat.

2) Lorsqu'un ou plusieurs registres sont indiqués, l'autorité de certification publie des avis signés de la suspension dans chacun d'entre eux.

*Avis d'annulation*

35. 1) En cas d'annulation d'un certificat par une autorité de certification, celle-ci publie immédiatement un avis signé d'annulation dans le registre à cet effet mentionné dans le certificat.

2) Lorsqu'un ou plusieurs registres sont indiqués, l'autorité de certification publie des avis signés de l'annulation dans chacun d'entre eux.

*Article 12, paragraphes 2 et 3 — responsabilité*

**Principes directeurs de l'American Bar Association**

*3.14. Responsabilité de l'autorité de certification se conformant aux présents principes directeurs*

Toute autorité de certification qui se conforme aux présents principes directeurs et à toute loi ou contrat applicable n'est pas responsable du préjudice:

1) subi par le titulaire d'un certificat qu'elle a émis, ou par toute autre personne; ou

2) causé par la confiance accordée à un certificat qu'elle a émis, à une signature numérique vérifiable par référence à une clef publique mentionnée dans un certificat, ou à des informations figurant dans ledit certificat ou un registre.

**Projet de directive de la Communauté européenne**

***Article 6. Responsabilité***

1. Les États Membres veillent au moins à ce qu'un prestataire de service de certification qui délivre au public un certificat agréé ou lui garantit un certificat soit responsable du préjudice subi par toute personne qui, de bonne foi, accorde crédit au certificat concernant:

*a)* l'exactitude des informations contenues dans le certificat agréé à compter de la date où il a été délivré;

*b)* [...]

*c)* l'assurance que, au moment de la délivrance du certificat, la personne identifiée dans le certificat agréé détenait les données relatives à la création de signature correspondant aux données relatives à la vérification de signature mentionnées ou identifiées dans le certificat;

*d)* l'assurance que les données relatives à la création de signature et les données relatives à la vérification de signature fonctionnent ensemble de façon complémentaire, au cas où le prestataire de services de certification génère les deux dispositifs;

sauf si le prestataire de services de certification prouve qu'il n'a commis aucune négligence.

1a. Les États membres veillent au moins à ce qu'un prestataire de services de certification qui a délivré au public un certificat en tant que certificat agréé soit responsable de tout préjudice subi par une personne qui, de bonne foi, accorde crédit au certificat concernant l'omission d'enregistrer la révocation du certificat, sauf si le prestataire de services de certification prouve qu'il n'a commis aucune négligence.

3. Les États membres veillent à ce qu'un prestataire de services de certification puisse indiquer, dans un certificat agréé particulier, les limites fixées à son utilisation; ces limites doivent être reconnaissables par des tiers. Le prestataire de services de certification ne doit pas être tenu responsable du préjudice résultant de l'usage contre-indiqué d'un certificat agréé qui comporte des limites à son utilisation.

4. Les États membres veillent à ce qu'un prestataire de services de certification puisse indiquer, dans un certificat agréé, la valeur limite des transactions pour lesquelles le certificat peut être utilisé.

**Missouri**

*Article 17.1*

En précisant une limite de confiance recommandée dans un certificat, l'autorité de certification qui l'émet et le titulaire qui l'accepte recommandent que les personnes ne se fient au certificat que dans la mesure où le montant total en jeu ne dépasse pas la limite de confiance recommandée.

*Article 17.2*

Sauf dérogation à la présente disposition, une autorité de certification agréée:

1) N'est responsable d'aucun préjudice subi du fait de la confiance accordée à la signature numérique fausse ou falsifiée d'un titulaire, si, s'agissant de la signature numérique fausse ou falsifiée, elle s'est conformée à toutes les exigences pertinentes des articles 1 à 27 de la présente loi;

2) N'est pas responsable au-delà du montant indiqué dans le certificat comme étant la limite de confiance recommandée:

*a)* d'un préjudice subi du fait de la confiance accordée à la présentation erronée, dans le certificat, de tout fait que l'autorité de certification agréée est tenue de confirmer; ou

*b)* du non-respect des dispositions de l'article 10 de la présente loi dans l'émission du certificat;

3) Est tenue uniquement, en cas d'action en dommages-intérêts pour préjudice imputable à la confiance accordée au certificat, de verser des dommages-intérêts compensatoires directs ne comprenant pas:

*a)* des dommages-intérêts à titre de sanction ou des dommages-intérêts exemplaires;

*b)* des dommages pour manque à gagner, économies non réalisées ou occasions perdues; ou

*c)* un *pretium doloris*.

**Singapour**

*Limites de la responsabilité des autorités de certification agréées*

45. Sauf dérogation au présent article, une autorité de certification agréée:

*a)* n'est responsable d'aucun préjudice subi du fait de la confiance accordée à la signature numérique fausse ou falsifiée d'un titulaire, si, s'agissant de la signature numérique fausse ou falsifiée, l'autorité de certification agréée s'est conformée aux dispositions de la présente loi;

*b)* n'est pas responsable au-delà du montant indiqué dans le certificat comme étant la limite de confiance recommandée:

i) d'un préjudice subi du fait de la confiance accordée à la présentation erronée, dans le certificat, de tout fait que l'autorité de certification agréée est tenue de confirmer; ou

ii) du non-respect des dispositions des articles 29 et 30 dans l'émission du certificat.

*Article 13. Reconnaissance des signatures et certificats étrangers*

*1. Pour déterminer si, ou dans quelle mesure, un certificat [une signature] produit légalement ses effets, il n'est pas tenu compte du lieu où le certificat [la signature] a été émis [émise], ni de l'État dans lequel l'émetteur a son établissement.*

*Variante A*

2. Les certificats émis par un certificateur d'informations étranger sont reconnus comme équivalant juridiquement aux certificats émis par les certificateurs d'information soumis à... [la loi de l'État adoptant] si les pratiques du certificateur d'informations étranger offrent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui qui est requis des certificateurs d'informations en vertu 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 entre les États concernés.]

3. Les signatures conformes aux lois d'un autre État relatives aux signatures numériques ou autres signatures électroniques sont reconnues comme équivalant juridiquement aux signatures conformes à... [la loi de l'État adoptant] si les lois de l'autre État exigent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui qui est exigé pour les signatures en vertu 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.]

4. Nonobstant le paragraphe précédent, les parties à des transactions commerciales et autres peuvent spécifier qu'il est nécessaire de recourir à un certificateur d'informations, une catégorie de certificateurs d'informations ou une catégorie de certificats particuliers pour les messages ou signatures qui leur sont soumis.

*Variante B*

2. Les certificats émis par un certificateur d'informations étranger sont reconnus comme équivalant juridiquement aux certificats émis par les certificateurs d'informations soumis à... [la loi de l'État adoptant] si les pratiques du certificateur d'informations étranger offrent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui qui est requis des certificateurs d'informations en vertu de... [la loi de l'État adoptant].

[3. L'équivalence visée au paragraphe 2 peut être déterminée par une décision publiée de l'État ou par un accord bilatéral ou multilatéral avec d'autres États.]

4. 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 certificats et la conservation des enregistrements;

*d)* possibilités d'accès à l'information pour les [signataires] [sujets] identifiés 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 au comportement de l'autorité de certification et la loi de l'État adoptant.

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/454, par. 173;
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*

69. Le projet d'article 13 porte sur les questions ayant trait à ce que le Groupe de travail avait appelé la "reconnaissance transfrontière" à sa trente et unième session (A/CN.9/437, par. 77 et 78). Le paragraphe 1 s'inspire d'une proposition faite à la trente-quatrième session du Groupe

de travail (A/CN.9/457, par. 120), selon laquelle ce dernier voudrait peut-être envisager de prévoir un article établissant que les certificats ne doivent pas faire l'objet d'une discrimination en fonction du lieu où ils sont émis.

70. La variante A a été rédigée à partir d'une combinaison de plusieurs paragraphes proposés par le Groupe de travail à sa trente-deuxième session (A/CN.9/446, par. 197 à 204). Elle expose ainsi les critères pouvant être appliqués dans l'État adoptant en vue de reconnaître les certificats émis par des certificateurs d'informations étrangers et les signatures conformes aux lois d'un autre État. Pour le paragraphe 4, il a été tenu compte de l'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail, selon lequel il faudrait reconnaître aux parties à des transactions commerciales et autres le droit de choisir le certificateur d'informations, la catégorie de certificateur d'informations ou la catégorie de certificats auxquels elles souhaitent recourir pour les messages ou les signatures qu'elles reçoivent. L'expression "parties à des transactions commerciales et autres" engloberait les organismes publics agissant en qualité d'entité commerciale.

71. La variante B donne une liste indicative de critères à prendre en compte pour déterminer la fiabilité des certificats étrangers.

RÉFÉRENCES À DES LOIS NATIONALES ET À D'AUTRES TEXTES

**Projet de directive de la Communauté européenne**

***Article 7. Aspects internationaux***

1. Les États Membres veillent à ce que les certificats délivrés au public comme certificats agréés par un prestataire de services de certification établi dans un pays tiers soient juridiquement reconnus comme équivalents aux certificats délivrés par un prestataire de services de certification établi dans la Communauté européenne:

*a)* si le prestataire de services de certification remplit les conditions énumérées dans la présente directive et a été accrédité dans le cadre d'un régime volontaire d'accréditation établi dans un État membre de la Communauté européenne; ou

*b)* si un prestataire de services de certification établi dans la Communauté, qui satisfait aux exigences visées dans la présente directive, garantit le certificat; ou

*c)* si le certificat ou le prestataire de services de certification est reconnu dans le cadre d'un accord bilatéral ou multilatéral entre la Communauté et des pays tiers ou des organisations internationales.

2. Afin de promouvoir les services de certification internationaux impliquant des pays tiers et la reconnaissance juridique des signatures électroniques avancées émanant de pays tiers, la Commission fera, le cas échéant, des propositions visant à l'instauration effective de normes et d'accords internationaux applicables aux services de certification. En particulier, et si besoin est, elle soumettra des propositions au Conseil concernant des mandats de négociation d'accords bilatéraux et multilatéraux avec des pays tiers et des organisations internationales. Le Conseil statue à la majorité qualifiée.

**Allemagne**

***§15 Certificats étrangers***

1) Les signatures numériques qui peuvent être vérifiées à l'aide d'une clef publique pour laquelle il existe un certificat étranger provenant d'un autre État Membre de l'Union européenne ou d'un autre État Partie à l'Accord portant création de l'Espace économique européen sont équivalentes aux signatures numériques conformes à la présente loi, à condition d'offrir un niveau de sûreté équivalent.

2) Le paragraphe 1 s'applique également à d'autres États, à condition que des accords supranationaux ou internationaux relatifs à la reconnaissance des certificats aient été conclus.

**Illinois**

***Article 25. Utilisation de signatures et enregistrements électroniques par les organismes publics***

*Chapitre 25-115. Interopérabilité*

Dans la mesure où cela est raisonnable, compte tenu des circonstances, les règles adoptées par le Département des services centraux de gestion ou par un organisme public concernant l'utilisation d'enregistrements ou de signatures électroniques doivent être formulées de manière à encourager et à favoriser la cohérence et l'interopérabilité avec les règles analogues adoptées par des organismes publics d'autres États et par le Gouvernement fédéral.

**Singapour**

***Partie X. Réglementation relative aux autorités de certification***

*Reconnaissance des autorités de certification étrangères*

43. Le Ministre peut, par règlement, disposer que le contrôleur peut reconnaître des autorités de certification établies hors de Singapour lorsqu'elles satisfont aux exigences réglementaires relatives à l'un des points suivants:

*a)* La limite de confiance recommandée, le cas échéant, figurant sur un certificat émis par l'autorité de certification;

*b)* La présomption énoncée à l'article 20 *b* ii [signature numérique pouvant être considérée comme une signature électronique sécurisée dans certaines circonstances] et à l'article 21 [présomption d'exactitude du certificat s'il est accepté par le titulaire].

# C. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-sixième session (New York, 14-25 février 2000) (A/CN.9/467) [Original: anglais]

## TABLE DES MATIÈRES


| | | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|---|
| INTRODUCTION | | 1-17 | 457 |
| I. | DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS | 18-20 | 459 |
| II. | PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES | 21-144 | 460 |
| | A. Observations générales | 21 | 460 |
| | B. Examen des projets d'articles | 22-144 | 460 |
| | Article premier. Champ d'application | 22-24 | 460 |
| | Article 3. [Neutralité technique] [Égalité de traitement des signatures] | 25-32 | 460 |
| | Article 4. Interprétation | 33-35 | 461 |
| | Article 5. [Dérogation conventionnelle] [Autonomie des parties] [Liberté contractuelle] | 36-43 | 461 |
| | Article 6. [Respect des exigences concernant la signature] [Présomption de signature] | 44-87 | 462 |
| | Article 7. Présomption d'original | 88-89 | 468 |
| | Article 8. Satisfaction des dispositions des articles 6 et 7 | 90-95 | 468 |
| | Article 9. Responsabilités du détenteur du dispositif de signature | 96-105 | 469 |
| | Article 10. Responsabilité d'un prestataire de services de certification | 106-130 | 470 |
| | Article 11. Foi accordée aux signatures électroniques | 131-144 | 474 |
| | Article 12. Foi accordée aux certificats | 131-144 | 474 |
| | *Annexe* | | |
| | Projets d'articles 1 et 3 à 11 des Règles uniformes de la CNUDCI sur les signatures électroniques | | 477 |


## 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 et à la possibilité de définir des Règles uniformes concernant ces questions. Il a été convenu que les Règles uniformes à élaborer 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).

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

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. Au sujet du champ d'application et de la forme exacte 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. À propos 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 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 exprimé sa satisfaction au sujet des efforts accomplis par le Groupe de travail pour rédiger le projet de Règles uniformes sur les signatures électroniques. Elle a noté qu'à ses trente et unième et trente-deuxième sessions il avait eu des difficultés manifestes 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 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 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 trentième session sur la faisabilité de la rédaction de telles Règles uniformes et s'est déclarée certaine que le Groupe de travail pourrait progresser 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 comme un forum international particulièrement important pour les échanges de vues sur les problèmes juridiques liés au commerce électronique et à la recherche de solutions correspondantes[3].

8. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième (juillet 1998) et trente-quatrième (février 1999) sessions (A/CN.9/454 et 457). Elle a dit sa satisfaction quant aux 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 compréhension des aspects juridiques des signatures électroniques, mais on a également senti 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.

9. Selon une opinion, l'approche qu'avait adoptée jusqu'ici le Groupe de travail ne tenait pas suffisamment compte de la nécessité, pour le monde des affaires, de souplesse dans l'utilisation des signatures électroniques et autres techniques d'authentification. Telles qu'actuellement envisagées, les Règles uniformes mettaient trop l'accent sur les signatures numériques et sur une application particulière de ces dernières 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. La réglementation de certaines utilisations des signatures électroniques était peut-être nécessaire en dehors du droit commercial, mais le Groupe de travail ne devrait pas s'engager dans une activité de ce type.

10. Selon l'avis qui a largement prévalu, le Groupe de travail devrait poursuivre sa tâche sur la base de son mandat original (voir par. 3 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 d'élaborer 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 auto-

[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.

rités de certification et les parties se fiant à la clef) correspondait à un modèle possible de cryptographie à clef publique, mais que d'autres étaient aussi concevables (sans intervention d'une autorité de certification indépendante, par exemple). 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 titulaire), 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 de la même façon, 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, on a 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 techniquement (ibid., par. 68).

11. À l'issue du débat, la Commission a réaffirmé ses décisions précédentes quant à la faisabilité de la rédaction de Règles uniformes (voir par. 3 et 7 ci-dessus) et s'est déclarée certaine que le Groupe de travail pourrait progresser encore à ses prochaines sessions[4].

12. Le Groupe de travail sur le commerce électronique, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-sixième session à New York du 14 au 25 février 2000. Les représentants des États ci-après membres du Groupe de travail, ont assisté à la session: Algérie, Allemagne, Australie, Autriche, Bulgarie, Brésil, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Honduras, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Lituanie, Mexique, Nigéria, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour et Thaïlande.

13. Les observateurs des États ci-après ont assisté à la session: Angola, Arabie saoudite, Argentine, Belgique, Bolivie, Canada, Cuba, Gabon, Indonésie, Iraq, Israël, Kirghizistan, Koweït, Maroc, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République de Corée, République tchèque, Sierra Leone, Suède, Suisse, Trinité-et-Tobago, Tunisie et Turquie.

14. Les observateurs des organisations internationales suivantes ont assisté à la session: Commission économique pour l'Europe, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), Programme des Nations Unies pour le développement/Bureau des services d'achats interorganisations, Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI), Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), Banque africaine de développement, Secrétariat du Commonwealth, Commission européenne, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation des États américains (OEA), Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Commercial Finance Association, Electronic Frontier Foundation Europe, Grupo Latino Americano de Abogados para el Derecho del Comercio Internacional (GRULACI), Inter-American Bar Association, Association internationale du barreau (AIB), Chambre de commerce internationale (CCI), Internet Law and Policy Forum (ILPF), Société de télécommunications interbancaires mondiales (SWIFT), World Association of Former United Nations Interns and Fellows (WAFUNIF), Union internationale des avocats et Union internationale du notariat latin (UINL).

15. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau suivants:

*Président:* M. Jacques GAUTHIER (Canada, élu à titre personnel)

*Rapporteur:* M. Aly Sayed KASSEM (Égypte)

16. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.83); note du secrétariat contenant le projet révisé de Règles uniformes sur les signatures électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.84).

17. 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. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

18. Le Groupe de travail a examiné la question des signatures électroniques à partir de la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.84). Les délibérations et les conclusions du Groupe de travail sur ces questions sont résumées à la section II ci-dessous.

19. Après avoir débattu des projets d'articles 1 et 3 à 12, le Groupe de travail a adopté ces projets quant au fond et les a renvoyés au Groupe de rédaction pour assurer la cohérence entre les dispositions des Règles uniformes. Il a ensuite examiné le rapport du groupe de rédaction, qui figure à l'annexe du présent rapport.

20. Le secrétariat a été prié d'établir un projet de guide pour l'incorporation des dispositions adoptées. Sous réserve de l'approbation de la Commission, le Groupe de travail a recommandé que les projets d'articles 2 et 13 des Règles uniformes, ainsi que le guide pour leur incorporation, soient revus par lui à une session ultérieure.

[4]Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 308 à 314.

## II. PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

### *A. Observations générales*

21. D'entrée de jeu, le Groupe de travail a échangé des vues sur les faits nouveaux en matière de réglementation découlant du commerce électronique, notamment l'adoption de la Loi type, les signatures électroniques et l'infrastructure à clef publique dans le contexte des signatures numériques. Ces rapports, établis au niveau gouvernemental, ont confirmé qu'il était jugé indispensable de résoudre les problèmes juridiques soulevés par le commerce électronique pour développer ce type de commerce et éliminer les obstacles aux échanges. Il a été signalé qu'un certain nombre de pays venaient ou étaient sur le point d'adopter des textes de loi tendant soit à incorporer la Loi type, soit à traiter d'autres questions se rapportant à la facilitation du commerce électronique. Plusieurs de ces projets de loi avaient également trait aux questions relatives aux signatures électroniques (ou, dans certains cas, aux signatures spécifiquement numériques).

### *B. Examen des projets d'articles*

#### Article premier. *Champ d'application*

22. Le texte de l'article premier tel qu'il a été examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"Les présentes Règles s'appliquent lorsque des signatures électroniques sont utilisées dans le contexte* d'activités commerciales**. Elles ne se substituent à aucune règle de droit visant à protéger les consommateurs.

*La Commission propose le texte suivant aux États qui souhaiteraient étendre l'applicabilité des présentes Règles:

Les présentes Règles s'appliquent lorsque des signatures électroniques sont utilisées, sauf dans les situations suivantes: [...].

**Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, comme désignant toute relation d'ordre commercial, qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle. Les relations d'ordre commercial comprennent, sans s'y limiter, les transactions suivantes: fourniture ou échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licence; investissement; financement; opération bancaire; assurance; accord d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de voyageurs par voie aérienne ou maritime, par chemin de fer ou par route."

23. Le Groupe de travail s'est généralement accordé à penser que le projet d'article premier, dans son libellé actuel, était acceptable. Il a été adopté pour l'essentiel, sous réserve d'un réexamen éventuel une fois qu'un groupe de rédaction l'aurait examiné pour harmoniser les dispositions des Règles uniformes.

24. Après avoir débattu du projet d'article premier, le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen des définitions faisant l'objet de l'article 2, pour y revenir lorsqu'il aurait achevé d'examiner les dispositions de fond des Règles uniformes.

#### Article 3. *[Neutralité technique] [Égalité de traitement des signatures]*

25. Le texte de l'article 3 tel que le Groupe de travail l'a examiné était le suivant:

"Aucune disposition des présentes Règles n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effet juridique toute méthode [de signature électronique] [satisfaisant aux exigences *mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 des présentes Règles*] *[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] [ou satisfaisant autrement aux exigences de la loi applicable]*."

26. On s'est tout d'abord déclaré préoccupé par la question de savoir si un article comme l'article 3 était vraiment nécessaire. On a fait observer que le projet d'article visait initialement à faire en sorte que les techniques de signature dont on pouvait démontrer qu'elles satisfaisaient aux exigences du paragraphe 1 du projet d'article 6 ne devaient pas faire l'objet de discrimination, même si l'on ne pouvait pas considérer qu'elles entraient dans le cadre de la définition des signatures électroniques renforcées. Selon une opinion, si la distinction établie entre signatures électroniques et signatures électroniques renforcées n'était pas maintenue dans les Règles uniformes, le projet d'article 3 pourrait ne pas être nécessaire.

27. S'agissant du titre du projet d'article 3, selon une opinion, l'expression "neutralité technique" était préférable, car elle énonçait clairement un principe sur lequel il était convenu de fonder les Règles uniformes. À l'appui de cette opinion, on a été d'avis que l'expression "égalité de traitement des signatures" pourrait entraîner une certaine confusion avec le principe de non-discrimination énoncé au projet d'article 13. Selon une autre opinion, aucun des deux titres ne rendait convenablement compte du contenu du projet d'article 3, selon lequel il importait d'accorder à toutes les techniques la même possibilité de satisfaire aux exigences du projet d'article 6. Après en avoir débattu, le Groupe de travail a décidé de combiner les deux possibilités.

28. S'agissant du premier texte du projet d'article 3 se trouvant entre crochets, "[de signature électronique]", on a estimé que les Règles uniformes devraient mentionner systématiquement soit "une méthode", soit "une signature électronique", mais non les deux, car cela ne cadrerait pas avec la Loi type. Selon une autre opinion, il faudrait mentionner "une signature électronique", car c'était le sujet des Règles uniformes. À titre de compromis, il a été proposé que le projet d'article 3 porte sur "toute méthode de création d'une signature électronique". Cette proposition a été généralement appuyée.

29. S'agissant du deuxième groupe de mots entre crochets, on s'est généralement accordé à reconnaître que la formulation "satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 des présentes Règles" était préférable à celle qui reproduit dans son intégralité l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type, car ces mots figuraient déjà dans le projet d'article 6 et n'avaient pas besoin d'être répétés au projet d'article 3.

30. Certains participants ont soulevé avec préoccupation la question de la signification des derniers mots entre crochets, "[ou satisfaisant autrement aux exigences de la loi applicable]". Selon une opinion, ces mots devraient être conservés, car ils conféraient une certaine souplesse au projet d'article et constataient la possibilité d'une norme qui soit inférieure à celle énoncée à l'article 7 de la Loi type (et du projet d'article 6 des Règles uniformes). On a fait valoir, à l'opposé, que, si les parties s'entendaient pour retenir une norme supérieure à celle approuvée par la loi applicable (en admettant que la loi applicable corresponde aux dispositions de l'article 7 de la Loi type), elle ne serait pas visée par le projet d'article 3 actuel. Selon une autre opinion, la portée de ces mots était trop étroite et ne tenait pas suffisamment compte de l'importance des pratiques et usages commerciaux pouvant avoir leur intérêt lorsque, par exemple, une démarche d'autoréglementation était adoptée en ce qui concerne les signatures électroniques. Selon une opinion opposée, ces pratiques et usages commerciaux, pour autant qu'ils avaient une importance, seraient inclus ou se retrouveraient dans la loi applicable et, si tel n'était pas le cas, ils n'avaient aucune utilité dans le contexte du projet d'article 3. Selon une autre opinion, la mention de la loi applicable pourrait être supprimée dans la mesure où tout État qui adopterait les Règles uniformes devrait toujours se pencher sur le lien à établir entre ces règles et la loi en vigueur, qui serait naturellement la loi applicable visée dans le projet d'article.

31. On s'est également préoccupé, s'agissant du projet d'article 3, du lien entre cet article et le projet d'article 5 et la notion d'autonomie des parties. Selon une opinion, les premiers mots de l'article, "Aucune des dispositions des présentes Règles", pourraient être interprétés comme excluant le cas où les parties pourraient s'entendre sur quelque chose de différent des exigences du paragraphe 1 de l'article 6, qu'il s'agisse de quelque chose de supérieur ou d'inférieur à cette norme. Selon une vue opposée, ce n'était pas une façon correcte d'interpréter les deux projets d'articles; l'application du projet d'article 3 dépendrait manifestement du projet d'article 5, sauf dispositions contraires du projet d'article 3. On a fait observer que la question de l'accord des parties était, en tout état de cause, incluse au paragraphe 1 de l'article 6, qui mentionne expressément la nécessité d'envisager toutes les circonstances, "y compris tout accord en la matière", et pourrait être incluse dans la référence à la loi applicable. On a par ailleurs estimé qu'il s'agissait d'une question de forme, non de fond, et qu'elle pourrait être réglée en inversant l'ordre des projets d'articles 3 et 5, en insérant la formulation appropriée soit dans le projet d'article 3, soit dans le projet d'article 5, ou en veillant à ce que le lien entre les deux articles soit clairement explicité dans un guide pour l'incorporation dans le droit interne.

32. Après en avoir débattu, le Groupe de travail a adopté le texte de projet d'article ci-après, sous réserve d'un réexamen éventuel une fois qu'un groupe de rédaction l'aurait examiné pour harmoniser les dispositions des Règles uniformes:

> "Aucune des présentes Règles, à l'exception de l'article 5, n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effet juridique toute méthode de création d'une signature électronique satisfaisant à l'exigence mentionnée au paragraphe 1 de l'article 6 des présentes Règles ou satisfaisant autrement aux exigences de la loi applicable."

### Article 4. *Interprétation*

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

> "1. Pour l'interprétation des présentes Règles uniformes, il est tenu compte de leur origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de leur application et le respect de la bonne foi.
>
> 2. Les questions concernant les matières régies par les présentes Règles uniformes qui ne sont pas expressément réglées par elles sont tranchées selon les principes généraux dont elles s'inspirent."

34. La teneur du projet d'article 4 a été jugée acceptable dans l'ensemble. L'article a été adopté sous réserve de l'examen du texte par un groupe de rédaction, cela afin de veiller à la cohérence des différentes dispositions des Règles uniformes et à celle des versions du texte établies dans les différentes langues.

35. Lors de l'examen du projet d'article 4, on a fait observer qu'il faudrait qu'on trouve dans les Règles uniformes des indications sur les principes sur lesquels elles se fondent. Par exemple, on s'accordait en général à penser que le principe de la neutralité technique qui faisait l'objet du projet d'article 3 devrait faire partie des principes auxquels se référait le projet d'article 4. Il a été suggéré qu'un préambule aux Règles uniformes, qui serait à examiner plus tard en vue de son incorporation éventuelle, serait un bon endroit pour énoncer les principes en question.

### Article 5. *[Dérogation conventionnelle] [Autonomie des parties] [Liberté contractuelle]*

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

> "Il est possible de déroger aux présentes Règles ou [de les modifier] [d'en modifier l'effet] par convention, à moins que lesdites Règles ou la loi de l'État adoptant n'en disposent autrement."

37. Le Groupe de travail a examiné la question du titre du projet d'article 5. Dans l'ensemble, les membres du Groupe de travail se sont accordés à penser qu'il conviendrait, pour des raisons de cohérence avec l'article 4 de la Loi type, d'adopter le titre "Dérogation conventionnelle". "Autonomie des parties" et "Liberté contractuelle" étaient généralement considérés comme des paraphrases des principes généraux qui servaient de fondement au projet d'article 5.

38. Quant à la façon d'exprimer le principe de l'autonomie des parties dans le projet d'article 5, diverses suggestions

ont été faites sur le plan rédactionnel. Selon l'une, il aurait été préférable d'utiliser la conjonction "et" plutôt que "ou", afin qu'il soit clair que le projet de disposition visait à la fois les dérogations aux Règles et la modification de leur effet. Selon une autre, il aurait convenu de parler de "dérogation par convention expresse ou implicite". Après discussion, on est généralement tombé d'accord sur le principe que la formulation du projet d'article 5 devrait, dans la mesure du possible, rester alignée sur celle de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (dénommée ci-après la "Convention des Nations Unies sur les ventes"). Les explications voulues sur les dérogations par convention implicite pourraient figurer dans un guide pour l'incorporation des Règles uniformes dans le droit interne.

39. On a suggéré de faire figurer dans les Règles uniformes des formules tirées des articles 9 et 11 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. L'opinion la plus largement partagée a été, cependant, que de telles dispositions, si elles étaient nécessaires dans le texte d'une convention internationale, seraient superflues dans des Règles uniformes.

40. En ce qui concerne la formule "à moins que lesdites Règles n'en disposent autrement", on s'est généralement accordé à penser qu'il pourrait falloir réexaminer la question lorsque le Groupe de travail aurait terminé d'examiner les projets d'articles. En attendant qu'une décision soit prise sur la question de savoir si les Règles uniformes comporteraient une ou plusieurs dispositions obligatoires, les mots "à moins que lesdites Règles n'en disposent autrement" devaient rester entre crochets.

41. Quant à la condition "à moins que la loi de l'État adoptant n'en dispose autrement", on a trouvé qu'il faudrait la formuler autrement pour éviter de donner l'impression que les États adoptants étaient invités à adopter des lois contraignantes qui limiteraient l'effet de l'autonomie des parties en matière de signature électronique. La formule "à moins que la convention ne soit pas applicable autrement selon la législation de l'État adoptant" a été proposée. Une autre suggestion consistait à énoncer le principe de l'autonomie des parties sans y attacher de restriction et d'ajouter un alinéa ainsi conçu: "Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les cas suivants:...".

42. On a fait observer que, dans certains systèmes juridiques, la notion d'une convention qui n'est pas applicable serait effectivement suffisante pour couvrir tous les cas où l'effet d'un contrat peut être limité par la politique menée par les pouvoirs publics, par le droit impératif ou par la liberté d'appréciation des tribunaux. Cependant, cette notion n'avait pas cours dans tous les systèmes juridiques. Il a été généralement convenu que la formule "à moins que cette convention ne soit invalide ou sans effets juridiques aux termes de la loi de l'État adoptant" serait préférable.

43. À l'issue du débat, il a été décidé que, sous réserve de l'examen du texte par un groupe de rédaction, le projet d'article 5 devrait se lire à peu près comme suit: "Il est possible de déroger aux présentes Règles ou d'en modifier les effets par convention, à moins que cette convention ne soit invalide ou sans effets juridiques aux termes de la loi de l'État adoptant [ou à moins que lesdites Règles n'en disposent autrement]."

### Article 6. *[Respect des exigences concernant la signature] [Présomption de signature]*

44. Le texte du projet d'article 6 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"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 méthode*] [*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 toute convention en la matière.

2. Le paragraphe 1 s'applique, que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoit simplement certaines conséquences en l'absence de signature.

*Variante A*

3. [Une méthode] [Une signature électronique] est présumée fiable en ce qu'elle satisfait à l'exigence indiquée au paragraphe 1 lorsqu'elle garantit:

*a)* Que les données utilisées pour la création d'une signature électronique sont particulières au détenteur du dispositif de [création de] signature dans le contexte dans lequel elles sont utilisées;

*b)* Que le détenteur du dispositif de [création de] signature [a] [a eu au moment pertinent] seul le contrôle de ce dispositif;

*c)* Que la signature électronique est liée [aux informations] [au message de données ou à la partie de ce message] [auxquelles] [auquel] elle se rapporte [d'une manière qui garantit l'intégrité de ces informations];

*d)* Que le détenteur du dispositif de [création de] signature est objectivement identifié dans le contexte [dans lequel le dispositif est utilisé] [du message de données].

*Variante B*

3. En l'absence de preuve du contraire, il est présumé que l'utilisation d'une signature électronique atteste:

*a)* La conformité de la signature électronique à la norme de fiabilité énoncée au paragraphe 1;

*b)* L'identité du signataire présumé; et

*c)* L'approbation, par le signataire présumé, des informations auxquelles se rapporte la signature électronique.

4. La présomption établie au paragraphe 3 s'applique uniquement si:

*a)* La personne qui entend se fier à la signature électronique notifie au signataire présumé qu'il se fie à cette signature [en tant qu'équivalent de la signature manuscrite du signataire présumé] [comme attestant les éléments énumérés au paragraphe 3]; et

*b)* Le signataire présumé n'avise pas promptement la personne qui lui a adressé une telle notification conformément à l'alinéa *a* des raisons pour lesquelles la signature électronique n'est pas fiable [comme équivalent de sa signature manuscrite] [comme attestant les éléments énumérés au paragraphe 3].

*Variante C*

3. En l'absence de preuve du contraire, il est présumé que l'utilisation d'une signature électronique atteste:

*a)* La conformité de la signature électronique à la norme de fiabilité énoncée au paragraphe 1;

*b)* L'identité du signataire présumé; et

*c)* L'approbation par le signataire présumé des informations auxquelles se rapporte la signature électronique.

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

*Remarques générales*

45. Le Groupe de travail est convenu généralement que le projet d'article 6 avait pour objet de développer l'article 7 de la Loi type et d'indiquer comment s'assurer du degré de fiabilité approprié visé à l'article 7-1 *b*. Il a été convenu également que les moyens indiqués devaient l'être en cohérence avec le langage utilisé dans la Loi type.

*Paragraphes 1 et 2*

46. Le libellé actuel des paragraphes 1 et 2 du projet d'article 6 bénéficiait d'un large appui, encore que certains auraient préféré que l'on reproduise intégralement, au paragraphe 1, le paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type, comme on le proposait au paragraphe 41 de la note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.84). On a fait valoir que, en citant plus largement la Loi type, on ferait ressortir que le paragraphe 1 visait essentiellement les cas dans lesquels un quelconque type de signature électronique (y compris les signatures créées par des méthodes d'authentification "non renforcées") était utilisé aux fins de signature (c'est-à-dire dans l'intention de créer un équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite). On a noté que, puisque l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type était déjà reproduit en substance dans la définition des termes "signature électronique", donnée au paragraphe 2 *a* des Règles uniformes, il faudrait alors réexaminer cette définition.

47. On a estimé généralement, toutefois, que la reprise dans le projet d'article 6 de l'intégralité de l'article 7, qui allongerait et compliquerait inutilement le texte, n'était pas nécessaire et que l'on pouvait s'en tenir à la définition donnée des termes "signature électronique" dans les Règles uniformes, en conservant la substance du paragraphe 1 *a* de l'article 7.

48. Sur le plan rédactionnel, on préférait généralement utiliser les termes "signature électronique" (présentement entre crochets) plutôt que le terme "méthode". On a souligné que, puisque le sujet dont traitaient les Règles uniformes était les signatures électroniques, il convenait de se référer directement aux signatures électroniques dans le projet d'article 6. La proposition visant à ce que l'on combine les deux expressions de façon à aligner le projet d'article 6 sur le projet d'article 3 en disant "une méthode de création de signatures électroniques" n'a pas été généralement acceptée.

49. On a proposé que le projet d'article 6 soit fondé sur trois éléments essentiels au lieu de s'en écarter: premièrement, la vérification du degré de fiabilité visé au paragraphe 1 *b* de l'article 7 de la Loi type; deuxièmement, l'importance entre les parties intéressées d'une convention telle celle à laquelle se réfèrent actuellement le projet d'article 5 et les derniers mots du paragraphe 1 du projet d'article 6; et, troisièmement, l'éventualité que la loi applicable prescrive l'utilisation d'une forme particulière de signature technique, comme le prévoit présentement le projet d'article 8. On a proposé également que le texte mentionné au paragraphe 42 de la note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.84), selon lequel "les conséquences juridiques de l'utilisation d'une signature s'appliquent également à l'utilisation de signatures électroniques", y soit incorporé. On a suggéré le texte suivant qui rendrait compte de ces trois éléments:

"6.1 Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données si:

*a)* 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 pertinentes; ou

*b)* Les parties à un contrat conviennent de la forme de signature électronique à utiliser et font effectivement usage de cette forme de signature; ou

*c)* La loi applicable prescrit l'utilisation d'une certaine forme de signature électronique et s'il est fait effectivement usage de cette forme de signature.

6.2 Le paragraphe 1 s'applique, que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoit simplement certaines conséquences en l'absence de signature.

6.3 Les conséquences juridiques de l'utilisation d'une signature s'appliquent également à l'utilisation de signatures électroniques satisfaisant à l'exigence visée au paragraphe 1."

50. En ce qui concerne le libellé de cette proposition, on s'est préoccupé de ce que le mot "contrat" employé à l'alinéa *b* du paragraphe 1 apparaissait trop restrictif et ne correspondait pas à la notion plus large que reflétait la

formulation actuelle du projet d'article 5 qui ne restreignait pas la nature de la convention visée et ne mentionnait pas les parties entre lesquelles une telle convention pouvait être passée. On a aussi proposé de mentionner au paragraphe 2, outre l'éventualité de la "prescription" de l'utilisation d'une forme donnée de signature électronique, la possibilité que la loi applicable "autorise" l'utilisation d'une forme particulière de signature. Certains se sont aussi préoccupés de la signification des termes "forme de signature", et il a été précisé qu'on entendait par là une "méthode" de signature.

51. Pour ce qui est de la proposition quant au fond, on a proposé que l'alinéa *b* du paragraphe 1 soit ramené au projet d'article 5, car on risquerait, si on l'incluait dans le projet d'article 6, d'introduire une certaine confusion et d'en tirer une interprétation du principe de l'autonomie des parties plus étroite que ce qu'entendait le Groupe de travail. On s'est également posé la question de savoir si le paragraphe 1 *b* laisserait aux parties la possibilité d'utiliser une méthode de signature plus fiable que celle dont ils auraient préalablement convenu. Pour régler cette question, on a proposé de libeller le paragraphe de la façon suivante: "conviennent d'une méthode de signature au moins aussi fiable que celle préalablement convenue". On a également fait observer que l'alinéa *c* n'avait pas d'utilité, puisqu'il était clair que tout État pouvait agir comme il l'entendait, et que le paragraphe 3 était également superflu dans la mesure où l'on s'y bornait à réaffirmer les effets du paragraphe 1. On a également fait valoir que la mention des conséquences d'une utilisation d'une signature pourrait donner lieu à une interprétation large qui pourrait être gênante au regard de toutes les conséquences de l'utilisation d'une signature manuscrite. On s'est référé, à titre d'exemple, à certaines dispositions concernant la preuve de l'authenticité d'une signature manuscrite, qui seraient difficilement transposables au cas des signatures électroniques.

52. On a fait observer, en revanche, que la proposition, en particulier l'alinéa *c* du paragraphe 1, ne serait pas dépourvue d'utilité dans le cas où la loi applicable dans le règlement d'un conflit pourrait être autre que celle de l'État adoptant. On a dit que, si l'on ne devait pas retenir les trois alinéas du paragraphe 1, on pourrait alors interpréter le projet d'article comme présupposant que tous les pays avaient adopté la Loi type, ce qui ne serait pas forcément le cas. On a donc suggéré de conserver l'alinéa *c* du paragraphe 1 de manière à pouvoir régler les questions conflictuelles. Toutefois, après plus ample discussion, la proposition n'a pas été largement appuyée.

53. Le Groupe de travail est convenu d'adopter les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 6 tels qu'ils étaient présentement libellés, en employant les termes "signature électronique", sous réserve de revenir sur la question après que le groupe de rédaction aurait examiné ces dispositions pour assurer qu'elles soient cohérentes avec les dispositions des Règles uniformes. Le Groupe de travail est alors passé à l'examen de la définition des termes "signature électronique" donnée à l'alinéa *a* du projet d'article 2.

*Définition de "signature électronique" — projet d'article 2* a

54. Le Groupe de travail s'est demandé si, pour la définition des termes "signature électronique" dans les Règles uniformes, il convenait de reprendre les termes de l'article 7 de la Loi type, ou s'il était possible d'adopter une formulation différente.

55. On a proposé, pour l'alinéa *a* du projet d'article 2, ce qui suit: adopter les mots entre crochets "données sous forme électronique…" de préférence à la formule "toute méthode en rapport avec un message de données", substituer dans le reste de la phrase (dans la version anglaise) les mots *"attached to"* aux mots *"affixed to"*; lire comme suit le reste de la définition suivant les mots entre crochets "servant à identifier le signataire et censées indiquer qu'il approuve ou cautionne l'information qui y est contenue". On a également proposé, étant donné que la notion d'"identité" n'est pas restreinte au seul nom de la personne, d'ajouter, pour plus de précision à la définition, la phrase suivante: "Aux fins de la présente définition, l'identification du signataire consiste à le distinguer, nommément ou de toute autre manière, de toute autre personne."

56. Toutefois, on a fait valoir qu'il importait de s'aligner étroitement sur le libellé de la Loi type, car l'adoption du libellé proposé au paragraphe 55 ci-dessus n'apportait rien, sinon une modification inutile de la Loi type et n'aidait pas le Groupe de travail à formuler précisément l'objet essentiel du projet d'article 6, tel qu'on s'efforçait de le définir dans les variantes actuelles du paragraphe 3. On a également fait observer que la question de la signification du terme "identification" avait été soulevée au paragraphe 32 de la note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.84) et qu'il conviendrait peut-être de l'aborder dans un guide pour l'incorporation des Règles uniformes dans le droit interne.

57. Après en avoir débattu, le Groupe de travail a adopté le texte suivant pour la définition, sous réserve de la possibilité d'y revenir pour s'assurer de la cohérence des dispositions des Règles uniformes:

> "Les termes "signature électronique" désignent toute méthode utilisée pour identifier le détenteur de la signature se rapportant à un message de données et indiquer que celui-ci approuve l'information qui y est contenue."

58. Le Groupe de travail est convenu que la question de la signification du terme "identification" devrait être précisée dans un guide dans le sens indiqué dans la dernière phrase du paragraphe 55 ci-dessus et au paragraphe 32 de la note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.84).

*Paragraphe 3*

59. Un soutien général s'est exprimé en faveur de la variante A.

*Texte introductif*

60. On a estimé largement que le paragraphe 3 était une disposition essentielle pour que les Règles uniformes atteignent leur objectif d'établir une plus grande certitude que celle qu'offrait déjà la Loi type quant à l'effet juridique à attendre de l'utilisation de types de signatures électroniques particulièrement fiables. On a rappelé que le paragraphe 1, dans la mesure où il reproduisait le paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type, traite de la définition de ce qui constitue une méthode fiable de signature compte tenu des circonstances. Selon l'article 7 de la Loi type, une telle définition ne peut être donnée que par un tribunal ou un autre juge de première instance intervenant a posteriori, parfois même longtemps après que la signature électronique a été utilisée. Au contraire, l'avantage attendu des Règles uniformes en faveur de certaines techniques, reconnues comme particulièrement fiables, quelles que soient les circonstances dans lesquelles elles sont utilisées, est de créer une certitude (par le biais soit d'une présomption, soit d'une règle de fond), au moment, ou antérieurement au moment, où cette technique de signature électronique est utilisée (a priori), que l'usage d'une telle technique reconnue produira des effets juridiques équivalant à ceux d'une signature manuscrite (A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 43).

61. Des opinions divergentes se sont exprimées quant à la forme à donner à la règle énoncée au paragraphe 3. Selon l'une d'elles, l'établissement d'une présomption était la manière la mieux appropriée d'attirer l'attention sur le résultat attendu du paragraphe 3, c'est-à-dire la création d'une certitude en rapport avec l'utilisation d'une certaine technique de signature par l'exigence que la partie qui souhaite contester le type de signature électronique visée au paragraphe 3 rapporte la preuve du manque de fiabilité de cette signature. Selon une autre opinion, l'établissement d'une présomption risquait de soulever des questions délicates quant à la force de la présomption et aux moyens par lesquels elle pourrait être renversée. On a fait observer que les Règles uniformes n'étaient pas nécessairement l'instrument approprié pour chercher à opérer une harmonisation des règles de procédure. Suivant une troisième opinion, le paragraphe 3 ne devait pas prendre la forme d'une règle de preuve ni de fond, mais devait simplement énumérer une série de facteurs à prendre en considération pour apprécier la fiabilité d'une technique de signature donnée. Ce point de vue a été contesté, au motif que, si le paragraphe 3 se bornait à énumérer une série de facteurs, il n'ajouterait guère à l'article 7 de la Loi type et n'améliorerait guère la certitude résultant de cette disposition, laquelle était déjà assortie d'une liste de facteurs figurant au paragraphe 58 du Guide pour l'incorporation des Règles.

62. Suivant l'avis prédominant, pour établir la certitude quant aux effets juridiques résultant de l'usage de ce qui pourrait éventuellement être appelé une "signature électronique améliorée", selon le projet d'article 2, le paragraphe 3 ne devait pas seulement énumérer certains facteurs à prendre en considération pour apprécier la fiabilité d'une signature électronique. Il fallait, au contraire, qu'il précise expressément les effets juridiques qui résulteraient de la réunion de certaines caractéristiques techniques d'une signature électronique. Quant à la manière dont ces effets juridiques seraient établis, il a été convenu que les États incorporant les Règles devaient, selon leurs règles de procédure civile et commerciale, être libres de créer une présomption ou d'affirmer directement l'existence d'un lien entre l'existence de certaines caractéristiques techniques et l'effet juridique d'une signature. Il a été convenu qu'un libellé du type ci-après devrait être adopté:

> "Une signature électronique est réputée fiable aux fins de la réalisation des conditions visées au paragraphe 1 si..."

On a estimé qu'il faudrait éventuellement ajouter d'autres mots pour éviter une interprétation erronée d'après laquelle le paragraphe 3 porterait atteinte à l'application de la règle générale exprimée au paragraphe 1. Le paragraphe 3 offrirait à juste titre l'avantage de la certitude, mais il ne fallait pas qu'il empêche les parties de démontrer que les signatures électroniques autres que celles visées au paragraphe 3 pouvaient aussi remplir les conditions prévues au paragraphe 1. On a suggéré en outre que, pour éviter de créer une présomption irréfragable, le paragraphe 3 soit subordonné à la condition que soit rapportée la preuve établissant qu'un usage donné d'une signature électronique visée au paragraphe 3 ne devait pas avoir pour conséquence de fait que cette signature électronique soit réputée fiable. Le Groupe de travail a adopté ces deux suggestions. La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

*Variante A, paragraphe 3, alinéa* a

63. Des doutes se sont exprimés au sujet de la condition selon laquelle le dispositif utilisé pour créer la signature devrait être "unique" par rapport au détenteur du dispositif de signature. D'un point de vue technique, on a estimé que le dispositif pourrait être "lié de manière unique" à ce détenteur plutôt qu'être "unique" par rapport à lui; le lien entre les données utilisées pour créer la signature et le détenteur du dispositif était l'élément essentiel. On a suggéré de formuler comme suit l'alinéa *a*:

> "*a)* Que les données utilisées pour la création de la signature électronique soient liées, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, au signataire et à nul autre."

64. On a déclaré craindre que l'alinéa *a* ne signifie que le dispositif de signature pouvait être lié à des signataires différents dans des contextes différents.

65. Du point de vue de la rédaction, on a proposé que l'alinéa *a* commence par les mots suivants: "Que les moyens de créer la signature électronique". Le Groupe de travail a adopté le texte de l'alinéa *a* tel qu'il avait été proposé (voir par. 63 ci-dessus), avec cet amendement.

*Variante A, paragraphe 3, alinéa* b

66. On a déclaré craindre que l'expression "seul le contrôle" ne porte atteinte à la possibilité, pour le détenteur du dispositif de signature, d'autoriser une autre personne à utiliser la signature au nom du détenteur. Un sujet de préoccupation voisin a été mentionné: l'utilisation du dispositif de signature dans le cadre d'une société, lorsque la société elle-même serait le détenteur de la signature, mais aurait besoin que plusieurs personnes puissent signer en son nom. On a estimé que ce problème pourrait être réglé en supprimant le mot "seul" et en introduisant, outre la mention du détenteur du dispositif de signature, les mots "et tout signataire autorisé".

67. À l'appui de la suppression du mot "seul', on a déclaré également que ce terme établissait une condition restrictive susceptible d'exclure des applications commerciales en cours, comme dans le cas où le dispositif de signature existe sur un réseau et peut être utilisé par plusieurs personnes. On a souligné, cependant, que cette situation pourrait encore être acceptable dans le cadre défini par les mots "seul le contrôle"; le réseau serait vraisemblablement lié à une entité particulière qui serait le détenteur de la signature, capable à ce titre d'exercer son contrôle sur la signature. Si tel n'était pas le cas et que le dispositif de signature était largement accessible, la situation ne devrait pas entrer dans le champ d'application des règles.

68. En faveur du maintien du mot "seul', on a déclaré qu'il était essentiel d'assurer que le dispositif de signature ne puisse être utilisé que par une seule personne à tout moment donné, principalement au moment où la signature était créée, et non pas par une autre personne également. On a estimé que la question du mandat ou de l'utilisation autorisée du dispositif de signature devait être réglée dans la définition du "détenteur de la signature", et non pas dans les dispositions de fond. Pour répondre à ces préoccupations, on a suggéré le texte suivant:

> "*b)* Le moyen de créer la signature électronique était, au moment pertinent, sous le contrôle du signataire et de nul autre".

69. On a déclaré que la formule "au moment pertinent" n'était pas pleinement satisfaisante. On a souligné qu'il était essentiel de conserver cette notion parce que le moyen de créer la signature pouvait comprendre à la fois du logiciel et du matériel, et que ce dernier pouvait être utilisé par plusieurs personnes pour créer des signatures, de telle sorte qu'il fallait indiquer clairement que le signataire exerçait le contrôle de ces moyens au moment où la signature a été créée. On a déclaré que cet aspect pouvait être précisé en déclarant que le moment pertinent était le "moment de la signature". On a suggéré, d'autre part, que, comme le moment de la création de la signature pouvait être aussi un "moment pertinent", le membre de phrase pourrait être rédigé ainsi: "au moment où la signature a été créée et utilisée". On a souligné que, bien qu'il soit éventuellement possible que le moment de la signature diffère suivant la technologie employée, ce serait toujours une question de fait.

70. Selon une opinion contraire, comme il serait difficile de prouver le moment exact de la signature, il fallait supprimer l'idée de "moment pertinent". On a souligné, en réponse, que l'élimination de toute mention du moment obligerait tout simplement à se demander si le signataire exerçait le contrôle du moyen de créer la signature à tous les moments en rapport avec le problème considéré.

71. Après un débat, le Groupe de travail a décidé d'adopter la formule: "au moment de la signature".

*Variante A, paragraphe 3* c

72. On a fait observer qu'il était essentiel que la notion de garantie de l'intégrité de l'information communiquée dans le message de données soit mentionnée au paragraphe 3 *c*, car une signature apportant une telle garantie serait évidemment une signature fiable au sens du paragraphe 1 du projet d'article 6. Lorsqu'une signature était jointe à un document, l'intégrité du document et l'intégrité de la signature étaient si étroitement liées qu'il n'était pas possible de concevoir l'une sans l'autre. En d'autres termes, lorsqu'une signature accompagnait un document, la notion d'intégrité du document était inhérente à l'utilisation de la signature. On a également noté que le lien entre la notion d'intégrité du document et l'utilisation de la signature était tel que celle-ci attestait que le contenu du document avait l'approbation du signataire.

73. En revanche, en se basant sur la distinction établie dans la Loi type entre les articles 7 et 8, on estimait que, bien que certaines techniques garantissent à la fois l'authenticité (art. 7) et l'intégrité (art. 8), ces notions devaient être considérées comme des notions juridiques distinctes et traitées séparément comme elles l'étaient dans la Loi type. Étant donné qu'une signature manuscrite n'était pas une garantie de l'intégrité du document qu'elle accompagnait, pas plus qu'elle ne garantissait que tout changement apporté à ce document soit décelable, le principe de l'équivalence fonctionnelle voulait que l'on s'abstienne d'ajouter ces notions à l'alinéa *c* du paragraphe 3. L'objet dudit alinéa était d'énoncer les critères devant être remplis pour démontrer qu'une méthode particulière de signature était suffisamment fiable pour satisfaire à l'exigence légale de signature. Il apparaissait, de ce point de vue, que cette exigence pouvait être satisfaite sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'intégrité du document. On a noté, toutefois, que la question de l'intégrité ne devait pas disparaître des Règles uniformes, mais qu'il convenait de la traiter dans le contexte de l'article 7; de cette façon, les signatures pourraient satisfaire aux exigences du projet d'article 6 ou du projet d'article 7, ou des deux, selon que l'on considérait tel ou tel aspect de l'exigence légale.

74. On a fait observer qu'inclure l'exigence d'intégrité de l'information dans le projet d'article 6 impliquait l'utilisation d'une technique particulière, ce qui était incompatible avec le principe de la neutralité technique. On estimait qu'il était excessif de restreindre les possibilités techniques à l'utilisation d'une technique particulière et que cela entraverait, dans un certain nombre de pays, l'utilisation des signatures électroniques au lieu de la favoriser. En outre, on pourrait ainsi aboutir à la création d'une signature qui serait plus fiable qu'une signature manuscrite, ce qui irait au-delà de la notion d'équivalence fonctionnelle et pourrait porter préjudice à l'utilisation des signatures manuscrites.

75. On a fait valoir également que, en dépit de la nécessité évidente de l'existence d'un lien entre la signature et le message de données et de l'importance de l'intégrité de la signature, ces exigences pouvaient être distinguées de l'exigence d'intégrité de l'information contenue dans le message de données. On a aussi soutenu l'opinion contraire, à savoir qu'il n'était pas indispensable de traiter de la question de l'intégrité de la signature et qu'en tout état de cause cette question ne pouvait pas être considérée indépendamment de celle de l'intégrité de l'information signée. On a proposé, toutefois, de régler de la façon suivante la question de l'intégrité de la signature:

"*c)* la signature électronique est liée à l'information à laquelle elle se rapporte de telle manière que toute modification apportée à la signature électronique, après le moment de la signature, est décelable".

76. Cette proposition a rencontré l'assentiment général.

77. On a proposé que, plutôt que de poser l'exigence générale que la signature technique utilisée soit telle qu'elle garantisse l'intégrité du document, la notion d'intégrité du document ne soit mentionnée comme critère à satisfaire que dans les cas où la signature est essentiellement exigée aux fins d'une telle garantie. On a, d'autre part, proposé, pour régler la question de l'intégrité de la signature et de l'information communiquée dans le message de données, de considérer séparément ces notions, en ajoutant les mots "ou au message de données" après les mots "signature électronique". On a proposé encore de mentionner au paragraphe 3 du projet d'article, comme on le proposait plus haut au paragraphe 75, le fait qu'une modification de la signature devait être décelable, ce qui pourrait s'exprimer dans une disposition supplémentaire distincte qui se lirait comme suit:

"Lorsque la loi exige qu'une signature garantisse l'intégrité de l'information communiquée dans un document, cette exigence est satisfaite en ce qui concerne un message de données par l'utilisation d'une signature électronique liée à ce message de telle manière que toute modification subséquente de l'information y figurant est décelable."

78. On a fait valoir qu'il ne convenait pas d'inclure séparément dans les règles une telle disposition, car il fallait bien voir que spécifier que l'une des raisons déterminant l'exigence de signature était d'apporter la garantie de l'intégrité du document ne correspondait pas à l'objet du paragraphe 3 du projet d'article 6. On a souligné que les mots "Lorsque la loi exige qu'une signature garantisse..." impliqueraient que l'on doive déterminer les raisons qui motivent cette exigence, ce qui ne manquerait pas de soulever de grandes difficultés. Pour parer à ces difficultés, il faudrait que cette disposition soit formulée de manière négative, dans le sens indiqué ci-après, et qu'elle soit incluse à l'alinéa *c* du paragraphe 3, dont elle constituerait la deuxième phrase, qui se lirait comme suit:

"*c)* la signature électronique est liée à l'information à laquelle elle se rapporte de telle manière que toute modification qui peut y être apportée, après sa création, est décelable. Lorsque la loi exige que la signature atteste l'intégrité du document signé, cette exigence n'est satisfaite que si la signature électronique permet de déceler toute modification apportée audit document".

79. Ces propositions, qui sont apparues comme pouvant répondre à la fois aux situations dans lesquelles l'intégrité du document est exigée et aux situations dans lesquelles la signature est exigée sans que la question de l'intégrité soit mentionnée, ont bénéficié d'un certain appui. On a estimé, toutefois, que cette disposition aurait des effets plus précis si elle comportait une clause conditionnelle qui pourrait s'énoncer comme suit:

"*c)* la signature électronique est liée à l'information à laquelle elle se rapporte de telle manière que toute modification qui peut y être apportée après sa création est décelable, et à condition que, lorsque l'exigence légale de signature a pour but de garantir l'intégrité de l'information communiquée dans le document, il soit aussi nécessaire d'établir que la signature électronique est liée au message de données de telle manière que toute modification apportée audit message après la création de ladite signature est décelable".

80. De ces deux propositions, c'est celle comportant la clause conditionnelle qui a été appuyée, car elle met essentiellement l'accent sur le but de l'exigence légale, à savoir assurer l'intégrité, plutôt que sur l'éventualité de situations dans lesquelles la loi exigerait que la signature garantisse l'intégrité, qui risquaient d'être plus difficiles à déterminer. On a estimé, toutefois, qu'il convenait de dire "un des buts" plutôt que "le but". On a suggéré aussi de ne pas mentionner d'"exigence légale" et de se borner à mentionner toute situation dans laquelle une signature est utilisée aux fins de garantir l'intégrité, suggestion qui n'a pas été retenue. On a souligné que, puisque le projet d'article 6 avait globalement pour but de traiter la question de l'exigence légale de signature, la mention de l'"exigence légale" ne pouvait être supprimée de l'alinéa *c* du paragraphe 3. Après avoir débattu d'un certain nombre d'autres propositions d'ordre essentiellement rédactionnel, le texte suivant a été adopté:

"*c)* toute modification apportée à la signature électronique après sa création est décelable et, lorsque l'un des buts de l'exigence légale de signature est de garantir l'intégrité de l'information communiquée dans le message de données, toute modification apportée audit message après le moment de la signature est décelable;"

*Variante A, paragraphe 3* d

81. Certains se sont déclarés préoccupés par le sens qu'il fallait donner au mot "objectivement". On a fait valoir qu'il pourrait être assez difficile de satisfaire à ce critère d'identification dans tous les cas, spécialement lorsque le contexte ou le contenu de la signature pouvaient suffire sans qu'il soit nécessaire d'exiger une confirmation "objective" ou externe de l'identité du titulaire de la signature. On a fait valoir également que l'exigence considérée ne portait pas véritablement sur l'identification du titulaire de la signature mais sur la capacité de la technique utilisée à identifier objectivement celui-ci.

82. On a fait observer également que l'inclusion dans la définition des termes "signature électronique" de l'exigence que la signature soit utilisée aux fins d'identification de son titulaire faisait qu'il était inutile d'inclure l'alinéa *d* au paragraphe 3 du projet d'article 6. On a fait valoir, à

l'appui de cette opinion, que, si la notion d'identification objective apparaissait dans certaines lois nationales concernant les signatures électroniques, elle y avait été introduite dans le contexte de la présomption d'identité et non pas en relation avec la fiabilité de la méthode de signature employée. On a noté que l'on pouvait difficilement envisager une situation dans laquelle une méthode particulière de signature satisferait aux dispositions des alinéas *a* à *c*, sans satisfaire également à celles de l'alinéa *d*.

83. Après avoir débattu de la question, le Groupe de travail a décidé de supprimer l'alinéa *d* du paragraphe 3.

84. Au terme de la discussion portant sur le paragraphe 3 du projet d'article 6, on a exprimé l'opinion qu'il serait peut-être nécessaire de relibeller celui-ci de façon à indiquer que toute présomption de signature découlant de la combinaison des éléments énumérés aux alinéas *a* à *c* pourrait également découler de ce que les parties auraient décidé par convention qu'une technique de signature particulière serait considérée par elles comme un équivalent fiable d'une signature manuscrite. Divers libellés ont été proposés à ce sujet. On a proposé, par exemple, sur la base de l'article 4 de la Loi type, d'insérer dans l'article, soit sous la forme d'un paragraphe distinct, soit sous la forme d'un alinéa du paragraphe 3, la phrase suivante: "Le présent article est sans effets sur un quelconque droit qui pourrait exister d'établir par convention la fiabilité d'une signature électronique au regard de l'exigence visée au paragraphe 1." On a aussi proposé, dans l'hypothèse où les parties conviendraient d'utiliser des moyens répondant à des critères plus exigeants que ceux mentionnés au paragraphe 3, de le compléter, par exemple, de la façon suivante: "Aucune disposition du paragraphe 3 n'empêche les parties d'adopter des critères de fiabilité plus exigeants que ceux mentionnés au paragraphe 1." On a proposé, dans le même ordre d'idées, le libellé suivant: "Aucune disposition du paragraphe 3 n'autorise une personne à satisfaire à l'exigence spécifiée au paragraphe 1 lorsque cette personne est convenue de satisfaire à un critère de fiabilité supérieur, et que ce critère a effectivement été satisfait." On a opposé à ces deux suggestions que les questions de responsabilité contractuelle qui se poseraient à une partie qui n'aurait pas rempli les critères supérieurs dont elle avait convenu ne devaient pas être considérées dans le cadre de l'article 6, mais qu'elles devaient être réglées indépendamment des Règles uniformes, par la loi régissant la responsabilité contractuelle.

85. L'opinion générale était que le projet d'article 5 exprimait de façon suffisante la possibilité qu'avaient les parties de déroger par convention aux Règles uniformes. On est convenu qu'il serait répétitif de réaffirmer l'autonomie des parties dans le contexte du projet d'article 6 et que cela donnerait indûment à penser que les parties étaient libres de modifier par convention, entre elles, l'exigence légale obligatoire concernant l'utilisation de la signature.

86. On a encore proposé d'ajouter au projet d'article 6 une disposition supplémentaire qui traiterait de la situation dans laquelle il y aurait présomption de fiabilité d'une signature électronique à la suite d'une détermination arrêtée par une autorité de l'État adoptant en vertu de l'article 8. On estimait généralement que le projet d'article 8 traitait de façon suffisante de cette situation. La proposition n'a donc pas été appuyée par le Groupe de travail.

*Paragraphe 4*

87. L'inclusion dans le projet d'article 6 d'une disposition allant dans le sens du paragraphe 4, libellée sur le modèle d'une disposition semblable apparaissant dans différents articles de la Loi type ("Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes [...]"), a reçu l'assentiment général.

### Article 7. *Présomption d'original*

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

"1. Un message de données est présumé être sous sa forme originale lorsqu'il est fait usage, pour ce message de données, [d'une méthode] [d'une signature électronique] [dans le contexte de l'article 6] qui:

*a)* Offre une garantie fiable de l'intégrité de l'information à compter du moment où celle-ci a été créée pour la première fois sous sa forme définitive, en tant que message de données ou autre; et

*b)* Permet, lorsque la présentation d'une information est exigée, que cette information soit présentée à la personne à laquelle elle est destinée;

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

89. Compte tenu de la décision de traiter au paragraphe 3 de l'article 6 du cas dans lequel une signature électronique est utilisée pour satisfaire une exigence légale concernant l'intégrité de l'information contenue dans un document, on a considéré, d'une manière générale, qu'il serait superflu de prendre en considération la même situation du point de vue de "l'originalité" du document. Après en avoir débattu, le Groupe de travail a décidé de supprimer le projet d'article 7.

### Article 8. *Satisfaction des dispositions des articles 6 et 7*

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

*"Variante A*

1. *[L'organe ou l'autorité indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière]* peut déterminer quelles méthodes satisfont aux exigences des articles 6 et 7.

2. Toute détermination arrêtée en vertu du paragraphe 1 doit être conforme aux normes internationales reconnues."

*"Variante B*

1. Il peut être déterminé qu'une ou que plusieurs méthodes de signature électronique satisfont aux exigences des articles 6 et 7.

2. Toute détermination arrêtée en vertu du paragraphe 1 doit être conforme aux normes internationales reconnues."

91. La variante B a eu la faveur de certains, pour la raison qu'elle n'insistait pas sur le rôle des autorités de l'État dans la détermination des types de signatures électroniques

qui seraient présumés répondre à l'exigence juridique de signature. Plus généralement, toutefois, on a estimé que la discussion devrait se poursuivre sur la base de la variante A, qui décrivait plus précisément le rôle que jouait nécessairement l'État adoptant en ce qui concerne l'établissement ou la reconnaissance de l'entité habilitée à valider l'utilisation de signatures électroniques ou à en certifier, d'une manière ou d'une autre, la qualité. Afin d'éviter de suggérer que ces entités devraient systématiquement être établies par les autorités de l'État, on s'est généralement accordé pour remplacer le début du paragraphe 1 libellé en ces termes: "[L'organe ou l'autorité indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière]", par le libellé suivant: "[Toute personne, tout organe ou autorité, de droit public ou privé, indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière]".

92. On s'est demandé s'il serait possible de préciser dans le projet d'article 8 à quoi se rapportait exactement la référence au projet d'article 6. Certains auraient souhaité que l'on précise "aux exigences du paragraphe 1 de l'article 6", puisque c'est dans ce paragraphe que se trouvait exprimée de la façon la plus générale l'exigence juridique en matière de signature. Toutefois, on estimait généralement que le projet d'article 8 ne devait se référer spécifiquement à aucun des paragraphes du projet d'article 6. Les personnes ou autorités compétentes qui arrêtaient la détermination en considération des exigences à satisfaire en ce qui concerne la signature devaient être libres de se référer au paragraphe 1 comme au paragraphe 3.

93. En ce qui concerne le paragraphe 2, on s'est demandé ce que signifiaient exactement les termes "normes reconnues". En accord avec l'interprétation qu'il avait proposée à sa précédente session (voir A/CN.9/465, par. 94), le Groupe de travail a décidé que le mot "normes" devait être interprété au sens le plus large, et qu'il se rapportait globalement aux pratiques industrielles et usages commerciaux, aux textes juridiques émanant d'organisations internationales aussi bien qu'aux normes techniques. Il a été également décidé qu'il devait être clairement précisé dans le guide pour l'incorporation des Règles uniformes que l'absence éventuelle de normes pertinentes n'empêchait pas les personnes ou autorités compétentes d'arrêter leur détermination comme prévu au paragraphe 1.

94. On a proposé d'ajouter au projet d'article un paragraphe supplémentaire qui ferait clairement ressortir que celui-ci n'avait pas pour objet d'interférer dans le fonctionnement normal des règles du droit international privé. On a fait valoir qu'en l'absence d'une telle disposition le projet d'article 8 pourrait être interprété, à tort, comme encourageant les États adoptants à exercer une discrimination à l'encontre des signatures électroniques étrangères en invoquant leur non-conformité avec les règles établies par la personne ou l'autorité compétente en vertu du paragraphe 1. On a proposé le texte suivant: "3. Aucune disposition du présent article n'affecte le fonctionnement des règles du droit international privé." Cette proposition a reçu l'assentiment général.

95. Après en avoir débattu, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 8 sous réserve des modifications ci-dessus et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

### Article 9. *Responsabilités du détenteur du dispositif de signature*

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

"1. Chaque détenteur d'un dispositif de signature:

*a)* Prend des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de son dispositif de signature;

*b)* Avise les personnes voulues sans retard excessif si:

i) Il sait que le dispositif de signature a été compromis; ou si,

ii) Au regard des circonstances connues de lui, il y a un risque important que le dispositif de signature ait été compromis;

*c)* [Lorsqu'un certificat est utilisé pour appuyer le dispositif de signature,] [Lorsque le dispositif de signature implique l'utilisation d'un certificat,] prend des dispositions raisonnables pour veiller à ce que toutes les déclarations faites par lui qui concernent le [cycle de vie du] certificat ou qui doivent figurer dans le certificat soient exactes et complètes.

2. Le détenteur d'un dispositif de signature est responsable de la non-satisfaction des exigences énoncées au paragraphe 1."

#### *Titre*

97. Des réticences ont été exprimées quant à l'emploi du mot "responsabilités" dans le titre du projet d'article. On estimait que ce terme était trop vague, puisqu'il ne correspondait pas précisément au sujet du projet d'article, à savoir les obligations ou devoirs du signataire. On a rappelé que le Groupe de travail avait discuté auparavant de certains des problèmes que posait l'emploi des mots "devoirs" et "obligations", et qu'on avait, généralement, considéré à ce moment-là que le mot "responsabilités" prêtait moins à controverse. On a proposé alors, puisque le projet d'article avait pour objet d'établir un code de conduite à l'intention des signataires, d'intituler l'article "conduite du signataire". Après discussion, cette proposition a été largement acceptée.

#### *Paragraphe 1*

98. Le Groupe de travail a commencé par examiner quelle était la portée du paragraphe 1. On a fait observer que les alinéas *a* et *b* devaient s'appliquer généralement à toutes les signatures électroniques, tandis que l'alinéa *c* ne concernait que les signatures électroniques appuyées par un certificat. On a fait valoir à l'appui de cette opinion, que l'obligation faite à l'alinéa *a* de prendre, en particulier, des précautions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée du dispositif de signature n'établissait pas d'obligation inhabituelle, et qu'en fait une telle obligation était généralement mentionnée dans les conventions concernant l'utilisation des cartes de crédit. Mais on a également exprimé l'opinion contraire, arguant qu'il fallait être précautionneux lorsqu'on établissait des normes de conduite dans des secteurs dans lesquels la technologie se développait, car ces nouvelles normes risquaient de modi-

fier les règles existantes et d'entraîner des conséquences non souhaitées. Il pourrait être imprudent d'appliquer l'alinéa *a* du paragraphe 1 plus largement qu'aux signatures électroniques, qui satisferaient, par exemple, au paragraphe 3 du projet d'article 6. En réponse à cette opinion, on a fait valoir que la dérogation conventionnelle prévue au projet d'article 5 laissait la possibilité de modifier les normes qui seraient établies au projet d'article 9 dans les secteurs dans lesquels on considérerait qu'elles ne s'appliquent pas ou lorsqu'elles entraîneraient des conséquences non souhaitées. En réponse à une autre question qui concernait l'application des Règles uniformes au consommateur et les effets que pouvait avoir la norme de précaution raisonnable, on a rappelé que l'on n'entendait pas que lesdites règles doivent primer sur les lois visant la protection du consommateur.

99. Après discussion, le Groupe de travail a convenu que les alinéas *a* et *b* devaient s'appliquer de manière générale à toutes les signatures, tandis que l'alinéa *c* ne s'appliquerait qu'aux signatures appuyées par des certificats. On a noté qu'il faudrait garder à l'esprit toute la portée des alinéas *a* et *b* lorsqu'on examinerait la définition des termes "détenteur du dispositif de signature" ou "signataire".

100. On s'est préoccupé en ce qui concerne l'alinéa *b* du paragraphe 1, de la signification des mots "personnes voulues". On s'est demandé si, dans toutes les techniques utilisées, on pourrait clairement déterminer quelle était la personne voulue à aviser. On a fait valoir que le mot "voulue" se référait non seulement aux personnes qui voudraient s'assurer de la fiabilité de la signature, mais également aux prestataires de services de certification et aux prestataires de services d'annulation des certificats ou à d'autres personnes. Pour certains, l'identité de la personne voulue découlerait du contexte contractuel dans lequel était utilisée la signature. Pour régler ces questions, on a proposé de remplacer la mention "personnes voulues" par le libellé suivant:

> "Avise, sans délai, toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle prête des services d'appui à la signature électronique..."

Cette proposition a été largement appuyée.

101. En ce qui concerne l'alinéa *c* du paragraphe 1, on a estimé qu'il conviendrait de conserver les premiers mots entre crochets, "lorsqu'un certificat est utilisé à l'appui de la signature électronique", et donc de supprimer les crochets, et de supprimer également les crochets isolant l'expression "le cycle de vie du certificat". Il est apparu que le sens de cette phrase devrait être plus précisément explicité dans le guide pour l'incorporation. Pour ce qui est de l'application de l'alinéa *c* du paragraphe 1, on s'est interrogé quant au type de certificat auquel se référait cette disposition. On a exprimé l'opinion qu'il ne convenait peut-être pas que celle-ci s'applique à la fois aux certificats d'un faible coût et aux certificats d'un coût élevé, car l'obligation de précaution pourrait être excessive en ce qui concerne les premiers. L'opinion contraire a également été exprimée, à savoir que la norme impliquant la prise de "précautions raisonnables" garantirait que chaque type de certificat ferait l'objet du degré de précaution approprié.

*Paragraphe 2*

102. On s'est demandé s'il était nécessaire de retenir le paragraphe 2 dans le projet d'article. On a exprimé l'opinion que, tel qu'il était présentement libellé, ce paragraphe n'apportait rien au projet d'article et devait par conséquent être supprimé. Il ne spécifiait en effet ni les conséquences ni les limites de la responsabilité, qui étaient l'une et l'autre déterminées par la loi nationale. En revanche, on a fait valoir que le paragraphe 2, même s'il laissait à la loi nationale le soin de déterminer les conséquences de la responsabilité, serait utile en ce qu'il indiquerait clairement aux États adoptants que le manquement aux obligations énoncées au paragraphe 1 engageait la responsabilité. On a noté que l'on trouvait au paragraphe 53 de la note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.84) une explication utile du paragraphe 2 et qu'il conviendrait que cette explication figure dans le guide pour l'incorporation.

103. On a proposé de modifier le paragraphe 2 de manière à exprimer plus clairement que le manquement aux dispositions du paragraphe 1 engageait la responsabilité et que c'était à l'État adoptant qu'il incombait de déterminer les limites de cette responsabilité:

> "Les conséquences juridiques du manquement par le détenteur de la signature aux dispositions du paragraphe 1 sont déterminées par l'État adoptant."

104. On a, d'autre part, proposé de retenir le texte actuel du paragraphe 2 et d'en préciser l'intention en ajoutant entre crochets la phrase suivante: [Les limites de la responsabilité et les conditions dans lesquelles elle est engagée sont déterminées par l'État adoptant.] Ni l'une ni l'autre de ces propositions n'a été appuyée.

105. On a encore proposé d'introduire une notion de prévisibilité au paragraphe 2, notion qui était présente dans le texte actuel du projet d'article 10. On a fait valoir que cette notion était de plus en plus généralement acceptée dans le commerce international et qu'elle servirait à établir une norme convenue de responsabilité. On a rappelé, toutefois, qu'une telle proposition avait été envisagée à une précédente session du Groupe de travail, mais qu'elle avait été rejetée. La proposition n'a donc pas été examinée plus avant. Après discussion, le Groupe de travail est convenu d'adopter le texte actuel du paragraphe 2.

### Article 10. *Responsabilité d'un prestataire de services de certification*

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

"1. Un prestataire de services de certification:

*a)* Agit conformément aux déclarations qu'il fait concernant ses pratiques;

*b)* Fait preuve de la diligence voulue afin de veiller à ce que toutes les déclarations faites par lui qui concernent le cycle de vie du certificat ou qui figurent dans le certificat soient exactes et complètes;

*c)* Fournit des moyens raisonnablement accessibles qui permettent à une partie se fiant au certificat de s'assurer:

i) De l'identité du prestataire de services de certification;

ii) Du fait que la personne qui est identifiée dans le certificat détient au moment pertinent le dispositif de signature indiqué dans le certificat;

iii) De la méthode employée pour identifier le détenteur du dispositif de signature;

iv) De toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles la signature peut être utilisée; et

v) Du fait que le dispositif de signature est valable et n'a pas été compromis;

*d)* Fournit un moyen permettant au détenteur du dispositif de signature d'avertir qu'un dispositif de signature a été compromis et assure un service prompt d'annulation;

*e)* Utilise des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables pour la prestation de ses services.

2. Pour déterminer si, et dans quelle mesure, tous systèmes, procédures et ressources humaines sont fiables aux fins de l'alinéa *e* du paragraphe 1, il est tenu compte des facteurs 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 certificats et la conservation des enregistrements;

*d)* Possibilités d'accès à l'information pour les [signataires] [sujets] identifiés 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 du prestataire de services 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 au comportement du prestataire de services de certification et la loi de l'État adoptant.

3. Un certificat énonce les éléments suivants:

*a)* L'identité du prestataire de services de certification;

*b)* Le fait que la personne qui est identifiée dans le certificat détient, au moment pertinent, le dispositif de signature indiqué dans le certificat;

*c)* Le fait que le dispositif de signature était valide à la date ou avant la date à laquelle le certificat a été émis;

*d)* Toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles le certificat peut être utilisé; et

*e)* Toute restriction quant à la portée ou à l'étendue de la responsabilité que le certificateur accepte envers toute personne.

*Variante X*

4. Un prestataire de services de certification est responsable de la non-satisfaction des exigences énoncées au paragraphe 1.

5. La responsabilité du prestataire de services de certification ne peut être supérieure à la perte qu'il prévoyait ou aurait dû prévoir au moment de l'inexécution à la lumière des faits ou problèmes dont il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance comme étant des conséquences possibles de son non-respect des [obligations] [devoirs] [exigences] énoncé[s] au paragraphe 1.

*Variante Y*

4. Un prestataire de services de certification est responsable de la non-satisfaction des exigences énoncées au paragraphe 1.

5. Pour l'évaluation du préjudice, il est tenu compte des facteurs suivants:

*a)* Coût de l'obtention du certificat;

*b)* Nature de l'information certifiée;

*c)* Existence et portée de toute restriction quant à l'objet pour lequel le certificat peut être utilisé;

*d)* Existence de toute déclaration limitant la portée ou l'étendue de la responsabilité du prestataire de services de certification; et

*e)* Toute faute concurrente de la partie se fiant au certificat.

*Variante Z*

4. Si le préjudice a été causé parce que le certificat était incorrect ou défectueux, un prestataire de services de certification est tenu responsable du préjudice subi:

*a)* Soit par une partie qui a passé un contrat avec le prestataire de services de certification pour la délivrance d'un certificat; ou

*b)* Soit par une personne qui se fie raisonnablement à un certificat émis par le prestataire de services de certification.

5. Un prestataire de services de certification n'est pas tenu responsable en vertu du paragraphe 2:

*a)* Si, et dans la mesure où, il a inclus dans le certificat une déclaration limitant la portée ou l'étendue de sa responsabilité envers toute personne pertinente; ou

*b)* S'il prouve qu'il [n'a pas été négligent] [a pris toutes les mesures raisonnables pour prévenir le préjudice]."

*Paragraphe 1*

107. Une proposition d'ordre rédactionnel a été faite, à savoir réunir l'alinéa *c* du paragraphe 1 et le paragraphe 3, en identifiant certains critères comme essentiels et devant absolument figurer dans le certificat et d'autres comme devant figurer dans le certificat ou être autrement mis à la disposition de la partie se fiant au certificat ou rendus accessibles à celle-ci, lorsqu'ils concerneraient un certificat particulier. Les éléments essentiels qu'il est proposé de faire figurer dans le certificat (qui seraient indiqués à l'alinéa *c* du paragraphe 1) étaient ceux figurant aux sous-alinéas i et ii de l'alinéa *c* du paragraphe 1 et à l'alinéa *c* du paragraphe 3. Les autres facteurs figurant à l'alinéa *c* du paragraphe 1 et au paragraphe 3 feraient partie de la

seconde catégorie et figureraient dans un nouvel alinéa du paragraphe 1, l'alinéa *d*. Cette proposition a recueilli un large appui.

108. On s'est demandé si l'élément énoncé à l'alinéa *e* du paragraphe 3, relatif aux limites de la responsabilité du prestataire de services de certification, devait figurer dans la seconde catégorie de critères ou sur le certificat lui-même. Selon une opinion, il était clair qu'une telle restriction devait figurer dans le certificat. À l'opposé, on a dit qu'étant donné que pour des raisons techniques la quantité d'informations pouvant figurer dans le certificat était très limitée l'inclusion des informations visées aux alinéas *c* à *e* du paragraphe 3 risquait d'être techniquement impossible et donc indéfendable. On a fait observer que l'approche retenue à l'article 5 *bis* de la Loi type, l'incorporation par renvoi, était peut-être la solution au problème du manque d'espace dans le certificat: on exigerait que l'existence de la restriction de responsabilité soit mentionnée et que l'on indique où les dispositions y relatives pouvaient être consultées. Après un débat, il a été décidé que l'alinéa *e* du paragraphe 3 devait figurer dans la deuxième catégorie d'informations, au nouvel alinéa *d* du paragraphe 1.

109. D'autres propositions d'ordre rédactionnel ont été faites: *a)* à l'alinéa *b* du paragraphe 1, remplacer les mots "de la diligence voulue" par "d'une prudence raisonnable"; *b)* remanier comme suit l'alinéa *b* du paragraphe 1: "faire preuve de la diligence voulue afin de valider ou vérifier l'exactitude et l'exhaustivité des déclarations faites par lui qui concernent le cycle de vie du certificat ou qui figurent dans le certificat"; *c)* ajouter, au sous-alinéa iv de l'alinéa *c* du paragraphe 1, une référence à un certificat afin que les restrictions quant aux fins ou à la valeur concernent à la fois les signatures et les certificats; et *d)* au sous-alinéa v de l'alinéa *c* du paragraphe 1, remplacer pour plus de clarté les mots "est valable" par le mot "fonctionne". À l'exception de la proposition indiquée au point *b* ci-dessus, ces propositions ont reçu un large appui.

110. On a fait observer qu'étant donné que les renseignements donnés par le prestataire de services de certification pouvaient avoir trait non seulement à ses pratiques mais constituer aussi des déclarations de principe, il fallait faire figurer une référence à ce type de déclarations à l'alinéa *a* du paragraphe 1. Cette proposition a recueilli un large appui.

111. On a exprimé des craintes quant au sens du sous-alinéa ii de l'alinéa *c* du paragraphe 1. On a fait observer qu'il serait difficile pour le prestataire de services de certification de fournir à une partie se fiant au certificat des informations attestant que la personne identifiée dans le certificat détenait le dispositif de signature au moment pertinent. On a proposé de remplacer cette notion par la notion de contrôle retenue au paragraphe 3 de l'article 6, comme suit:

"ii) Du fait que la personne qui est identifiée dans le certificat avait le contrôle du dispositif de signature au moment de la signature;"

112. On a fait observer que la disposition de l'alinéa *d* du paragraphe 1 risquait de n'être pas applicable à certains certificats, comme les certificats ne servant qu'une fois, pour une transaction donnée, ou les certificats de faible coût utilisés lorsqu'il y a peu de risques, les uns comme les autres pouvant n'être pas annulables. Pour apaiser ces craintes, on a proposé de libeller l'alinéa *d* du paragraphe 1 non comme une prescription, mais comme une déclaration indiquant qu'il existe un prompt service d'annulation en temps utile ainsi qu'un moyen d'avertir que le dispositif de signature a été compromis. Les indications concernant ces deux éléments pourraient figurer dans le nouvel alinéa *d* du paragraphe 1 (proposé au paragraphe 2 ci-dessus) sous la forme suivante:

"*d)* v) Qu'il existe un moyen pour le signataire d'être averti qu'un dispositif de signature a été compromis;

*d)* vi) Qu'un service d'annulation en temps utile est proposé;"

113. Si cette proposition a recueilli un large appui, on a fait observer qu'étant donné que l'alinéa *d* du paragraphe 1 imposait au prestataire de services de certification une obligation à l'égard du signataire, il était peut-être nécessaire de conserver cette notion au paragraphe 1 de l'article 10, outre les informations qu'il était proposé d'ajouter au nouvel alinéa *d* du paragraphe 1, qui concernaient les parties se fiant au certificat. Il a été décidé de maintenir le texte de l'alinéa *d* du paragraphe 1 en plus du texte proposé pour les sous-alinéas v et vi de cet alinéa *d*.

114. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 1 devait se lire comme suit, sous réserve de révision par un groupe de travail qui serait chargé d'assurer la cohérence des diverses dispositions et versions linguistiques:

"1. Le prestataire de services de certification:

*a)* Agit en conformité de ses déclarations de principe et des renseignements qu'il donne concernant ses pratiques;

*b)* Prend des précautions raisonnables pour assurer que tous les renseignements qu'il donne concernant le cycle de vie du certificat ou figurant dans le certificat sont exacts et complets;

*c)* Fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles lui permettant de s'assurer à partir du certificat:

i) De l'identité du prestataire de services de certification;

ii) De ce que la personne identifiée dans le certificat avait au moment de la signature le contrôle du dispositif de signature;

iii) De ce que le dispositif de signature était valide à la date ou précédemment à la date à laquelle le certificat a été émis;

*d)* Fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles lui permettant de s'assurer à partir du certificat ou de toute autre manière, le cas échéant:

i) De la méthode utilisée pour identifier le signataire;

ii) De toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles la signature ou le certificat peuvent être utilisés;

iii) De ce que le dispositif de signature fonctionne et n'a pas été compromis;

iv) De toute restriction quant à la nature ou à l'étendue de la responsabilité stipulée par le prestataire de services de certification;

v) De l'existence de moyens accessibles au signataire permettant à celui-ci de l'avertir que le dispositif de signature a été compromis;

vi) De la disponibilité d'un service d'annulation en temps utile;

*e)* Fournit au signataire le moyen de l'avertir que le dispositif de signature a été compromis, et assure en temps utile un service d'annulation;

*f)* Utilise des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables pour la prestation de ses services."

*Paragraphe 2*

115. On a déclaré que le paragraphe 2 fournissait des indications qu'il était important de faire figurer dans le texte des Règles uniformes, mais qu'il devait contenir une liste non exhaustive des facteurs à prendre en considération pour déterminer la fiabilité. On a fait observer qu'étant donné que le texte ne contenait actuellement aucune indication sur les questions envisagées au paragraphe 2, l'inclusion de ce paragraphe dans le projet d'article 10 serait utile.

116. Selon un avis contraire, largement appuyé, le paragraphe 2 devait être supprimé pour diverses raisons: premièrement, il n'était pas opportun de faire figurer une liste de nature aussi technique dans un texte législatif; deuxièmement, ce paragraphe risquait de poser des problèmes d'interprétation; et troisièmement, la notion de fiabilité pouvait varier en fonction de ce que l'on attendait du certificat, et il risquait donc de n'être pas judicieux d'établir une liste unique de critères qui s'appliqueraient dans toutes les situations possibles. On a proposé de faire figurer la teneur du paragraphe 2 dans un guide pour l'incorporation au titre des facteurs indiquant que le prestataire de services de certification était fiable.

117. En réponse à la proposition de suppression du paragraphe 2, on a rappelé que si ce paragraphe figurait dans le texte actuel de l'article 10, c'était pour que la fiabilité des certificats étrangers visés au projet d'article 13 soit évaluée à l'aide des mêmes critères que celle des certificats nationaux faisant l'objet du projet d'article 10, ce afin d'assurer une égalité de traitement. En réponse à cette observation, on a contesté que la question de l'équivalence faisant l'objet du projet d'article 13 fût identique à celle de la fiabilité traitée au projet d'article 10.

118. On a dit que si le paragraphe 2 devait figurer dans le texte des Règles uniformes, un certain nombre de modifications d'ordre rédactionnel seraient nécessaires. On a proposé de supprimer du paragraphe 10 les alinéas *g* et *h*, qui intéressaient davantage le projet d'article 13. On a également dit que les mots "dans la juridiction" figurant à l'alinéa *a* posaient problème et que la seule chose qui importait était que le prestataire de services de certification eût des ressources auxquelles on pouvait avoir recours, et non que ces ressources se trouvassent dans la juridiction de l'État adoptant les Règles. On a fait observer que l'alinéa *b* était tautologique et qu'un terme tel que "qualité" pouvait être substitué au terme "fiabilité". De l'avis général, si la liste des facteurs figurant au paragraphe 2 devait finalement être maintenue dans les Règles uniformes, il faudrait tenir compte de ces propositions d'ordre rédactionnel. Sous la même réserve, on a décidé que la liste des facteurs ne devait pas être présentée comme exhaustive et qu'il fallait donc ajouter les mots "entre autres", ou un alinéa supplémentaire qui pourrait se lire: "et tout autre facteur pertinent". On a contesté que la situation financière du prestataire de services de certification fût nécessairement pertinente s'agissant d'établir la fiabilité, mais on a déclaré que ces facteurs contribuaient bien à montrer que le prestataire était fiable et digne de foi, et qu'ils renforçaient la confiance des utilisateurs.

119. Pour répondre à un certain nombre de préoccupations exprimées au sujet de l'inclusion du paragraphe 2 dans le projet d'article 10, on a proposé de formuler un article distinct qui serait applicable pour déterminer la fiabilité au titre du projet d'article 10 ainsi que du projet d'article 13.

120. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver le contenu du paragraphe 2 entre crochets et de faire provisoirement de ce paragraphe un article distinct, en attendant qu'une décision finale soit prise une fois que le projet d'article 13 aurait été examiné.

*Paragraphe 4*

121. La règle de base concernant la responsabilité posée au paragraphe 4 des variantes X et Y, qui laisse à la loi nationale le soin de déterminer les conséquences de la responsabilité, a été très largement acceptée. On a exprimé l'opinion que le principe de la responsabilité était suffisamment établi au paragraphe 4 en cohérence avec ce que le Groupe de travail avait décidé à propos du projet d'article 9 concernant le signataire et qu'on pouvait difficilement envisager un second paragraphe qui traiterait des conséquences de cette responsabilité.

122. On s'est inquiété du fait que le paragraphe 4 pourrait être interprété comme une règle de responsabilité absolue, et on pensait qu'il faudrait sans doute l'expliciter pour assurer que le prestataire de services de certification puisse apporter la preuve, par exemple, de l'absence de faute ou de négligence. Ce qu'il fallait, c'était une disposition d'où il ressorte qu'il n'y avait pas responsabilité au sens strict du terme assortie d'une clause pénale, mais qu'une perte donnerait lieu à indemnisation. On a proposé le libellé suivant:

"Un prestataire de services de certification peut être tenu pour responsable de toute perte causée par un manquement de sa part aux exigences visées au paragraphe 1."

123. Cette proposition n'a pas été appuyée. On a fait observer que si la question de la responsabilité devait faire simplement l'objet d'une déclaration de principe, il faudrait préciser, dans cette déclaration, les manquements précis engageant la responsabilité du prestataire de services de certification; une disposition d'application arbitraire était insuffisante. On a suggéré que soit confirmé dans le guide pour l'incorporation que le paragraphe 4 ne visait pas à établir une règle de stricte responsabilité.

*Paragraphe 5*

124. S'agissant des conséquences de la responsabilité, on a fait observer, à l'appui de l'inclusion d'un paragraphe qui traiterait des conséquences de la responsabilité dans le sens indiqué dans les trois variantes du paragraphe 5, que les prestataires de services de certification s'acquittaient de fonctions intermédiaires qui étaient essentielles pour le commerce électronique, et qu'il ne suffirait pas, pour régler la question, d'adopter une disposition unique dans le sens indiqué au paragraphe 4. Bien qu'une disposition analogue ait été adoptée par le Groupe de travail pour le projet d'article 9, on y établissait la distinction entre les catégories de personnes visées par les projets d'articles 9 et 10. On a exprimé l'opinion que si le paragraphe 4 établissait un principe qui pouvait être applicable aux signataires, il était insuffisant pour traiter des activités professionnelles et commerciales visées par le projet d'article 10. On a fait observer en outre qu'au stade actuel de développement des activités de certification on n'avait pas suffisamment analysé d'un point de vue juridique les questions concernant la responsabilité des prestataires de services de certification et qu'il serait donc très utile d'inclure dans le projet de règles une disposition plus détaillée. On a fait observer, à ce propos, qu'il faudrait peut-être accorder davantage d'attention à l'établissement d'un délai de prescription pour toute action en justice fondée sur la responsabilité du prestataire des services de certification.

*Variante X*

125. Le paragraphe 5 de la variante X n'a reçu qu'un appui limité. On a exprimé l'opinion que la notion de prévisibilité du dommage était largement acceptée en droit international comme critère à considérer et qu'elle pouvait par conséquent être introduite à juste titre dans le projet d'article 10. On a aussi exprimé l'opinion contraire, à savoir que le paragraphe 5 de la variante X établissait une norme qui était supérieure à celle que l'on appliquait généralement dans le droit des contrats.

*Variante Y*

126. L'inclusion du paragraphe 5 de la variante Y dans le projet d'article a été très largement appuyée. On a fait observer que si les variantes X et Z se référaient à des règles générales déjà établies, la variante Y était spécifiquement axée sur le commerce électronique et énumérait très utilement un certain nombre de facteurs particulièrement pertinents dans le contexte considéré.

127. On a proposé comme solution de remplacement à l'inclusion de cette liste de facteurs, pour éviter les difficultés que soulevait la question de la responsabilité dans le contexte du projet d'article 9, d'introduire, en substance, le paragraphe 5 de la variante Y dans le guide pour l'incorporation des Règles uniformes. On a fait valoir que les facteurs énoncés ne devaient pas avoir pour effet de restreindre le critère normal de responsabilité qui pourrait être applicable dans de nombreux États. On a donc proposé de donner aux critères énoncés au paragraphe 5 une valeur indicative et de les présenter sous la forme d'une liste non exhaustive, plutôt que comme moyen à utiliser pour interpréter le paragraphe 4.

*Variante Z*

128. La variante Z n'a reçu qu'un appui limité. On a fait observer que cette variante traitait des moyens qui permettraient au prestataire de services de certification de limiter ou de restreindre sa responsabilité en stipulant une restriction dans le certificat ou en démontrant qu'il n'avait pas fait preuve de négligence. Cette formulation indiquait de quelle manière pourrait être déterminée la responsabilité, par opposition au simple énoncé du paragraphe 4 qui n'était guère plus qu'une déclaration de principe et ne donnait aucune indication. On a fait observer que si l'article était limité au paragraphe 4 il deviendrait très difficile de prouver que le prestataire de services de certification avait manqué aux exigences visées au paragraphe 1 du projet d'article 10. En revanche, une disposition libellée dans le sens de la variante Z permettrait d'imposer à celui-ci la charge de la preuve, car c'est lui qui, dans la plupart des cas, détiendrait l'information permettant de déterminer la responsabilité, et c'est lui qui devrait aider les personnes visées au paragraphe 4 de la variante Z à établir leur cas. On a estimé qu'une disposition de ce type était un bon moyen d'établir l'équilibre entre ce que les parties doivent et pourraient établir.

129. On a en revanche exprimé l'opinion que la variante Z mentionnait trop précisément quelles étaient les parties visées au paragraphe 4, qu'elle pourrait ne pas s'appliquer dans des situations dans lesquelles la responsabilité du prestataire de services de certification demeurerait engagée en dépit du fait que celui-ci pourrait satisfaire aux exigences du paragraphe 5 et que l'alinéa *a* de ce paragraphe pourrait soulever des difficultés dans les États où aucune restriction de responsabilité n'était acceptée.

130. Après en avoir débattu, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 4 sous la forme qu'il revêtait dans les variantes X et Y, le paragraphe 5 de la variante Y devant être reproduit en substance dans le guide pour l'incorporation en tant que liste de critères indicatifs.

### Article 11. *Foi accordée aux signatures électroniques* et Article 12. *Foi accordée aux certificats*

131. On s'est généralement accordé à penser, dès le début du débat consacré aux projets d'articles 11 et 12, que les deux articles devraient être examinés simultanément, étant donné qu'il fallait fusionner les deux ensembles de dispositions et traiter de la situation à la fois de la partie qui se fie à une signature et de la partie qui se fie à un certificat.

132. Le texte du projet d'article 11 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. Une personne n'est pas fondée à se fier à une signature électronique dans la mesure où il n'est pas raisonnable de le faire.

2. [Pour déterminer s'il n'est pas raisonnable de se fier à la signature électronique,] [Pour déterminer s'il était raisonnable pour une personne de se fier à la signature électronique,] il est tenu compte, s'il y a lieu, des facteurs suivants:

*a)* Nature de la transaction à l'appui de laquelle la signature électronique a été créée;

*b)* Prise par la partie se fiant à la signature électronique de mesures appropriées pour en déterminer la fiabilité;

*c)* Prise par la partie se fiant à la signature électronique de mesures visant à vérifier que celle-ci est appuyée par un certificat;

*d)* La partie se fiant à la signature électronique savait-elle ou aurait-elle dû savoir que le dispositif de signature électronique avait été compromis ou annulé;

*e)* Existence d'une quelconque convention ou pratique entre la partie se fiant à la signature et le signataire ou d'un quelconque usage commercial pouvant s'appliquer;

*f)* Tout autre facteur pertinent."

133. Le texte du projet d'article 12 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. Une personne n'est pas fondée à se fier aux informations contenues dans un certificat dans la mesure où il n'est pas raisonnable de le faire.

2. [Pour déterminer s'il n'est pas raisonnable de se fier aux informations contenues dans le certificat] [Pour déterminer s'il était raisonnable pour une personne de se fier aux informations contenues dans le certificat], il est tenu compte, s'il y a lieu, des facteurs suivants:

*a)* Toutes restrictions dont le certificat peut faire l'objet;

*b)* Prise par la partie se fiant au certificat de mesures appropriées pour en déterminer la fiabilité, y compris la consultation d'une liste d'annulations ou de suspensions de certificats, le cas échéant;

*c)* Existence d'une quelconque convention ou pratique en vigueur ou qui était en vigueur au moment pertinent entre la partie se fiant au certificat et le prestataire de services de certification ou le signataire, ou d'un quelconque usage commercial pouvant s'appliquer;

*d)* Tout autre facteur pertinent.

*Variante A*

3. S'il n'est pas raisonnable de se fier à la signature électronique dans les circonstances en considération des facteurs énoncés au paragraphe 1, une partie se fiant au certificat assume le risque que la signature ne soit pas valable.

*Variante B*

3. S'il n'est pas raisonnable de se fier à la signature dans les circonstances en considération des facteurs énoncés au paragraphe 1, une partie se fiant au certificat ne peut se retourner contre le détenteur du dispositif de signature ou le prestataire de services de certification."

*Paragraphe 1*

134. Des avis divers ont été exprimés sur la question de savoir s'il convenait d'insérer une disposition générale dans l'esprit du paragraphe 1 des projets d'articles considérés. Selon une opinion, une telle disposition était inutile, car la plupart des systèmes juridiques aboutiraient facilement à la conclusion du paragraphe 1. Selon une autre opinion, le paragraphe 1 devrait se présenter sous la forme d'une règle positive qui pourrait être rédigée comme suit: "Une personne est fondée à se fier à une signature électronique ou à un certificat si, et dans la mesure où, il est raisonnable de le faire." Cette formulation positive a été appuyée, mais une objection a été soulevée en raison de ce qu'une telle disposition pourrait être interprétée à tort comme créant un droit pour la partie se fiant à la signature dans le contexte de tout document revêtu d'une signature électronique. À cet égard, on s'est interrogé sur la signification juridique des termes "fondée à se fier" à une signature ou à un certificat.

135. Il a été proposé de reformuler comme suit le paragraphe 1: "Le fait d'accorder foi à une signature électronique ou à un certificat relevant des présentes Règles ouvrira droit à la protection de la loi si, et dans la mesure où, il est raisonnable de s'y fier eu égard à toutes les circonstances." Cette proposition a recueilli un certain appui, mais on a généralement considéré que la notion de "protection" par la loi dans les situations où l'on se fie à des signatures électroniques et à des certificats pourrait soulever des questions d'interprétation délicates. Après en avoir délibéré, le Groupe de travail est convenu que les Règles uniformes fourniraient des indications suffisantes quant aux normes de conduite auxquelles devrait se conformer la partie se fiant à la signature ou au certificat s'il était décidé de conserver une disposition dans l'esprit du paragraphe 2. Il a été décidé que le paragraphe 1 devait être supprimé.

*Paragraphe 2*

136. Plusieurs propositions de révision du paragraphe 2 ont été présentées. Il a été proposé notamment que la nouvelle disposition se lise comme suit:

"La partie se fiant à la signature (assume le risque) (supporte les conséquences) découlant du fait qu'elle s'est abstenue de:

*a)* Prendre des mesures adéquates pour vérifier la fiabilité de la signature électronique;

*b)* Vérifier que le certificat existe ou qu'il n'a pas été annulé;

*c)* Respecter les restrictions mentionnées dans le certificat."

137. La proposition a été largement approuvée sur le fond. En réponse à l'objection d'un membre du Groupe, qui a estimé que cette règle imposait une lourde contrainte à la partie qui se fie à la signature, en particulier si ladite partie est un consommateur, il a été précisé que les Règles uniformes n'étaient pas censées l'emporter sur celles qui régissent la protection du consommateur. Il a été signalé à cet égard que les Règles uniformes permettraient de familiariser toutes les parties concernées, et notamment celles

qui se fient à des signatures électroniques, avec les normes de conduite raisonnable à observer en la matière. Il a en outre été rappelé qu'il fallait définir des normes de conduite pour la vérification de la fiabilité d'une signature par les moyens couramment accessibles si l'on voulait mettre au point des dispositifs de clefs publiques.

138. Un membre du Groupe de travail s'est interrogé sur ce que recouvrait exactement la notion de "partie se fiant à la signature". Après discussion, on a abouti à la conclusion que, conformément aux usages en vigueur dans l'industrie, l'expression désignait toute partie appelée à s'en remettre à une signature électronique. Selon les circonstances, il pouvait donc s'agir de n'importe quel tiers lié ou non par contrat avec le signataire ou le prestataire de services de certification. Il était même concevable que le prestataire de services de certification et le signataire deviennent eux-mêmes des parties se fiant à la signature. Le caractère très général de cette définition a amené à se demander si, tel qu'il était libellé, le projet d'article 11 n'obligeait pas le souscripteur d'un certificat à en vérifier la validité avant de l'acheter au prestataire de services de certification. Il a été suggéré que des éclaircissements soient apportés sur ce point dans le guide pour l'incorporation.

139. Certains membres du Groupe de travail se sont également inquiétés de ce qui pourrait éventuellement se produire si les parties étaient tenues de vérifier la validité des signatures électroniques ou des certificats auxquels elles se fient. Il a été indiqué à ce propos que la partie qui ne se plierait pas à cette obligation ne devait pas pour autant être empêchée de se prévaloir de la signature ou du certificat si l'invalidité n'était pas décelable avec une vérification normale. On considérait de l'avis général que cette situation relevait des lois applicables en dehors des Règles uniformes et qu'elle devait être dûment mentionnée dans le guide pour l'incorporation.

140. Afin d'améliorer le texte de la proposition énoncée au paragraphe 135 ci-dessus, il a été proposé de libeller le paragraphe 2 comme suit:

"1. La partie qui entend se fier à une signature électronique appuyée par un certificat assume le risque que ladite signature ne soit pas valable au sens de l'article 6.1 si elle n'a pas vérifié, en se basant sur les renseignements à sa disposition, que le certificat est valable aux fins de confirmation de la signature.

2. Le terme "renseignements" tel qu'il figure au paragraphe 1 désigne:

*a)* Les renseignements communiqués par le prestataire de services de certification en vertu du paragraphe 1 *c* de l'article 10; et

*b)* Tous autres renseignements dont dispose la partie en question qui tendent à prouver ou qui laissent présumer que le certificat n'est pas valable aux fins de confirmation de la signature électronique."

141. La proposition susmentionnée n'a pas été suivie. Il lui a été reproché d'établir un lien artificiel et potentiellement équivoque entre le projet d'article 11 et le projet d'article 6. On a considéré généralement que la question de la validité de la signature électronique aux termes du projet d'article 6 ne devait pas dépendre de la conduite de la partie qui s'y fie, et qu'elle devait rester distincte de la question de savoir s'il était raisonnable pour une partie de se fier à une signature ne répondant pas aux normes définies à l'article 6.

142. Un autre projet de texte inspiré du texte proposé au paragraphe 135 ci-dessus et tenant compte de certaines préoccupations indiquées plus haut se lisait comme suit:

"1. Une partie est fondée à se fier à une signature électronique ou à un certificat dans la mesure où il est raisonnable de le faire compte tenu des circonstances.

2. La partie qui se fie à une signature assume le risque que cette signature ne soit pas valable si elle n'a pas pris des mesures raisonnables pour en vérifier la fiabilité.

3. La partie qui se fie à une signature appuyée par un certificat assume le risque que ledit certificat ne soit pas valable si elle s'abstient de:

*a)* Prendre des mesures raisonnables pour vérifier que le certificat existe ou qu'il n'a pas été suspendu ou annulé; ou

*b)* Respecter les restrictions ou limitations mentionnées dans le certificat, ou en tenir compte.

4. Si la partie se fiant à la signature s'abstient de prendre les mesures énoncées aux paragraphes 2 et 3, cette carence pourra être prise en compte lorsqu'il s'agira de déterminer:

*a)* Si la partie se fiant à la signature est en droit de demander une quelconque réparation; ou

*b)* Le montant à déduire de l'indemnisation accordée à la partie qui s'est fiée à la signature en raison de la conduite de ladite partie."

143. La proposition a été assez bien accueillie quant au fond, mais il a été estimé dans l'ensemble que les Règles uniformes ne devaient pas entrer dans des considérations juridiques de responsabilité civile ou commerciale, contrairement à ce que suggérait le paragraphe 4 de la nouvelle proposition.

144. Après délibération, le Groupe de travail a décidé que le projet d'article 11 devrait se lire comme suit:

"La partie se fiant à la signature ou au certificat assume les conséquences juridiques découlant du fait qu'elle s'est abstenue de:

*a)* Prendre des mesures raisonnables, à la lumière des circonstances, pour vérifier la fiabilité d'une signature électronique; ou

*b)* Si une signature électronique est étayée par un certificat, de prendre des mesures raisonnables, à la lumière des circonstances, pour:

i) Vérifier que le certificat est valable ou qu'il n'a pas été suspendu ni annulé; et

ii) Tenir compte de toute restriction dont le certificat pourrait faire l'objet."

## ANNEXE

### *Projets d'articles 1 et 3 à 11 des Règles uniformes de la CNUDCI sur les signatures électroniques*

*(Texte adopté par le Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique à sa trente-sixième session, tenue à New York du 14 au 25 février 2000)*

Article premier. *Champ d'application*

Les présentes Règles s'appliquent lorsque des signatures électroniques sont utilisées dans le contexte* d'activités commerciales**. Elles ne se substituent à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur.

* La Commission propose le texte suivant aux États qui souhaiteraient étendre l'applicabilité des présentes Règles:

"Les présentes Règles s'appliquent lorsque des signatures électroniques sont utilisées, sauf dans les situations suivantes: [...]."

** Le terme "commerciales" devrait être interprété au sens large, comme désignant toute relation d'ordre commercial qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle. Les relations d'ordre commercial comprennent, sans s'y limiter, les transactions suivantes: fourniture ou échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licence; investissement; financement; opération bancaire; assurance; accord d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de voyageurs par voie aérienne ou maritime, par chemin de fer ou par route.

...

Article 3. *Égalité de traitement des techniques de signature*

Aucune disposition des présentes Règles, à l'exception de l'article 5, n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effets juridiques une quelconque méthode de création de signatures électroniques satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 des présentes Règles ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable.

Article 4. *Interprétation*

1. Pour l'interprétation des présentes Règles, il est tenu compte de leur origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de leur application et le respect de la bonne foi.

2. Les questions concernant les matières régies par les présentes Règles qui ne sont pas expressément réglées par elles sont tranchées selon les principes généraux dont elles s'inspirent.

Article 5. *Dérogation conventionnelle*

Il est possible de déroger aux présentes Règles ou d'en modifier les effets par convention, à moins que cette convention ne soit invalide ou sans effets juridiques aux termes de la loi de l'État adoptant [ou à moins que lesdites Règles n'en disposent autrement].

Article 6. *Satisfaction de l'exigence de 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 toute convention 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 en l'absence de signature.

3. Une signature électronique est considérée fiable en ce qu'elle satisfait à l'exigence indiquée au paragraphe 1 si:

*a)* Les moyens utilisés pour la création d'une signature électronique sont, dans le contexte dans lequel ils sont utilisés, liés exclusivement au signataire;

*b)* Les moyens utilisés pour la création d'une signature électronique sont, au moment de la signature, sous le contrôle exclusif du signataire;

*c)* Toute modification apportée à la signature électronique après le moment de la signature est décelable; et,

*d)* Dans le cas où l'exigence légale de signature a pour but de garantir l'intégrité de l'information à laquelle elle se rapporte, toute modification apportée à l'information après le moment de la signature est décelable.

4. Le paragraphe 3 ne restreint pas la possibilité pour toute personne concernée:

*a)* D'établir de toute autre manière, aux fins de satisfaire l'exigence visée au paragraphe 1, la fiabilité de la signature électronique; ni

*b)* D'apporter des preuves de la non-fiabilité de la signature électronique.

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

Article 7. *Satisfaction des dispositions de l'article 6*

1. [Toute personne, tout organe ou autorité, de droit public ou privé, indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière] peut déterminer quelles signatures électroniques satisfont aux exigences de l'article 6.

2. Toute détermination arrêtée en vertu du paragraphe 1 doit être conforme aux normes internationales reconnues.

3. Aucune disposition du présent article n'affecte le fonctionnement des règles du droit international privé.

Article 8. *Normes de conduite du signataire*

1. Chaque signataire:

*a)* Prend des précautions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de son dispositif de signature;

*b)* Avertit, sans délai, toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle prête des services à l'appui de la signature électronique si:

i) Il sait que le dispositif de signature est compromis; ou

ii) Il estime, au regard de circonstances connues de lui, qu'il y a un risque important que le dispositif de signature ait été compromis;

*c)* Prend, lorsqu'un certificat est utilisé à l'appui de la signature électronique, des précautions raisonnables pour assurer que tous les renseignements qu'il donne concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou devant figurer dans le certificat sont exacts et complets.

2. Le signataire est responsable de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1.

### Article 9. *Normes de conduite du prestataire de services de certification*

1. Le prestataire de services de certification:

*a)* Agit en conformité de ses déclarations de principe et des renseignements qu'il donne concernant ses pratiques;

*b)* Prend des précautions raisonnables pour assurer que tous les renseignements qu'il donne concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou figurant dans le certificat sont exacts et complets;

*c)* Fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles lui permettant de s'assurer à partir du certificat:

i) De l'identité du prestataire de services de certification;

ii) De ce que la personne identifiée dans le certificat avait au moment de la signature le contrôle du dispositif de signature;

iii) De ce que le dispositif de signature était valide à la date ou précédemment à la date à laquelle le certificat a été émis;

*d)* Fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles lui permettant de s'assurer, s'il y a lieu, à partir du certificat ou de toute autre manière:

i) De la méthode utilisée pour identifier le signataire;

ii) De toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles la signature ou le certificat peuvent être utilisés;

iii) De ce que le dispositif de signature fonctionne et n'a pas été compromis;

iv) De toute restriction quant à la nature ou à l'étendue de la responsabilité stipulée par le prestataire de services de certification;

v) De l'existence de moyens accessibles au signataire permettant à celui-ci de l'avertir que le dispositif de signature a été compromis;

vi) De la disponibilité d'un service d'annulation en temps utile;

*e)* Fournit au signataire le moyen de l'avertir que le dispositif de signature a été compromis, et assure en temps utile un service d'annulation;

*f)* Utilise des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables pour la prestation de ses services.

2. Un prestataire de services de certification est responsable pour tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1.

### [Article 10. *Fiabilité*

Pour déterminer si, et dans quelle mesure, tous systèmes, procédures et ressources humaines utilisés par le prestataire de services de certification sont fiables, il est tenu compte des facteurs suivants:

*a)* Ressources humaines et financières, y compris l'existence d'avoirs;

*b)* Qualité du matériel et des logiciels;

*c)* Procédures utilisées pour le traitement des certificats et des demandes de certificats et la conservation des enregistrements;

*d)* Possibilité d'accès à l'information pour les signataires identifiés 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 du prestataire de services de certification concernant le respect ou l'existence des critères énumérés ci-dessus; et

*g)* Tous autres facteurs pertinents.]

### Article 11. *Normes de conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat*

La partie se fiant à la signature ou au certificat assume les conséquences juridiques découlant du fait qu'elle s'est abstenue de:

*a)* Prendre des mesures raisonnables pour vérifier la fiabilité d'une signature électronique; ou,

*b)* Si une signature électronique est appuyée par un certificat, de prendre des mesures raisonnables pour:

i) Vérifier que le certificat est valide ou qu'il n'a pas été suspendu ni annulé; et

ii) Tenir compte de toute restriction dont le certificat ferait l'objet.

## D. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-sixième session: projet de Règles uniformes sur les signatures électroniques: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.84) [Original: anglais]

### TABLE DES MATIÈRES


| | | *Paragraphes* | *Pages* |
|---|---|---|---|
| INTRODUCTION | | 1-13 | 479 |
| I. | OBSERVATIONS GÉNÉRALES | 14-21 | 481 |
| II. | PROJETS D'ARTICLES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES | 22-67 | 483 |
| | Article premier. Champ d'application | 22 | 483 |
| | Article 2. Définitions | 23-36 | 483 |
| | Article 3. [Neutralité technique] [Égalité de traitement des signatures] | 37 | 487 |
| | Article 4. Interprétation | 38 | 487 |
| | Article 5. [Dérogation conventionnelle] [Autonomie des parties] [Liberté contractuelle] | 39-40 | 487 |
| | Article 6. [Respect des exigences concernant la signature] [Présomption de signature] | 41-47 | 488 |
| | Article 7. [Présomption d'original] | 48 | 490 |
| | Article 8. Satisfaction des exigences des articles 6 et 7 | 49-51 | 490 |
| | Article 9. Responsabilités du détenteur du dispositif de signature | 52-53 | 491 |
| | Article 10. Responsabilités d'un prestataire de services de certification | 54-60 | 493 |
| | Article 11. Foi accordée aux signatures électroniques | | 502 |
| | Article 12. Foi accordée aux certificats | 61-63 | 502 |
| | Article 13. Reconnaissance des certificats et signatures électroniques étrangers | 64-67 | 503 |
| | *Annexe I* | | |
| | Récapitulatif des projets d'articles 1 à 13 | | 506 |


### 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 et à la possibilité de définir des Règles uniformes concernant ces questions. Il a été convenu que les Règles uniformes à élaborer 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).

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

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 sur les signatures électroniques" ou "les Règles uniformes"). 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 respecter, en particulier dans les cas de certification transnationale[2].

4. 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).

5. 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 noté qu'à ses trente et unième et trente-deuxième sessions il avait eu des difficultés manifestes 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 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 accomplis jusqu'ici étaient le signe que le projet de Règles uniformes sur les signatures électroniques prenait progressivement la forme d'une structure utilisable. La Commission a réaffirmé la décision qu'elle avait prise à sa trentième session sur la faisabilité de la rédaction de telles Règles uniformes et s'est déclarée certaine que le Groupe de travail pourrait progresser encore dans ses travaux à sa trente-troisième session 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 comme un forum international particulièrement important pour les échanges de vues sur les problèmes juridiques liés au commerce électronique et à la recherche de solutions correspondantes[3].

6. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième (juillet 1998) et trente-quatrième (février 1999) sessions (A/CN.9/454 et 457). Elle a dit sa satisfaction quant aux 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 compréhension des aspects juridiques des signatures électroniques, mais on a également senti 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.

7. Selon une opinion, l'approche qu'avait adoptée jusqu'ici le Groupe de travail ne tenait pas suffisamment compte de la nécessité, pour le monde des affaires, de souplesse dans l'utilisation des signatures électroniques et autres techniques d'authentification. Telles qu'actuellement envisagées, les Règles uniformes mettaient trop l'accent sur les signatures numériques et sur une application particulière de ces dernières 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. La réglementation de certaines utilisations des signatures électroniques était peut-être nécessaire en dehors du droit commercial, mais le Groupe de travail ne devrait pas s'engager dans une activité de ce type.

8. Selon l'avis qui a largement prévalu, le Groupe de travail devrait poursuivre sa tâche sur la base de son mandat original (voir par. 3 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 d'élaborer 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 à la clef) correspondait à un modèle possible de cryptographie à clef publique, mais que d'autres étaient aussi concevables (sans intervention d'une autorité de certification indépendante, par exemple). L'un des principaux avantages qu'il y avait

[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. 208.

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 titulaire), 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 de la même façon, 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, on a 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 techniquement (ibid., par. 68).

9. À l'issue du débat, la Commission a réaffirmé ses décisions précédentes quant à la faisabilité de la rédaction de Règles uniformes (voir par. 3 et 5 ci-dessus) et s'est déclarée certaine que le Groupe de travail pourrait progresser encore à ses prochaines sessions[4].

10. Le Groupe de travail a poursuivi l'élaboration du projet de Règles uniformes à sa trente-cinquième session (Vienne, septembre 1999) sur la base d'une note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.82). Le rapport sur les travaux de cette session figure sous la cote A/CN.9/465.

11. La présente note contient un projet révisé de dispositions élaboré à la suite des délibérations et décisions du Groupe de travail et des délibérations et décisions de la Commission à sa trente-deuxième session, dont il est rendu compte ci-dessus (voir par. 6 à 9). Les dispositions qui ont été nouvellement revues sont imprimées en caractères italiques. Pour plus de commodité, tous les projets de dispositions ont été regroupés à l'annexe I de la présente note.

12. 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.

### Référence à des lois nationales et à d'autres textes

13. Pour certains articles on a, à des fins d'information et de comparaison, fait figurer en petits caractères, sous le titre ci-dessus, des extraits de lois nationales et d'autres textes. Les lois nationales citées sont celles dont le secrétariat a connaissance et qui sont accessibles. Les autres textes émanent d'organisations internationales ou sont très connus et accessibles à tous. Les abréviations renvoient aux lois et textes suivants:

| | |
|---|---|
| Allemagne | Loi de 1997 sur les signatures numériques (Article 3 de la loi sur les services d'information et de communication approuvée le 13 juin 1997 et entrée en vigueur le 1er août 1997); |
| Illinois | États-Unis d'Amérique; Loi de 1998 sur la sécurité du commerce électronique (Loi 3180 du Parlement de l'Illinois, 1997; 5Ill. Comp. Stat. 175, entrée en vigueur en août 1998); |
| Minnesota | États-Unis d'Amérique; Loi sur l'authentification électronique (Minnesota Statutes §325, entrée en vigueur en mai 1997); |
| Missouri | États-Unis d'Amérique; Loi sur les signatures numériques, 1998 (1998 SB 680, entrée en vigueur en juillet 1998); |
| Singapour | Loi de 1998 sur les transactions électroniques, loi n° 25 de 1998. |
| Principes directeurs de l'ABA | "Principes directeurs relatifs aux signatures numériques", Section des sciences et techniques de l'American Bar Association, 1996; |
| Conseil européen | Directive du Parlement européen et du Conseil sur un cadre commun pour les signatures électroniques, 1999 (7015/99); |
| GUIDEC | Chambre de commerce internationale, "General Usage for International Digitally Ensured Commerce", 1997. |

## I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

14. 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.

15. 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

[4]Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 308 à 314.

appelés à prendre en considération lorsqu'ils établissent un cadre juridique général pour les signatures électroniques.

16. 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).

17. 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. Le projet de Règles uniformes a été élaboré en partant du principe que ces Règles constitueraient un instrument juridique séparé.

18. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si un préambule aux Règles uniformes serait susceptible d'en préciser l'objet, 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 la trente-troisième session du Groupe de travail, on 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). Le Groupe de travail a conclu qu'en l'absence d'un terme plus approprié le terme "renforcée" serait conservé. C'est pourquoi il figure entre crochets dans le présent projet révisé de Règles uniformes. À la trente-quatrième session (A/CN.9/457, par. 39), on a estimé qu'il pourrait être nécessaire de réexaminer la définition de l'expression "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 signatures électroniques, notamment en ce qui concernait leurs effets juridiques. On a été d'avis que traiter de signatures électroniques renforcées offrant un degré élevé de fiabilité n'était justifié que si les Règles uniformes prévoyaient un équivalent fonctionnel pour des utilisations spécifiques des signatures manuscrites, ce qui pourrait s'avérer particulièrement difficile à réaliser au niveau international sans pour autant être d'une grande utilité pour les transactions commerciales internationales. Il faudrait donc peut-être préciser l'avantage supplémentaire à attendre de l'utilisation d'une "signature électronique renforcée" par rapport à une simple "signature électronique". À la trente-cinquième session du Groupe de travail, le maintien de la notion de "signature électronique renforcée", décrite comme particulièrement apte à fournir une certitude quant à l'utilisation d'un certain type de signatures électroniques, à savoir les signatures numériques appliquées au moyen d'infrastructures à clef publique, a bénéficié d'un appui. Mais on a fait valoir, à l'opposé, que cette notion compliquait inutilement la structure des Règles uniformes. En outre, elle se prêterait à des malentendus en laissant entendre que différents niveaux de fiabilité technique pourraient correspondre à un nombre également diversifié d'effets juridiques. De nombreuses délégations ont exprimé la crainte que l'on considère une signature électronique renforcée comme une notion juridique distincte plutôt que comme la simple expression d'un ensemble de critères techniques dont l'utilisation rendait une méthode de signature particulièrement fiable. Tout en reportant sa décision finale sur la question de savoir si les Règles uniformes se fonderaient sur la notion de "signature électronique renforcée", le Groupe de travail a généralement convenu que, lors de l'établissement d'une version révisée des Règles uniformes en vue de la poursuite du débat à une session ultérieure, il serait utile de présenter une version des projets d'articles qui ne se fondait pas sur cette notion (A/CN.9/465, par. 66).

20. Compte tenu du débat sur la nécessité de créer une catégorie de "signatures électroniques renforcées", le présent projet révisé de Règles uniformes propose une autre approche dont le Groupe de travail pourra discuter. La définition de l'expression "signature électronique renforcée", figurant à l'alinéa *b* de l'article 2, a été mise entre crochets, mais n'est employée dans aucune des dispositions de fond des Règles uniformes. Les parties pertinentes de cette définition ont été insérées, quand il y a lieu, dans les dispositions correspondantes. L'objectif est d'aider le Groupe de travail à déterminer s'il faut éliminer les références tant aux signatures électroniques qu'aux signatures électroniques renforcées, de sorte que les Règles uniformes ne visent qu'une seule catégorie de signatures électroniques. Des remarques relatives à la possible modification de cette définition figurent à la suite de l'article 2. Les remarques relatives à des propositions particulières figurent à la suite des articles correspondants.

21. Comme il a été convenu par le Groupe de travail à sa trente-cinquième session, le présent projet révisé de Règles uniformes se fonde sur le principe que les cas où "la loi exige une signature" ne se limitent pas aux cas où une signature électronique est utilisée pour satisfaire à une prescription légale impérative selon laquelle certains documents doivent être signés pour être valides. Dans la mesure où la loi contient très peu de prescriptions de ce type applicables aux documents utilisés dans les transactions commerciales, une telle interprétation erronée aurait pour résultat pratique de réduire indûment le champ d'application des Règles uniformes. Conformément à l'interprétation des mots "la loi" adoptée par la Commission au paragraphe 68 du Guide pour l'incorporation de la Loi type (selon laquelle "le terme "loi" doit être interprété comme renvoyant non seulement aux dispositions législatives et réglementaires mais également aux règles découlant de la jurisprudence et autres règles processuelles"), les Règles uniformes (et la Loi type) doivent viser de manière très large l'utilisation des signatures électroniques, puisque la plupart des documents utilisés dans le contexte des transactions commerciales devraient probablement, dans la pratique, satisfaire aux exigences du droit de la preuve concernant la preuve écrite (A/CN.9/465, par. 67).

## II. PROJETS D'ARTICLES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

### Article premier. *Champ d'application*

Les présentes Règles s'appliquent *lorsque* des signatures électroniques *sont* utilisées dans le contexte* *d'activités* commerciales**. *Elles* ne se substituent à aucune *règle de droit* visant à protéger les consommateurs.

**La Commission propose le texte suivant aux États qui souhaiteraient étendre l'applicabilité des présentes Règles:*

*"Les présentes Règles s'appliquent lorsque des signatures électroniques sont utilisées, sauf dans les situations suivantes: [...]."*

**Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, comme désignant toute relation d'ordre commercial, qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle. Les relations d'ordre commercial comprennent, sans s'y limiter, les transactions suivantes: fourniture ou échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licence; investissement; financement; opération bancaire; assurance; accord d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de voyageurs par voie aérienne ou maritime, par chemin de fer ou par route.

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/465, par. 36 à 42;
A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 21;
A/CN.9/457, par. 53 à 64.

*Remarques*

22. Les premiers mots du projet d'article premier ont été modifiés à des fins de cohérence avec l'article premier de la Loi type (voir A/CN.9/465, par. 38). La note* vise à suivre le même principe que celui qui avait été adopté dans la Loi type, selon lequel "rien dans la Loi type ne devrait empêcher un État d'élargir le champ d'application de la Loi type pour couvrir les utilisations du commerce électronique en dehors du domaine commercial" (Guide pour l'incorporation de la Loi type, par. 26). Le Groupe de travail a décidé, à sa trente-cinquième session, qu'un tel principe devrait s'appliquer également aux signatures électroniques (ibid., par. 39).

### Article 2. *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] *[toute méthode dans le cadre d'un message de données]* pouvant être utilisée[s] 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 dont on peut démontrer par l'application d'une [procédure de sécurité] [méthode]:*

i) qu'elle est particulière au détenteur de la signature [aux fins pour lesquelles] [dans le contexte où] elle est utilisée;

ii) qu'elle 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 *[et par nulle autre personne]*;

[*iii) qu'elle a été créée et est liée au message de données auquel elle se rapporte d'une manière qui offre une garantie fiable quant à l'intégrité du message";]*]

*c)* Le terme "certificat" désigne un message de données ou un autre enregistrement émis par un certificateur d'informations et supposé *établir* l'identité d'une personne ou d'une entité détenant [une paire de clefs particulière] *[un dispositif de signature particulier]*;

*d)* Le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie;

*e)* Le terme "détenteur de la signature" *[détenteur du dispositif] [détenteur de la clef] [titulaire] [détenteur du dispositif de signature] [signataire]* désigne une personne par qui, ou au nom de qui, une signature électronique renforcée peut être créée et apposée à un message de données.

*f)* Le terme "certificateur d'informations" désigne une personne ou une entité qui, dans le cours de ses affaires, [fournit des services d'identification] [certifie les informations] qui servent à faciliter l'utilisation de signatures électroniques [renforcées]."

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/465, par. 42;
A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 22 à 33;
A/CN.9/457, par. 22 à 47, 66 et 67, 89 et 109;
A/CN.9/WG.IV/WP.80, par. 7 à 10;
A/CN.9/WG.IV/WP.79, par. 21;
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*

23. Le Groupe de travail a décidé, à sa trente-cinquième session, de reporter l'examen des définitions figurant au projet d'article 2 jusqu'à ce qu'il ait achevé d'examiner les dispositions de fond des Règles uniformes (A/CN.9/465, par. 42).

*Définition des termes "signature électronique"*

24. La définition des termes "signature électronique" a été rédigée conformément à la décision du Groupe de tra-

vail à sa trente-quatrième session (A/CN.9/457, par. 23 à 32). Les mots entre crochets "[toute méthode dans le cadre d'un message de données]" ont été inclus dans le texte pour aligner le libellé de la définition figurant dans les Règles uniformes sur celui de l'article 7 de la Loi type.

*Définition des termes "signature électronique renforcée"*

25. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail s'est posé la question de savoir s'il fallait utiliser la notion de "signature électronique renforcée" dans les Règles uniformes. Le maintien de cette notion, décrite comme particulièrement apte à fournir une certitude quant à l'utilisation d'un certain type de signatures électroniques, à savoir les signatures numériques appliquées au moyen d'infrastructures à clef publique, a bénéficié d'un appui. Mais on a fait valoir, à l'opposé, qu'elle compliquait inutilement la structure des Règles uniformes. En outre, elle se prêterait à des malentendus en laissant entendre que différents niveaux de fiabilité pourraient correspondre à un nombre également diversifié d'effets juridiques. De nombreuses délégations ont exprimé la crainte que l'on ne considère une signature électronique renforcée que comme une notion juridique distincte plutôt que comme la simple expression d'un ensemble de critères techniques dont l'utilisation rendait une méthode de signature particulièrement fiable. Tout en reportant sa décision finale sur la question de savoir si les Règles uniformes se fonderaient sur la notion de "signature électronique renforcée", le Groupe de travail est généralement convenu que, lors de l'établissement d'une version révisée des Règles uniformes en vue de la poursuite du débat à une session ultérieure, il serait utile de présenter une version des projets d'articles qui ne se fondait pas sur cette notion (A/CN.9/465, par. 66).

26. Conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa trente-quatrième session (A/CN.9/457, par. 39), la définition de l'expression "signature électronique renforcée" inclut, à l'alinéa *b* iii, le libellé apparaissant entre crochets, qui constitue un lien nécessaire entre la signature renforcée apposée sur le message de données et l'information contenue dans ce message, sous la forme d'une fonction d'intégrité. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la notion d'intégrité devrait faire partie intégrante de la définition d'une signature électronique renforcée ou si elle se rattache davantage à l'idée d'original, comme c'est le cas dans l'article 8 de la Loi type et le projet d'article 7 des présentes Règles uniformes. Le libellé qui figurait précédemment en tant que sous-alinéa ii, "peut être utilisé pour identifier objectivement le détenteur de la signature dans le cadre du message de données", a été omis du texte actuel, car il figure déjà dans la définition des termes "signature électronique" à l'alinéa *a*.

27. Au début de l'alinéa *b*, l'ajout du terme "méthode", comme variante de "procédure de sécurité", vise à aligner plus étroitement la terminologie sur celle de la Loi type.

28. À l'alinéa *b* ii, les mots "et par nulle autre personne" ont été placés entre crochets, car leur insertion soulève un certain nombre de questions. Premièrement, le fait de les inclure dans la définition d'une signature électronique renforcée peut donner à entendre que toute signature qui n'est pas créée et apposée par son détenteur (et qui pourrait donc ne pas être autorisée) n'est pas une signature électronique renforcée. Cette interprétation peut avoir pour effet d'exclure ces signatures du champ d'application de certains articles des Règles uniformes, par exemple les projets d'articles 8, 9 et 11. En particulier, l'application des parties du projet d'article 9 qui ont trait à la responsabilité dans les cas où les dispositifs de signature seraient compromis risquerait d'être incertaine.

29. En second lieu, l'inclusion de ces mots impliquerait que, pour qu'une procédure de sécurité ou une méthode soit une signature électronique renforcée, elle puisse démontrer que la signature a été effectivement créée et apposée par son détenteur. Dans la mesure où cela risque d'être impossible pour certaines technologies, une telle exigence pourrait laisser entendre qu'il est nécessaire d'utiliser, en plus du dispositif de signature, un identificateur personnel en recourant, par exemple, à la biométrie ou à une technique du même type.

30. Une autre question que le Groupe de travail voudra peut-être examiner dans le cadre de l'alinéa *b* ii est la relation entre l'exigence d'un moyen dont "seul ce détenteur a le contrôle" et le projet d'article 9, qui énonce les obligations de "chaque" détenteur d'un dispositif de signature. Cette question se pose aussi dans le cadre de la définition de l'expression "détenteur de la signature" ci-après.

31. À l'alinéa *b* iii, les mots "garantie fiable" visent à assurer une cohérence avec la terminologie de l'article 8 de la Loi type.

*Définition du terme "certificat"*

32. Si l'on veut être complet, il pourrait être nécessaire d'inclure dans les Règles uniformes une définition du terme "certificat". Cette définition s'inspire de celle de l'expression "certificat d'identification" figurant dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.79, mais cette dernière expression n'a pas été reprise telle quelle dans les Règles uniformes. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les mots placés entre crochets, "ou une autre caractéristique importante", peuvent être supprimés pour la raison suivante. La notion d'identité peut englober davantage que le nom du détenteur du dispositif de signature et renvoyer à d'autres caractéristiques importantes, comme la position ou l'autorité, soit en association avec un nom, soit sans référence à un nom. Partant, il ne serait pas nécessaire d'établir une distinction entre l'identité et d'autres caractéristiques importantes, ni de limiter les Règles uniformes aux cas où seuls sont utilisés les certificats d'identification qui désignent nommément le détenteur du dispositif de signature. Pour une autre conception du sens du mot "identité", voir le rapport "Background Paper on Electronic Authentication Technologies and Issues", atelier conjoint OCDE-secteur privé sur l'authentification électronique, Californie, 2-4 juin 1999, pages 6 à 9.

33. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si les mots "confirmer l'identité" sont

appropriés, étant entendu que le certificat peut en fait non pas *confirmer* l'identité du détenteur du dispositif de signature mais plutôt identifier ce dernier moyennant certaines procédures et certifier que cette identité est liée au dispositif de signature ou à la clef publique indiqués dans le certificat. Pour faire en sorte que les Règles uniformes soient techniquement neutres, le Groupe de travail voudra peut-être également envisager l'emploi d'une formulation neutre de ce point de vue, comme "dispositif de signature" ou "dispositif de création de signature", à la place de "paire de clefs", dans la mesure où cette dernière expression renvoie spécifiquement aux signatures numériques. L'emploi des mots "paire de clefs" dans la définition du terme "certificat" peut être approprié lorsque des certificats ne sont utilisés que dans un contexte de signature numérique.

*Définition du terme "message de données"*

34. Il pourrait être nécessaire d'inclure une définition de "message de données" dans le projet de Règles uniformes si l'on veut être complet. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la nécessité d'inclure cette définition dans le cadre de la relation entre les Règles uniformes et la Loi type.

*Définition du terme "détenteur de la signature"*

35. À sa trente quatrième session (A/CN.9/457, par. 47), le Groupe de travail n'a pas conclu son débat sur la définition de "détenteur de la signature". La définition révisée comprend désormais, entre crochets, un certain nombre de mots qui, de l'avis du Groupe de travail, seraient peut-être plus appropriés que le terme "détenteur de la signature". Il conviendra peut-être de revoir cette définition dans le cadre de l'alinéa *b* ii concernant la définition de "signature électronique renforcée" ci-dessus et du projet d'article 9, comme indiqué au paragraphe 30. Compte tenu de la proposition faite à la trente-cinquième session du Groupe de travail, le terme "détenteur de la signature" a été remplacé dans la présente note par "détenteur du dispositif de signature" (voir A/CN.9/465, par. 78 à 82).

*Définition du terme "certificateur d'informations"*

36. Le Groupe de travail n'a pas examiné cette définition à sa précédente session, et elle reste donc inchangée. Toutefois, compte tenu des débats déjà consacrés à ce point (A/CN.9/457, par. 109), il voudra peut-être se demander si les mots "dans le cours de ses affaires", qui y figurent, doivent être interprétés comme signifiant que les activités liées à la certification devraient être les activités professionnelles exclusives d'un certificateur d'informations ou si, pour englober des cas tels que la délivrance de certificats par des sociétés de cartes de crédit, il faudrait viser également l'émission de certificats comme activité accessoire d'une entité. Compte tenu d'une proposition formulée à la trente-cinquième session du Groupe de travail, le terme "certificateur d'informations" a été remplacé dans le reste du texte par "prestataire de services de certification" (A/CN.9/465, par. 125). Le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre une décision quant à la terminologie à employer.

RÉFÉRENCES À DES LOIS NATIONALES ET À D'AUTRES TEXTES

**Principes directeurs de l'American Bar Association (ABA)**

***Première partie. Définitions***

*1.5. Certificat*

Un message qui, au moins,

1) identifie l'autorité de certification qui l'émet;

2) nomme ou identifie son titulaire;

3) contient la clef publique du titulaire;

4) indique la période d'effet; et

5) est signé numériquement par l'autorité de certification qui l'émet.

*1.6. Autorité de certification*

Toute personne qui délivre un certificat.

*1.27. Partie se fiant au certificat*

Toute personne qui a reçu un certificat et une signature numérique vérifiable par référence à une clef publique indiquée dans le certificat et qui est en mesure de s'y fier.

*1.30. Signataire*

Toute personne qui crée une signature numérique pour un message.

*1.31. Titulaire*

Toute personne qui:

1) est le sujet nommé ou identifié dans un certificat émis à son intention; et

2) détient une clef privée qui correspond à une clef publique indiquée dans ce certificat.

**Directive de la Communauté européenne**

***Article 2***

*Définitions*

Aux fins de la présente directive, on entend par:

1. "signature électronique", une donnée sous forme numérique jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et servant de méthode d'authentification;

2. "signature électronique avancée", une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes:

*a)* être liée uniquement au signataire;

*b)* permettre d'identifier le signataire;

*c)* être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif; et

*d)* être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable;

3. "signataire", toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui de l'entité qu'elle représente;

4. "données relatives à la création de signature", des données uniques telles que des codes ou des clefs cryptographiques privées, que le signataire utilise pour créer une signature électronique;

5. "dispositif de création de signature", un dispositif logiciel ou matériel configuré pour mettre en application les données afférentes à la création de signature;

6. "dispositif sécurisé de création de signature", un dispositif de création de signature qui satisfait aux exigences de l'annexe III;

7. "données afférentes à la vérification de signature", des données, telles que des codes ou des clefs cryptographiques publiques, qui sont utilisées pour vérifier la signature électronique;

8. "dispositif de vérification de signature", un dispositif logiciel ou matériel configuré pour mettre en application les données afférentes à la vérification de signature;

9. "certificat", une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne;

10. "certificat qualifié", un certificat qui satisfait aux exigences visées à l'annexe I et qui est fourni par un prestataire de services de certification satisfaisant aux exigences visées à l'annexe II;

11. "prestataire de services de certification", toute entité ou personne physique ou morale qui délivre des certificats ou fournit d'autres services liés aux signatures électroniques; [...].

**GUIDEC**

***VI. Glossaire***

*2. Certificat*

Message sécurisé par une personne, et qui atteste l'exactitude de faits pertinents aux effets juridiques de l'acte d'une autre personne.

*4. Certificateur*

Personne qui émet un certificat par lequel elle atteste l'exactitude d'un fait pertinent aux effets juridiques de l'acte d'une autre personne.

*12. Certificat de clef publique*

Certificat rattachant à son titulaire une clef publique qui correspond à une clef privée détenue par ce titulaire.

*14. Titulaire*

Personne qui est le sujet d'un certificat.

**Allemagne**

***§2 Définitions***

1) Au sens de la présente loi, une signature numérique est un sceau apposé sur des données numériques créé à l'aide d'une clef privée et qui permet, par l'utilisation de la clef publique correspondante à laquelle est joint un certificat émis par un certificateur ou par l'Autorité conformément au paragraphe 3, de déterminer qui est le propriétaire de la clef et de s'assurer que les données n'ont pas été falsifiées.

2) Au sens de la présente loi, un certificateur est une personne physique ou morale qui se porte garant de l'attribution de clefs publiques à des personnes physiques et possède une licence à ce titre en vertu du paragraphe 4.

3) Au sens de la présente loi, un certificat est une attestation numérique concernant l'attribution à une personne physique d'une clef publique auquel est jointe une signature numérique (certificat de clef), ou une attestation numérique spéciale qui renvoie sans risque d'erreur à un certificat de clef et renferme d'autres informations (certificat d'attributs).

**Illinois**

***Article 5. Enregistrements et signatures électroniques en général***

*Article 5-105. Définitions*

Le terme "certificat" désigne un enregistrement qui, au minimum: *a)* identifie l'autorité de certification qui l'émet; *b)* nomme ou identifie d'une autre manière son titulaire, ou un dispositif ou un agent électronique sous le contrôle du titulaire; *c)* contient une clef publique correspondant à une clef privée sous le contrôle du titulaire; *d)* précise sa période d'effet; et *e)* est signé numériquement par l'autorité de certification qui l'émet.

Les termes "autorité de certification" désignent une personne qui autorise l'émission d'un certificat et en est à l'origine.

Les termes "signature électronique" désignent une signature sous forme électronique jointe ou logiquement associée à un enregistrement électronique.

Les termes "dispositif de signature" désignent une information unique, telle que codes, algorithmes, lettres, chiffres, clefs privées ou numéros d'identification personnels, ou un dispositif matériel à configuration unique, qui est requise, seule ou en association avec d'autres informations ou dispositifs, pour créer une signature électronique attribuable à une personne déterminée.

**Singapour**

***Première partie. Article 2. Interprétation***

Le terme “certificat” désigne un enregistrement visant à appuyer des signatures numériques et qui est censé confirmer l’identité ou d’autres caractéristiques importantes de la personne détenant une paire de clefs particulière;

Les termes “autorité de certification” désignent une personne ou un organisme qui émet un certificat;

Les termes “signature électronique” désignent les lettres, caractères, chiffres ou autres symboles sous forme numérique joints ou logiquement associés à un enregistrement électronique, et utilisés ou adoptés dans l’intention d’authentifier ou d’approuver l’enregistrement électronique;

Les termes “paire de clefs”, dans un système cryptographique asymétrique, désignent une clef privée et la clef publique à laquelle elle est mathématiquement liée, avec pour caractéristique le fait que la clef publique peut vérifier une signature numérique créée par la clef privée;

Les termes “clef privée” désignent la clef d’une paire de clefs utilisée pour créer une signature numérique;

Les termes “clef publique” désignent la clef d’une paire de clefs utilisée pour vérifier une signature numérique;

Le terme “titulaire” désigne une personne qui est le sujet nommé ou identifié dans un certificat qui lui est délivré, et qui détient une clef privée correspondant à une clef publique indiquée dans ce certificat.

Article 3. *[Neutralité technique] [Égalité de traitement des signatures]*

Aucune des dispositions des présentes Règles n’est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d’effet juridique toute méthode [de signature *électronique*] [satisfaisant aux exigences *mentionnées au paragraphe 1 de l’article 6 des présentes Règles*] *[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] [ou satisfaisant autrement aux exigences de la loi applicable].*

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/465, par. 43 à 48;
A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 34;
A/CN.9/457, par. 53 à 64.

*Remarques*

37. Le projet d’article 3 vise à tenir compte de certaines des suggestions de rédaction formulées à la trente-cinquième session du Groupe de travail (A/CN.9/465, par. 47 et 48). Dans le cadre de ses débats sur le projet d’article 3, le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s’il convient d’indiquer clairement dans les Règles uniformes que toute méthode utilisée ou envisagée à des fins autres que la création de l’équivalent fonctionnel d’une signature manuscrite juridiquement signifiante (à savoir une méthode satisfaisant aux exigences du projet d’article 6 ou satisfaisant autrement aux exigences de la loi applicable) n’entre pas dans le champ d’application desdites Règles.

Article 4. *Interprétation*

1. Pour l’interprétation des présentes Règles uniformes, il est tenu compte de leur origine internationale et de la nécessité de promouvoir l’uniformité de leur application et le respect de la bonne foi.

2. Les questions concernant les matières régies par les présentes Règles uniformes qui ne sont pas expressément réglées par elles sont tranchées selon les principes généraux dont elles s’inspirent.

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/465, par. 49 et 50;
A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 35.

*Remarques*

38. À la trente-cinquième session (A/CN.9/465, par. 50), les membres du Groupe de travail se sont généralement accordés sur le fond du projet d’article 4.

Article 5. *[Dérogation conventionnelle] [Autonomie des parties] [Liberté contractuelle]*

*Il est possible de déroger aux présentes Règles ou [de les modifier] [d’en modifier l’effet] par convention, à moins que lesdites Règles ou la loi de l’État adoptant en disposent autrement.*

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/465, par. 51 à 61;
A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 36 à 40;
A/CN.9/457, par. 53 à 64.

*Remarques*

39. Le texte du projet d’article 5 tient compte d’une proposition largement appuyée par le Groupe de travail à sa trente-cinquième session (A/CN.9/465, par. 59), tendant à laisser aux parties la liberté de décider entre elles de déroger aux dispositions des Règles uniformes ou de les modifier. Cette disposition sur l’autonomie des parties ne vaut que pour ces Règles, et l’intention n’est pas de porter atteinte à l’ordre public ou aux lois impératives applicables aux contrats, telles que les dispositions relatives aux contrats léonins.

40. Le libellé entre crochets a été inclus comme variante plus proche du libellé de l’article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (appelée ci-après “la Convention sur les ventes”), conformément à la suggestion du Groupe de travail (ibid., par. 61).

Article 6. *[Respect des exigences concernant la signature] [Présomption de 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 méthode] [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. 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.

*Variante A*

3. *[Une méthode] [Une signature électronique] est présumée fiable en ce qu'elle satisfait à l'exigence indiquée au paragraphe 1 lorsqu'elle garantit*:

a) *que les données utilisées pour la création d'une signature électronique sont particulières au détenteur du dispositif de [création de] signature dans le contexte dans lequel elles sont utilisées*;

b) *que le détenteur du dispositif de [création de] signature [a] [a eu au moment pertinent] seul le contrôle de ce dispositif*;

c) *que la signature électronique est liée [aux informations] [au message de données ou à la partie de ce message] [auxquelles] [auquel] elle se rapporte [d'une manière qui garantit l'intégrité de ces informations]*;

d) *que le détenteur du dispositif de [création de] signature est objectivement identifié dans le contexte [dans lequel le dispositif est utilisé] [du message de données].*

*Variante B*

3. *En l'absence de preuve du contraire, il est présumé que l'utilisation d'une signature électronique prouve*:

a) *la conformité de la signature électronique à la norme de fiabilité énoncée au paragraphe 1*;

b) *l'identité du signataire présumé; et*

c) *l'approbation par le signataire présumé des informations auxquelles se rapporte la signature électronique*.

*4. La présomption établie au paragraphe 3 s'applique uniquement si*:

a) *la personne qui entend se fier à la signature électronique avise le signataire présumé qu'il se fie à cette signature [en tant qu'équivalent de la signature manuscrite du signataire présumé] [comme preuve des éléments énumérés au paragraphe 3]; et*

b) *Le signataire présumé n'avise pas promptement la personne qui adresse une notification en vertu de l'alinéa* a *des raisons pour lesquelles il ne faut pas se fier à la signature électronique [comme équivalent de sa signature manuscrite] [comme preuve des éléments énumérés au paragraphe 3].*

*Variante C*

3. *En l'absence de preuve du contraire, il est présumé que l'utilisation d'une signature électronique prouve*:

a) *la conformité de la signature électronique à la norme de fiabilité énoncée au paragraphe 1*;

b) *l'identité du signataire présumé; et*

c) *l'approbation par le signataire présumé des informations auxquelles se rapporte la signature électronique*.

[(4)][(5)] Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes: [...].

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/465, par. 62 à 82;
A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 42 à 44;
A/CN.9/457, par. 48 à 52;
A/CN.9/WG.IV/WP.80, par. 11 et 12.

*Remarques*

41. Les paragraphes 1 et 2 ainsi que le dernier paragraphe du projet d'article 6 contiennent des dispositions tirées de l'article 7-1 *b*, 7-2 et 7-3 de la Loi type, respectivement. Un libellé inspiré de l'article 7-1 *a* de la Loi type figure déjà dans la définition du terme "signature électronique" figurant à l'article 2 *a* du projet de Règles uniformes. Toutefois, le projet d'article 2 *a* décrit une méthode qui "peut" être utilisée pour remplir les fonctions d'une signature identifiée à l'article 7-1 *a* de la Loi type. Si le Groupe de travail souhaite insister sur le fait que le paragraphe 1 vise avant tout le cas où tout type de signature électronique (y compris les méthodes d'authentification "non renforcées") est utilisé à des fins de signature (c'est-à-dire dans l'intention de créer un équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite), il pourrait juger plus approprié de reprendre l'intégralité du texte du paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type. Le paragraphe 1 pourrait alors se lire comme suit:

"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] [une signature électronique] 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] [signature électronique] 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*."

42. Il a été déclaré, à la trente-cinquième session du Groupe de travail, qu'il serait peut-être nécessaire d'inclure au projet d'article 6 une disposition rédigée comme suit: "Les conséquences juridiques de l'utilisation d'une signature s'appliquent également à l'utilisation des signatures électroniques" (voir A/CN.9/465, par. 74). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner dans quelle mesure cette notion d'équivalence entre signatures manuscrites et électroniques devrait être développée dans le corps du texte des Règles uniformes ou s'il pourrait être suffisant (et plus conforme à la Loi type) d'indiquer dans

le guide pour leur incorporation (qui sera établi ultérieurement) que, pour l'interprétation du paragraphe 1, il doit être tenu compte du fait que cette disposition a pour objet de garantir que, lorsque l'utilisation d'une signature manuscrite aurait eu des conséquences juridiques, l'utilisation d'une signature électronique fiable aura les mêmes conséquences.

43. Comme il est indiqué dans le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-cinquième session (A/CN.9/465, par. 64), le paragraphe 1, dans la mesure où il reprend le paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type, détermine ce qui constitue une méthode de signature fiable compte tenu des circonstances. En vertu de cet article, une telle détermination ne peut émaner que d'un tribunal ou d'un autre juge des faits intervenant *ex post*, peut-être longtemps après l'utilisation de la signature électronique. En revanche, l'avantage escompté des Règles uniformes pour certaines techniques reconnues comme étant particulièrement fiables indépendamment des circonstances dans lesquelles elles sont utilisées est de créer la certitude (soit par une présomption, soit par une règle de fond), au moment de l'utilisation de cette technique de signature électronique ou avant (*ex ante*), qu'une telle utilisation entraînera des effets juridiques équivalents à ceux d'une signature manuscrite. Tel est l'objet du paragraphe 3.

44. La variante A du paragraphe 3 est basée sur le libellé proposé et examiné à la trente-cinquième session du Groupe de travail (A/CN.9/465, par. 78 à 82), qui vise à exprimer des critères objectifs de fiabilité technique des signatures électroniques. À l'alinéa *c*, le lien nécessaire entre la signature et les informations signées a été formulé de manière qu'on ne puisse pas penser que la signature électronique ne s'applique qu'à la totalité du contenu d'un message de données. En fait, les informations signées ne constitueront, dans de nombreux cas, qu'une partie de l'information contenue dans le message de données.

45. Quand il examinera les variantes B et C, le Groupe de travail souhaitera peut-être préciser, à titre de principe général si, en ce qui concerne l'établissement des critères de "fiabilité" d'une signature électronique, les Règles uniformes devraient porter exclusivement sur les questions de fiabilité technique envisagées dans la variante A ou s'il conviendrait de tenir compte d'autres facteurs, qui remplaceraient ou compléteraient la variante A.

46. La variante B résulte d'une proposition formulée à la trente-cinquième session du Groupe de travail (A/CN.9/465, par. 74 et 75). Si son adoption implique l'élimination de tout lien entre un niveau donné de fiabilité technique, d'une part, et les conséquences juridiques résultant de l'utilisation de signatures électroniques, d'autre part, les paragraphes 3 et 4 auront pour effet de créer, en faveur de toute technique pouvant être utilisée pour produire une signature électronique, ce que l'on a parfois appelé une "faible présomption", c'est-à-dire une présomption pouvant être aisément réfutée par le signataire présumé par simple déclaration. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer, à titre de principe général, s'il est réaliste d'imposer aux utilisateurs de signatures électroniques l'échange de notifications envisagé dans la variante B et si un tel échange permettrait d'atteindre le niveau souhaité de convivialité et de certitude prédéterminée quant aux effets juridiques des signatures électroniques.

47. La variante C résulte d'une proposition formulée à la trente-cinquième session du Groupe de travail (A/CN.9/465, par. 76). Contrairement à la variante B, elle n'offre pas de mécanisme permettant de réfuter facilement la présomption qu'elle crée. Étant donné que pour établir "la preuve du contraire" il pourrait être nécessaire de procéder à des examens détaillés et coûteux des divers dispositifs et procédures techniques de création d'une signature électronique, elle aurait pour effet de créer une très forte présomption quant à l'efficacité juridique de toute technique utilisée pour produire une signature électronique.

RÉFÉRENCES À DES LOIS NATIONALES ET À D'AUTRES TEXTES

**Directive de la Communauté européenne**

***Article 5***

*Effets juridiques des signatures électroniques*

1. Les États membres veillent à ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifié et créées par un dispositif sécurisé de création de signature:

*a)* répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier; et

*b)* soient recevables comme preuves en justice.

2. Les États membres veillent à ce que l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice ne soient pas refusées à une signature électronique au seul motif que:

— la signature se présente sous forme électronique, ou

— qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, ou

— qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de services de certification, ou

— qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature.

**Singapour**

***Partie V. Enregistrements électroniques et signatures sécurisées***

*Signature électronique sécurisée*

17. S'il est possible, par l'application d'une procédure de protection réglementaire ou d'une procédure de protection commercialement raisonnable convenue entre les parties, de vérifier qu'une signature électronique était, au moment où elle a été faite:

*a)* particulière à la personne qui l'utilise;

*b)* susceptible d'identifier cette personne;

*c)* créée d'une façon ou à l'aide d'un moyen dont seule cette personne a le contrôle; et

*d)* liée à l'enregistrement électronique auquel elle se rapporte de telle façon que si cet enregistrement était modifié, la signature électronique serait invalidée;

cette signature est considérée comme une signature électronique sécurisée.

*Présomptions relatives aux enregistrements électroniques et aux signatures sécurisées*

18. [...]

2) Dans toute procédure où il est fait usage d'une signature électronique sécurisée, il est présumé, sauf preuve du contraire, que:

*a)* la signature électronique sécurisée est la signature de la personne à laquelle elle se rapporte; et

*b)* la signature électronique sécurisée a été apposée par cette personne dans l'intention de signer ou d'approuver l'enregistrement électronique.

[Article 7. *Présomption d'original*

1. *Un message de données est présumé être sous sa forme originale lorsqu*'il est fait usage, *pour ce* message de données, [d'une méthode] [*d'une signature électronique*] [*dans le contexte de l'Article 6*] qui:

*a)* 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; et

b) *lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée*;

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

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/465, par. 83 à 89;
A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 45;
A/CN.9/457, par. 48 à 52;
A/CN.9/WG.IV/WP.80, par. 13 et 14.

*Remarques*

48. Le texte du projet d'article 7 résulte de la décision prise par le Groupe de travail à sa trente-cinquième session (A/CN.9/465, par. 89). Cet article a pour objet de confirmer le lien avec l'article 8 de la Loi type et l'exigence d'intégrité. Tel qu'actuellement rédigé, le paragraphe 1 n'implique aucun lien entre la fonction de préservation de l'intégrité de l'information et la fonction de signature au titre du projet d'article 6. L'indépendance des deux articles, qui peuvent s'appliquer de manière cumulative ou séparée à diverses techniques d'authentification, est fondée sur la reconnaissance du fait que, dans un environnement papier, les deux fonctions correspondantes peuvent être également conçues comme séparées.

Article 8. *Satisfaction des exigences des articles 6 et 7*

*Variante A*

1. *[L'Organe ou l'autorité indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière]* peut déterminer quelles méthodes satisfont aux exigences des articles 6 et 7.

2. Toute détermination en vertu du paragraphe 1 *est* conforme aux normes internationales reconnues.

*Variante B*

*1. Il peut être déterminé qu'une ou que plusieurs méthodes de signature électronique satisfont aux exigences des articles 6 et 7.*

2. Toute détermination en vertu du paragraphe 1 *est* conforme aux normes internationales reconnues.

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/465, par. 90 à 98;
A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 46;
A/CN.9/457, par. 48 à 52;
A/CN.9/WG.IV/WP.80, par. 15.

*Remarques*

49. Le projet d'article 8 vise à indiquer clairement qu'un État adoptant peut désigner un organe ou une autorité habilité à déterminer à quelles techniques particulières peuvent s'appliquer les présomptions établies aux projets d'articles 6 et 7. Selon la décision prise par le Groupe de travail à sa trente-cinquième session, le projet d'article 8 ne doit pas être interprété d'une manière qui amènerait, par exemple, à interdire aux utilisateurs de recourir à des techniques dont il n'a pas été déterminé qu'elles satisfaisaient aux exigences des projets d'articles 6 et 7, si ces utilisateurs étaient convenus de procéder ainsi entre eux. Les Parties devraient aussi être libres de démontrer, devant un tribunal judiciaire ou arbitral, que la méthode de signature qu'elles avaient choisie satisfaisait effectivement aux exigences des projets d'articles 6 et 7, même si elle n'avait pas fait l'objet d'une détermination préalable à cet effet. Il ne faut pas voir dans le projet d'article 8 une recommandation aux États concernant le seul moyen d'assurer la reconnaissance des techniques de signature, mais plutôt une indication des limites à appliquer si les États souhaitent adopter une telle approche. Il conviendrait peut-être d'expliquer clairement ces points, éventuellement dans un guide accompagnant les Règles uniformes (voir A/CN.9/465, par. 93).

50. Les variantes A et B ont pour objet d'encourager les États à veiller à ce que les déterminations en vertu du paragraphe 1 soient conformes aux normes internationales, chaque fois qu'il y a lieu, et faciliter ainsi l'harmonisation des pratiques en matière de signatures électroniques renforcées ainsi que l'utilisation et la reconnaissance internationales des signatures. La variante A mentionne l'intervention possible de l'État dans la désignation d'un organe ou d'une autorité compétents pour évaluer la fiabilité technique des techniques de signature (que cet organe soit une

entité publique ou privée). La variante B, pour ne pas trop insister sur le rôle de l'État dans les déterminations visées au paragraphe 1, laisse ouverte la question de savoir si un organe ou une autorité habilitée à évaluer la fiabilité technique des techniques de signature doit être établi par l'État (soit en tant qu'organe public, soit en tant qu'entité privée), ou relever uniquement du secteur privé.

51. Il n'a pas été tenu compte dans la version révisée du projet d'article 8 d'une proposition formulée à la trente-cinquième session du Groupe de travail (à savoir que "toute détermination devrait porter non seulement sur la question de savoir si certaines méthodes satisfaisaient aux exigences énoncées aux projets d'articles 6 et 7, mais également sur la mesure dans laquelle ces exigences étaient satisfaites"). Le Groupe de travail souhaitera peut-être préciser s'il pourrait n'être satisfait que partiellement à une exigence telle que l'utilisation d'une signature manuscrite (ou la production d'un document original) dans le cas d'un document traité dans un environnement électronique, ce qui semblerait s'écarter de l'approche d'équivalence fonctionnelle adoptée lors de l'établissement de la Loi type et des Règles uniformes. Si l'intention du Groupe de travail est simplement d'indiquer qu'une signature électronique (ou une méthode garantissant l'intégrité) ne s'applique pas nécessairement à la totalité du contenu d'un message de données, mais doit pouvoir s'appliquer uniquement à une partie déterminée des informations contenues dans ce message, il peut aisément le faire dans le guide accompagnant les Règles uniformes.

### Article 9. *Responsabilités du détenteur du dispositif de signature*

1. *Chaque* détenteur d'un *dispositif* de signature:

a) *Prend des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de son dispositif de signature*;

b) *Avise les personnes voulues sans retard excessif si:*

*i) il sait que le dispositif de signature a été compromis; ou si*

*ii) au vu des circonstances connues de lui, il y a un risque important que le dispositif de signature ait été compromis;*

c) *[Lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer le dispositif de signature,] [Lorsque le dispositif de signature implique l'utilisation d'un certificat,] prend des dispositions raisonnables* pour veiller à ce que toutes les déclarations faites par lui qui concernent le *[cycle de vie du]* certificat ou qui *doivent figurer* dans le certificat soient exactes et complètes.

2. Le détenteur d'un dispositif de signature est responsable de la non-satisfaction des exigences énoncées au paragraphe 1.

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/465, par. 99 à 108;
A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 50 à 55
A/CN.9/457, par. 65 à 98
A/CN.9/WG.IV/WP.80, par. 18 et 19.

*Remarques*

52. Le projet d'article 9 a été largement approuvé, quant au fond, par le Groupe de travail à sa trente-cinquième session. Au paragraphe 1, le terme "chaque" a été ajouté avant le terme "détenteur" pour tenir compte de l'avis général selon lequel, dans certains cas, il pourrait ne pas être équitable de prévoir que chaque détenteur du dispositif est responsable de la totalité du préjudice auquel peut donner lieu l'utilisation non autorisée du dispositif (par exemple, si le dispositif de signature d'une société a été utilisé sans autorisation par un certain nombre de ses employés). En conséquence, chaque détenteur ne devrait être tenu responsable que dans la mesure où il a personnellement manqué aux obligations énoncées au paragraphe 1 (voir A/CN.9/465, par. 105).

53. Le paragraphe 2 est basé sur la conclusion à laquelle est parvenu le Groupe de travail à sa trente-cinquième session, à savoir qu'il pourrait être difficile d'arriver à un consensus sur les conséquences pouvant découler de la responsabilité du détenteur d'un dispositif de signature. Selon le contexte dans lequel la signature électronique est utilisée, le détenteur du dispositif de signature pourrait, par exemple, en vertu de la loi en vigueur, être lié par le contenu du message ou être tenu de verser des dommages-intérêts. En conséquence, le paragraphe 2 pose simplement le principe selon lequel le détenteur d'un dispositif de signature doit être tenu responsable de la non-satisfaction des exigences énoncées au paragraphe 1 en laissant à la loi applicable en dehors des Règles uniformes dans chaque État adoptant le soin de prévoir les conséquences juridiques découlant d'une telle responsabilité (ibid., par. 108). Selon une autre opinion exprimée à la même session, il aurait fallu insérer dans le projet d'article 9 (ibid., par. 107) une règle fondée sur un critère de prévisibilité du préjudice (inspirée de l'article 74 de la Convention sur les ventes, et réénonçant une règle fondamentale qui s'appliquerait en vertu du droit normalement applicable dans de nombreux pays).

RÉFÉRENCES À DES LOIS NATIONALES ET À D'AUTRES TEXTES

*Alinéa* a *du paragraphe 1 — déclarations*

**Principes directeurs de l'American Bar Association**

*4.2. Obligations du titulaire*

Toutes les déclarations faites par le titulaire à une autorité de certification, y compris toutes les informations dont le titulaire a connaissance et qui figurent dans le certificat, doivent être exactes et faites de bonne foi, qu'elles soient confirmées ou non par l'autorité de certification.

**GUIDEC**

***VII. Sécurisation d'un message***

*7. Déclarations faites au certificateur*

Un titulaire doit communiquer au certificateur tous les faits importants pour le certificat.

**Illinois**

***Article 20. Devoirs des titulaires***

*Chapitre 20-101. Obtention d'un certificat*

Toutes les déclarations pertinentes faites sciemment par une personne à une autorité de certification dans le but d'obtenir un certificat désignant cette personne comme le titulaire doivent être exactes, complètes et faites de bonne foi.

*Chapitre 20-105. Acceptation d'un certificat*

[...]

*b)* En acceptant un certificat, le titulaire nommé dans ce certificat affirme à toute personne qui se fie raisonnablement aux informations qui y sont contenues, de bonne foi et pendant sa période d'effet, que:

1) il détient légitimement la clef privée correspondant à la clef publique indiquée dans le certificat;

2) toutes les déclarations faites par lui à l'autorité de certification et importantes pour les informations figurant dans le certificat sont exactes; et

3) toutes les informations figurant dans le certificat dont il a connaissance sont exactes.

**Singapour**

***Partie IX. Devoirs des titulaires***

*Obtention d'un certificat*

37. Toutes les déclarations faites par le titulaire à une autorité de certification dans le but d'obtenir un certificat, y compris toutes les informations connues du titulaire et figurant dans le certificat, sont exactes, complètes et faites de bonne foi, qu'elles soient confirmées ou non par l'autorité de certification.

*Alinéa* b *du paragraphe 1 — notification*

**Principes directeurs de l'American Bar Association**

*4.4. Demande de suspension ou d'annulation*

Tout titulaire ayant accepté un certificat doit demander à l'autorité de certification qui l'a émis de le suspendre ou de l'annuler si la clef privée correspondant à la clef publique mentionnée dans le certificat a été compromise.

**Illinois**

***Article 20. Devoirs des titulaires***

*Chapitre 20-110. Annulation d'un certificat*

Sauf si une autre règle de droit applicable en dispose autrement, lorsqu'une clef privée correspondant à la clef publique mentionnée dans un certificat valide est perdue, volée, accessible à une personne non autorisée ou compromise d'une autre manière au cours de la période d'effet du certificat, un titulaire ayant appris que la clef était compromise doit demander sans délai à l'autorité de certification qui l'a émis de révoquer le certificat et de publier un avis d'annulation partout où le titulaire a préalablement autorisé la publication du certificat, ou de notifier d'une autre manière cette annulation dans des conditions raisonnables.

*Chapitre 10-125. Création et contrôle des dispositifs de signature*

Sauf si une autre règle de droit applicable en dispose autrement, lorsque la création, la validité ou la fiabilité d'une signature électronique créée selon une procédure de sécurité remplissant les conditions requises en vertu [...] dépend du caractère secret ou du contrôle d'un dispositif de signature détenu par le signataire:

1) la personne qui génère ou crée le dispositif de signature doit le faire de façon fiable;

2) le signataire et toutes les autres personnes ayant légitimement accès à ce dispositif de signature doivent faire preuve de la diligence voulue pour en conserver le contrôle et le caractère secret, et pour le protéger contre tout accès, divulgation ou utilisation non autorisés pendant la période où il est raisonnable de se fier à une signature créée à l'aide de ce dispositif;

3) si le signataire, ou toute autre personne ayant légitimement accès au dispositif de signature, sait ou a des raisons de penser que le caractère secret ou le contrôle de ce dispositif de signature a été compromis, il doit faire un effort raisonnable pour avertir sans délai toutes les personnes dont il sait qu'elles sont susceptibles de subir de ce fait un préjudice ou, s'il a accès à un mécanisme de publication approprié [...], de publier un avis et de désavouer toutes les signatures créées ultérieurement.

**Singapour**

*Demande de suspension ou d'annulation*

40. Tout titulaire qui a accepté un certificat demande dès que possible à l'autorité de certification qui l'a émis de le suspendre ou de l'annuler si la clef privée correspondant à la clef publique mentionnée dans le certificat a été compromise.

*Alinéa* c *du paragraphe 1 — utilisation non autorisée*

**Principes directeurs de l'American Bar Association**

*4.3. Sauvegarde de la clef privée*

Au cours de la période d'effet d'un certificat valide, le titulaire ne compromet pas la clef privée correspondant à une clef publique mentionnée dans ce certificat, et doit également éviter de la compromettre au cours de toute période de suspension.

**GUIDEC**

***VII. Sécurisation d'un message***

*6. Sauvegarde du dispositif de sécurisation*

Si une personne sécurise un message à l'aide d'un dispositif, elle doit faire preuve, au minimum, d'une diligence raisonnable pour éviter l'utilisation non autorisée de ce dispositif.

**Illinois**

*Chapitre 10-125. Création et contrôle de dispositifs de signature*

Sauf si une autre règle de droit applicable en dispose autrement, lorsque la création, la validité ou la fiabilité d'une signature électronique créée au moyen d'une procédure de sécurité remplissant les conditions requises en vertu [...] dépend du caractère secret ou du contrôle d'un dispositif de signature détenu par le signataire:

1) la personne qui génère ou crée le dispositif de signature doit le faire de façon fiable;

2) le signataire et toutes les autres personnes ayant légitimement accès à ce dispositif de signature doivent faire preuve d'une diligence raisonnable pour conserver le contrôle et le caractère secret du dispositif de signature, et pour le protéger contre tout accès, divulgation ou utilisation non autorisés pendant la période où il est raisonnable de se fier à une signature créée à l'aide de ce dispositif;

3) si le signataire, ou toute autre personne ayant légitimement accès à ce dispositif de signature, sait ou a des raisons de penser que son caractère secret ou son contrôle a été compromis, il doit faire un effort raisonnable pour avertir sans délai toutes les personnes dont il sait qu'elles sont susceptibles de ce fait de subir un préjudice ou, lorsqu'il a accès à un mécanisme de publication approprié [...], publier un avis et désavouer toutes les signatures créées ultérieurement.

*Paragraphe 2 — responsabilité*

**Minnesota**

***325K.12. Déclarations et devoirs découlant de l'acceptation des certificats***

*Subd.4. Dédommagement par le titulaire*

Lorsqu'il accepte un certificat, un titulaire s'engage à dédommager l'autorité de certification qui l'a émis pour toute perte ou tout préjudice causés par l'émission ou la publication d'un certificat sur la base:

1) d'une fausse déclaration du titulaire concernant des faits essentiels;

2) de la dissimulation, par le titulaire, d'un fait essentiel, si la déclaration ou la dissimulation a été faite avec l'intention de tromper l'autorité de certification ou une personne se fiant au certificat, ou s'apparente à la faute grave. Le dédommagement prévu au présent chapitre ne peut être ni refusé ni limité contractuellement. Toutefois, un contrat peut contenir des clauses compatibles et supplémentaires concernant le dédommagement.

**Singapour**

***Partie IX. Devoirs des titulaires***

*Contrôle de la clef privée*

39. 1) Lorsqu'il accepte un certificat émis par une autorité de certification, le titulaire identifié dans le certificat s'engage à faire preuve d'une diligence raisonnable pour conserver le contrôle de la clef privée correspondant à la clef publique indiquée dans ce certificat et pour empêcher qu'elle ne soit portée à la connaissance d'une personne non autorisée à créer la signature numérique du titulaire.

2) Ce devoir demeure pendant la période d'effet et pendant toute suspension du certificat.

Article 10. *Responsabilités d'un prestataire de services de certification*

1. *Un prestataire de services de certification*:

*a)* Agit conformément aux déclarations qu'il fait concernant ses pratiques;

b) *Fait preuve de la diligence voulue afin de veiller à ce que toutes les déclarations faites par lui qui concernent le cycle de vie du certificat ou qui figurent dans le certificat soient exactes et complètes*;

*c)* Fournit des moyens raisonnablement accessibles qui permettent à une partie se fiant au certificat de s'assurer:

i) de l'identité du prestataire de services de certification;

ii) du fait que la personne qui est identifiée dans le certificat détient au moment pertinent le dispositif de signature indiqué dans le certificat;

iii) de la méthode employée pour identifier le détenteur du *dispositif* de signature;

iv) de toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles la signature peut être utilisée; et

v) du fait que le dispositif de signature est valable et n'a pas été compromis;

*d)* Fournit un moyen permettant au détenteur du *dispositif* de signature d'avertir qu'un *dispositif de signature* a été compromis et assure un service prompt d'annulation;

*e)* Utilise des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables pour la prestation de ses services.

2. *Pour déterminer si, et dans quelle mesure, tous systèmes, procédures et ressources humaines sont fiables aux fins de l'alinéa* e *du paragraphe 1, il est tenu compte des facteurs 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 certificats et la conservation des enregistrements*;

d) *possibilités d'accès à l'information pour les [signataires] [sujets] identifiés 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 du prestataire de services 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 au comportement du prestataire de services de certification et la loi de l'État adoptant.*

3. Un certificat énonce les éléments suivants:

*a)* l'identité du prestataire de services de certification;

*b)* le fait que la personne qui est identifiée dans le certificat détient, au moment pertinent, le dispositif de signature indiqué dans le certificat;

*c)* le fait que le dispositif de signature était valide à la date ou avant la date à laquelle le certificat a été émis;

*d)* toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles le certificat peut être utilisé; et

*e)* toute restriction quant à la portée ou à l'étendue de la responsabilité que le certificateur accepte envers toute personne.

*Variante X*

4. Un prestataire de services de certification est responsable de la non-satisfaction des exigences énoncées au paragraphe 1.

5. La responsabilité du prestataire de services de certification ne peut être supérieure à la perte qu'il prévoyait ou aurait dû prévoir au moment de l'inexécution à la lumière des faits ou problèmes dont il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance comme étant des conséquences possibles de son non-respect des [obligations] [devoirs] [exigences] énoncé[e]s au paragraphe 1.

*Variante Y*

4. Un prestataire de services de certification est responsable de la non-satisfaction des exigences énoncées au paragraphe 1.

5. *Pour l'évaluation du préjudice, il est tenu compte des facteurs suivants*:

a) *coût de l'obtention du certificat;*

b) *nature de l'information certifiée;*

c) *existence et portée de toute restriction quant à l'objet pour lequel le certificat peut être utilisé*;

d) *existence de toute déclaration limitant la portée ou l'étendue de la responsabilité du prestataire de services de certification; et*

e) *toute faute concurrente de la partie se fiant au certificat.*

*Variante Z*

4. Si le préjudice a été causé parce que le certificat était incorrect ou défectueux, un prestataire de services de certification est tenu responsable du préjudice subi:

*a)* soit par une partie qui a passé un contrat avec le prestataire de services de certification pour la délivrance d'un certificat; ou

*b)* soit par une personne qui se fie raisonnablement à un certificat émis par le prestataire de services de certification.

5. Un prestataire de services de certification n'est pas tenu responsable en vertu du paragraphe 2:

*a)* si, et dans la mesure où, il a inclus dans le certificat une déclaration limitant la portée ou l'étendue de sa responsabilité envers toute personne pertinente; ou

*b)* s'il prouve qu'il [n'a pas été négligent] [a pris toutes les mesures raisonnables pour prévenir le préjudice].

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/465, par. 123 à 142 (projet d'article 12);
A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 59 à 68 (projet d'article 12);
A/CN.9/457, par. 108 à 119;
A/CN.9/WG.IV/WP.80, par. 22 à 24.

*Remarques*

54. Le projet d'article 10 (anciennement projet d'article 12) a été révisé conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-cinquième session.

55. Les membres du Groupe de travail avaient, à la session précédente, jugé généralement acceptable le paragraphe 1 quant au fond, mais demandé quelques légères modifications de forme. Le paragraphe 2 résulte d'une proposition formulée à cette session, selon laquelle les caractéristiques d'un prestataire de services de certification décrites au projet d'article 13 devraient être retenues non seulement pour les entités étrangères, mais aussi pour les prestataires nationaux (A/CN.9/465, par. 136).

56. Le paragraphe 3 découle d'une proposition qui a également suscité un intérêt considérable au sein du Groupe de travail à sa session précédente, selon laquelle le projet d'article 12 devrait établir une règle supplémentaire énonçant le contenu minimal d'un certificat (ibid., par. 135). Les éléments devant figurer dans un certificat sont énumérés dans un paragraphe séparé, mais on conçoit mal que l'alinéa *c* du paragraphe 1 et le paragraphe 3 demeurent des dispositions distinctes. Le Groupe de travail souhaitera peut-être préciser si ces deux listes doivent être combinées, probablement à l'alinéa *c* du paragraphe 1, qui pourrait commencer par les mots: "indique dans chaque certificat...".

57. Les paragraphes 4 et 5 portent sur la responsabilité du prestataire de services de certification.

58. Dans les variantes X et Y, le paragraphe 4 établit une règle selon laquelle le prestataire de services de certifica-

tion est responsable du non-respect des obligations ou devoirs énoncés au paragraphe 1, mais laisse à la législation nationale le soin de déterminer les conséquences de ce manquement.

59. Le paragraphe 5 de la variante X établit une règle de prévisibilité du préjudice fondée sur l'article 74 de la Convention sur les ventes. Ce paragraphe vise à limiter toute responsabilité du prestataire de services de certification pouvant découler des paragraphes 1 et 2. Dans la variante Y, le paragraphe 5 est basé sur une proposition formulée à la trente-cinquième session du Groupe de travail (A/CN.9/465, par. 140), selon laquelle les Règles uniformes pourraient, sans empiéter sur le droit interne, énoncer une liste de facteurs à prendre en considération pour l'application du droit interne aux prestataires de services de certification.

60. La variante Z n'a pas été examinée à la trente-cinquième session du Groupe de travail. Elle découle du sentiment, largement exprimé à la trente-quatrième session (A/CN.9/457, par. 115), qu'il conviendrait de créer une règle uniforme qui ne se limiterait pas à renvoyer à la loi applicable et énoncerait une règle générale de responsabilité pour négligence, sous réserve d'exonérations contractuelles éventuelles (à condition que cette limitation ne soit pas manifestement injuste) et sous réserve que le prestataire de services de certification puisse s'exonérer en démontrant qu'il s'était acquitté des obligations énoncées au paragraphe 1. Le paragraphe 4 de la variante Z traite de la question de savoir envers qui le prestataire de services de certification est responsable. Le paragraphe 5 établit une règle permettant à ce prestataire de se fonder sur toute limitation de la responsabilité énoncée dans le certificat ou de démontrer qu'il n'a pas fait preuve de négligence ou a pris des mesures raisonnables pour prévenir le préjudice (A/CN.9/WG.4/WP.82, par. 67).

RÉFÉRENCES À DES LOIS NATIONALES ET À D'AUTRES TEXTES

*Paragraphes 1, 2 et 3 — obligations générales*

**Principes directeurs de l'American Bar Association**

***3. Autorités de certification***

*3.1. L'autorité de certification doit utiliser des systèmes fiables*

Une autorité de certification doit utiliser des systèmes fiables pour la fourniture de ses services.

*3.2. Divulgation*

1) Une autorité de certification doit divulguer toute déclaration importante relative à ses pratiques de certification ainsi que tout avis d'annulation ou de suspension d'un certificat émis par elle.

2) Une autorité de certification doit faire des efforts raisonnables pour avertir toutes personnes dont elle sait qu'elles sont ou dont elle peut prévoir qu'elles seront lésées par l'annulation ou la suspension d'un certificat émis par elle.

3) [...]

4) En cas d'événement portant gravement atteinte à la fiabilité de son système ou au certificat émis par elle, l'autorité de certification doit faire des efforts raisonnables pour avertir toutes personnes dont elle sait qu'elles sont ou dont elle peut prévoir qu'elles seront lésées par cet événement ou doit agir conformément aux procédures décrites dans la déclaration relative à ses pratiques de certification.

*3.7. Déclarations faites par l'autorité de certification dans le certificat*

Par l'émission d'un certificat, une autorité de certification déclare à toute personne qui se fie raisonnablement au certificat ou à une signature numérique vérifiable à l'aide de la clef publique mentionnée dans ledit certificat qu'elle confirme, conformément à toute déclaration applicable sur les pratiques de certification portée à la connaissance de la personne se fiant au certificat ou à la signature, ce qui suit:

1) l'autorité de certification a satisfait à toutes les exigences applicables des présents Principes directeurs pour l'émission d'un certificat et, si elle a publié le certificat ou l'a communiqué de toute autre manière à la personne se fiant raisonnablement au certificat ou à la signature, le titulaire mentionné dans le certificat a accepté;

2) le titulaire identifié dans le certificat détient la clef privée correspondant à la clef publique qui figure dans le certificat;

3) [...]

4) la clef publique et la clef privée du titulaire constituent une paire de clefs opérationnelle; et

5) toutes les informations consignées dans le certificat sont exactes, à moins que l'autorité de certification n'y ait indiqué, directement ou par référence, que l'exactitude de certaines informations spécifiées n'est pas confirmée.

En outre, l'autorité de certification déclare n'avoir omis dans le certificat aucun fait important connu qui, s'il était connu, compromettrait la fiabilité de ses déclarations faites en vertu des présents Principes directeurs.

*3.9. Suspension du certificat à la demande du titulaire*

Sauf lorsqu'un contrat conclu entre l'autorité de certification et le titulaire en dispose autrement, une autorité de certification doit suspendre un certificat le plus rapidement possible à la demande d'une personne qu'elle croit raisonnablement être:

1) le titulaire mentionné dans le certificat;

2) une personne dûment autorisée à agir au nom du titulaire; ou

3) une personne agissant au nom du titulaire, qui n'est pas disponible.

*3.10. Annulation du certificat à la demande du titulaire*

L'autorité de certification qui a émis un certificat doit l'annuler à la demande du titulaire qui y est mentionné, si elle a confirmation:

1) que la personne demandant l'annulation est le titulaire mentionné dans le certificat devant être annulé; ou

2) si la personne demandant l'annulation agit en qualité de mandataire, qu'elle a l'autorité suffisante pour le faire.

*3.11. Annulation ou suspension sans le consentement du titulaire*

Une autorité de certification doit suspendre ou annuler un certificat, que le titulaire qui y est mentionné ait donné ou non son consentement, si elle a confirmation:

1) qu'un fait essentiel consigné dans le certificat est faux;

2) qu'une condition essentielle préalable à l'émission du certificat n'a pas été remplie; ou

3) que la clef privée ou le système fiable de l'autorité de certification a été compromis au point de porter gravement atteinte à la fiabilité du certificat.

Après avoir procédé à la suspension ou à l'annulation, l'autorité de certification doit avertir immédiatement le titulaire mentionné dans le certificat suspendu ou annulé.

*3.12. Avis de suspension ou d'annulation*

Aussitôt après avoir suspendu ou annulé un certificat, une autorité de certification doit publier un avis de suspension ou d'annulation, si le certificat a été publié, et, s'il ne l'a pas été, informer de la suspension ou de l'annulation toute partie se fiant au certificat qui lui demande des renseignements.

**Directive de la Communauté européenne**

***Annexe II. Exigences concernant les prestataires de services de certification délivrant des certificats agréés***

Les prestataires de services de certification doivent:

*a)* faire la preuve qu'ils sont suffisamment fiables pour fournir des services de certification;

*b)* assurer le fonctionnement d'un service d'annuaire rapide et sûr et d'un service de révocation sûr et immédiat;

*c)* veiller à ce que la date et l'heure d'émission et de révocation d'un certificat puissent être déterminées avec précision;

*d)* vérifier, par des moyens appropriés et conformes au droit national, l'identité et, le cas échéant, les qualités spécifiques de la personne à laquelle un certificat qualifié est délivré;

*e)* employer du personnel ayant les connaissances spécifiques, l'expérience et les qualifications nécessaires à la fourniture des services et, en particulier, des compétences au niveau de la gestion, des connaissances spécialisées en technologie des signatures électroniques et une bonne pratique des procédures de sécurité appropriées; ils doivent également appliquer des procédures et des méthodes administratives et de gestion qui soient adaptées et conformes à des normes reconnues;

*f)* utiliser des systèmes et des produits fiables qui soient protégés contre les modifications et qui assurent la sécurité technique et cryptographique des fonctions qu'ils assument;

*g)* prendre des mesures contre la contrefaçon des certificats et, dans les cas où le prestataire de services de certification génère des données afférentes à la création de signature, garantir la confidentialité au cours du processus de génération de ces données;

*h)* disposer des ressources financières suffisantes pour fonctionner conformément aux exigences prévues par la présente directive, en particulier pour endosser la responsabilité de dommages, en contractant, par exemple, une assurance appropriée;

*i)* enregistrer toutes les informations pertinentes concernant un certificat qualifié pendant le délai utile, en particulier pour pouvoir fournir une preuve de la certification en justice. Ces enregistrements peuvent être effectués par des moyens électroniques;

*j)* ne pas stocker ni copier les données afférentes à la création de signature de la personne à laquelle le prestataire de services de certification a fourni des services de gestion clefs;

*k)* avant d'établir une relation contractuelle avec une personne demandant un certificat à l'appui de sa signature électronique, informer cette personne par un moyen de communication durable des modalités et conditions précises d'utilisation des certificats, y compris des limites imposées à leur utilisation, de l'existence d'un régime volontaire d'accréditation et des procédures de réclamation et de règlement des litiges. Cette information, qui peut être transmise par voie électronique, doit être faite par écrit et dans une langue aisément compréhensible. Des éléments pertinents de cette information doivent également être mis à la disposition, sur demande, de tiers qui se prévalent du certificat;

*l)* utiliser des systèmes fiables pour stocker les certificats sous une forme vérifiable de sorte que:

— seules les personnes autorisées puissent introduire et modifier des données,
— l'information puisse être contrôlée quant à son authenticité,
— les certificats ne soient disponibles au public pour des recherches que dans les cas où le titulaire du certificat a donné son consentement, et
— toute modification technique mettant en péril ces exigences de sécurité soit apparente pour l'opérateur.

## GUIDEC

### *VIII. Certification*

*2. Exactitude des déclarations figurant dans le certificat*

Un certificateur doit s'assurer de l'exactitude de tous les faits énoncés dans un certificat valable, à moins qu'il ne soit manifeste, d'après le certificat lui-même, que certaines des informations n'ont pas été vérifiées.

*3. Fiabilité du certificateur*

Un certificateur doit:

*a)* n'utiliser que des systèmes et procédés d'information techniquement fiables et employer du personnel de confiance pour émettre un certificat, pour suspendre ou annuler un certificat relatif à une clef publique et pour protéger sa clef privée, le cas échéant;

*b)* ne pas avoir de conflit d'intérêts qui porterait atteinte à sa fiabilité dans l'émission, la suspension et l'annulation d'un certificat;

*c)* s'abstenir de contribuer à l'inexécution par le titulaire de ses obligations;

*d)* s'abstenir de tout acte ou omission qui nuirait gravement à la confiance accordée de manière raisonnable et prévisible à un certificat valable;

*e)* agir d'une manière digne de confiance à l'égard d'un titulaire et des personnes qui se fient à un certificat valable.

*4. Notification des pratiques et des problèmes*

Un certificateur doit faire des efforts raisonnables pour notifier à toute personne qui pourrait, de manière prévisible, être visée par:

*a)* toute déclaration importante relative à ses pratiques de certification, et

*b)* tout fait important soit pour la fiabilité d'un certificat qu'il a émis, soit pour son aptitude à fournir ses services.

*8. Suspension sur demande d'un certificat relatif à une clef publique*

Le certificateur qui a émis un certificat doit le suspendre promptement à la demande d'une personne s'identifiant comme le titulaire nommé dans un certificat relatif à une clef publique, ou comme une personne qui serait en mesure d'avoir connaissance du fait que la sécurité de la clef privée d'un titulaire a été compromise, comme un agent, un employé, un associé ou un membre de la famille proche du titulaire.

*9. Annulation sur demande d'un certificat relatif à une clef publique*

Le certificateur qui a émis un certificat relatif à une clef publique doit l'annuler promptement:

*a)* après avoir reçu une demande d'annulation du titulaire nommé dans le certificat ou d'un agent autorisé du titulaire; et

*b)* après avoir eu confirmation que la personne demandant l'annulation était ce titulaire, ou un agent de ce titulaire habilité à demander l'annulation.

*10. Suspension ou annulation d'un certificat relatif à une clef publique sans consentement*

Le certificateur qui a émis un certificat relatif à une clef publique doit l'annuler si:

*a)* il a eu confirmation qu'un fait pertinent énoncé dans le certificat est faux;

*b)* il a eu confirmation que la fiabilité de son système d'information a été compromise d'une manière qui porte gravement atteinte à la fiabilité des certificats.

Le certificateur peut suspendre un certificat raisonnablement contestable pendant le temps nécessaire pour mener une enquête qui soit suffisante pour vérifier les motifs d'annulation conformément au présent article.

*11. Notification de l'annulation ou de la suspension d'un certificat relatif à une clef publique*

Le certificateur doit, dès qu'il suspend ou annule un certificat relatif à une clef publique, donner notification, comme il convient, de cette annulation ou de cette suspension.

## Allemagne

### *§5 Émission de certificats*

1) Le certificateur identifie de manière fiable les personnes qui demandent un certificat. Il confirme l'attribution d'une clef publique à une personne ainsi identifiée et assure l'accès à ce certificat, ainsi qu'aux certificats d'attributs, à tout moment et à toute personne par les voies de télécommunication accessibles au public, de manière vérifiable et avec l'accord du propriétaire de la clef.

2) À la requête d'une personne demandant un certificat, le certificateur consigne les informations concernant le pouvoir du demandeur de représenter un tiers ou l'autorisation à titre professionnel ou autre indiquée dans le certificat relatif à la signature ou dans un certificat d'attributs, à condition que l'autorisation ou le consentement du tiers concernant l'enregistrement du pouvoir de représentation soit établi de manière fiable.

3) À la requête d'une personne demandant un certificat, le certificateur inscrit dans ce dernier un pseudonyme à la place du nom du demandeur.

4) Le certificateur prend des mesures pour que les données figurant dans les certificats ne puissent être falsifiées d'une manière qui ne soit pas visible. Il prend également des mesures pour garantir la confidentialité des clefs privées. Les clefs privées ne peuvent pas être stockées par le certificateur.

5) Le certificateur emploie du personnel fiable pour exercer les activités de certification et utilise des composants techniques conformément à l'article 14 pour rendre les clefs accessibles et créer les certificats. Cette exigence s'applique également aux composants techniques qui rendent possible la vérification des certificats en vertu de la deuxième phrase du paragraphe 1.

### *§6 Obligation de donner des instructions*

Le certificateur donne des instructions au demandeur en vertu du paragraphe 1 de l'article 5 concernant les mesures nécessaires pour contribuer à sécuriser les signatures numériques et à assurer leur vérification de manière fiable. Il donne aussi des instructions au demandeur concernant ceux des composants techniques qui répondent aux exigences des paragraphes 1 et 2 de l'article 14, et concernant l'attribution de signatures numériques créées avec une clef privée. Il signale au demandeur qu'il peut être nécessaire de signer une nouvelle fois des données accompagnées de signatures numériques avant que la sécurité d'une signature disponible ne diminue avec le temps.

### *§8 Blocage de certificats*

1) Un certificateur bloque un certificat si le propriétaire d'une clef ou son représentant le demande, si le certificat a été émis à partir d'informations fausses conformément à l'article 7, si le certificateur a mis fin à ses activités et qu'elles ne sont pas reprises par un autre certificateur, ou si l'Autorité ordonne le blocage conformément à la deuxième phrase du paragraphe 5 de l'article 13. Il doit être indiqué à partir de quel moment la suspension prend effet. Une suspension rétroactive n'est pas autorisée.

## Illinois

### *Article 15. Effet d'une signature numérique*

#### *Article 15-301. Services fiables*

Sauf stipulation figurant de manière bien lisible dans la déclaration relative à ses pratiques de certification, l'autorité de certification et la personne tenant à jour un registre doivent exercer leur activité et fournir leurs services de manière fiable.

#### *Article 15-305. Communication*

*a)* Pour chaque certificat qu'elle émet afin que des tiers s'y fient pour vérifier les signatures numériques créées par les titulaires, l'autorité de certification doit publier ou mettre d'une autre manière à la disposition du titulaire et de toutes les parties se fiant au certificat:

1) le cas échéant, la déclaration relative à ses pratiques de certification applicable en l'espèce; et

2) son certificat qui l'identifie comme titulaire et qui contient la clef publique correspondant à la clef privée qu'elle utilise pour signer numériquement le certificat (son "certificat d'autorité de certification").

*b)* En cas d'événement compromettant gravement ses activités ou son système, son certificat, ou tout autre aspect de son aptitude à fonctionner de manière fiable, l'autorité de certification doit agir conformément aux procédures régissant un tel événement, qui sont spécifiées dans la déclaration relative à ses pratiques de certification ou, en l'absence de telles procédures, elle doit faire des efforts raisonnables pour avertir les personnes dont elle sait qu'elles risqueraient de manière prévisible de subir un préjudice en raison de cet événement.

#### *Article 15-310. Émission d'un certificat*

Une autorité de certification ne peut émettre un certificat à un éventuel titulaire afin de permettre à des tiers de vérifier les signatures numériques créées par ledit titulaire:

1) qu'après avoir reçu une demande d'émission de la part d'un titulaire éventuel, et

2) qu'après:

*a)* s'être conformée à toutes les pratiques et procédures pertinentes énoncées dans la déclaration relative à ses pratiques de certification applicable, le cas échéant; ou,

*b)* en l'absence de déclaration relative à ses pratiques de certification visant ces questions, avoir vérifié de manière fiable que:

i) le titulaire potentiel est la personne à mentionner dans le certificat à émettre;

ii) l'information figurant dans le certificat à émettre est exacte; et

iii) le titulaire potentiel détient légitimement une clef privée capable de créer une signature numérique, et la clef publique à mentionner dans le certificat peut être utilisée pour vérifier une signature numérique apposée par cette clef privée.

#### *Article 15-315. Informations à fournir au moment de l'émission du certificat*

*a)* En émettant un certificat afin que des tiers s'y fient pour vérifier les signatures numériques créées par le titulaire, l'autorité de certification donne l'assurance à ce dernier et à toute personne se fiant raisonnablement aux renseignements contenus dans le certificat, de bonne foi et pendant la période d'effet de ce dernier:

1) qu'elle a traité, approuvé et émis, et qu'elle gérera et annulera au besoin le certificat conformément à la déclaration relative à ses pratiques de certification applicable, qui figure ou est incorporée par référence dans le certificat ou dont cette personne a été avisée, ou, autrement, conformément à la présente loi ou à la loi de la juridiction régissant l'émission du certificat;

2) qu'elle a vérifié l'identité du titulaire comme indiqué dans le certificat ou dans la déclaration relative à

ses pratiques de certification applicable, ou sinon, elle a vérifié l'identité du titulaire d'une manière fiable;

3) qu'elle a vérifié que la personne demandant le certificat détenait la clef privée correspondant à la clef publique mentionnée dans le certificat; et

4) que, sauf stipulation figurant de manière bien lisible dans le certificat ou dans la déclaration relative à ses pratiques de certification applicable, à sa connaissance, à la date où le certificat a été émis, tous les autres renseignements figurant dans le certificat étaient exacts et n'étaient pas de nature à induire gravement en erreur.

*b)* Si l'autorité de certification a émis le certificat conformément à la législation d'une autre juridiction, elle fournit également toutes les garanties et fait toutes les déclarations par ailleurs requises par la loi régissant l'émission du certificat.

*Article 15-320. Annulation d'un certificat*

*a)* 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, qui sont énoncées dans la déclaration applicable relative à ses pratiques de certification, ou en l'absence de telles politiques et procédures, dès que possible après:

1) avoir reçu une demande d'annulation du titulaire nommé dans le certificat et avoir eu confirmation que la personne demandant l'annulation était bien le titulaire ou un agent du titulaire habilité à demander l'annulation;

2) avoir reçu une copie certifiée de l'acte de décès du titulaire, ou avoir eu confirmation par d'autres éléments de preuve fiables que le titulaire est décédé;

3) s'être fait présenter des documents donnant effet à la dissolution de la société titulaire ou avoir eu confirmation par d'autres éléments de preuve que le titulaire avait été dissous ou avait cessé d'exister;

4) avoir reçu notification d'une décision exigeant l'annulation, prononcée par un tribunal ou une juridiction compétente; ou

5) avoir eu confirmation que:

*a)* un fait pertinent mentionné dans le certificat était faux;

*b)* il n'avait pas été satisfait à une condition essentielle préalable à l'émission du certificat;

*c)* la clef privée ou le fonctionnement du système de l'autorité de certification avaient été compromis d'une manière portant gravement atteinte à la fiabilité du certificat; ou

*d)* la clef privée du titulaire avait été compromise.

*b)* Lorsqu'elle procède à cette annulation, l'autorité de certification doit en aviser le titulaire et les parties se fiant au certificat conformément aux politiques et procédures régissant les avis d'annulation, qui sont spécifiées dans la déclaration applicable relative à ses pratiques de certification, ou, en l'absence de telles politiques et procédures, elle doit en aviser promptement le titulaire, publier promptement un avis d'annulation dans tous les registres où elle a antérieurement fait publier le certificat, et par ailleurs informer de l'annulation une partie se fiant au certificat qui lui adresse une demande de renseignements.

## Singapour

### *Partie VIII. Obligations des autorités de certification*

*Système fiable*

27. Une autorité de certification doit utiliser des systèmes fiables dans la prestation de ses services.

*Divulgation*

28. 1) Une autorité de certification divulgue:

*a)* son certificat qui contient la clef publique correspondant à la clef privée qu'elle utilise pour signer numériquement un autre certificat (dénommé, dans le présent article, certificat de l'autorité de certification);

*b)* toute déclaration pertinente relative à ses pratiques de certification;

*c)* l'avis d'annulation ou de suspension de son certificat d'autorité de certification; et

*d)* tout autre fait portant gravement atteinte soit à la fiabilité d'un certificat qu'elle a émis, soit à son aptitude à fournir ses services.

2) En cas d'événement portant gravement atteinte à la fiabilité du système ou au certificat de l'autorité de certification, cette dernière:

*a)* fait des efforts raisonnables pour aviser toute personne dont on sait qu'elle est ou qu'elle sera de manière prévisible touchée par cet événement; ou

*b)* agit conformément aux procédures régissant un tel événement qui sont spécifiées dans la déclaration relative à ses pratiques de certification.

*Émission d'un certificat*

29. 1) Une autorité de certification peut émettre un certificat à un candidat-titulaire uniquement après:

*a)* avoir reçu une demande d'émission du candidat-titulaire; et

*b)* s'être conformée:

i) si elle a une déclaration relative à ses pratiques de certification, à toutes les pratiques et procédures qui y sont énoncées, y compris les procédures concernant l'identification du candidat-titulaire; ou

ii) en l'absence d'une déclaration relative à ses pratiques de certification, aux conditions énoncées au paragraphe 2.

2) En l'absence d'une déclaration relative à ses pratiques de certification, l'autorité de certification s'assure elle-même ou par l'intermédiaire d'un agent autorisé que:

*a)* le candidat-titulaire est la personne qui doit être mentionnée dans le certificat à émettre;

*b)* si le candidat-titulaire a recours à un ou plusieurs agents, il a autorisé cet agent à avoir la garde de sa clef privée et à demander l'émission d'un certificat mentionnant la clef publique correspondante;

*c)* l'information figurant dans le certificat à émettre est exacte;

*d)* le candidat-titulaire détient légitimement la clef privée correspondant à la clef publique à mentionner dans le certificat;

*e)* le candidat-titulaire détient une clef privée capable de créer une signature numérique; et

*f)* la clef publique à mentionner dans le certificat peut être utilisée pour vérifier une signature numérique apposée par la clef privée détenue par le candidat-titulaire.

*Déclarations lors de l'émission d'un certificat*

30. 1) Lorsqu'elle émet un certificat, une autorité de certification informe toute personne se fiant raisonnablement audit certificat ou à une signature numérique vérifiable au moyen de la clef publique mentionnée dans le certificat, qu'elle a émis le certificat conformément à toute déclaration applicable relative à ses pratiques de certification, incorporée par référence dans le certificat ou dont la personne se fiant au certificat a été avisée.

2) En l'absence d'une telle déclaration, l'autorité de certification déclare s'être assurée:

*a)* qu'elle s'est conformée à toutes les dispositions applicables de la présente loi pour l'émission du certificat et, si elle a publié le certificat ou l'a mis d'une autre manière à la disposition de la personne se fiant au certificat, que le titulaire mentionné dans le certificat l'a accepté;

*b)* que le titulaire identifié dans le certificat détient la clef privée correspondant à la clef publique mentionnée dans le certificat;

*c)* que la clef publique et la clef privée du titulaire constituent une paire de clefs opérationnelle;

*d)* que toutes les informations consignées dans le certificat sont exactes, à moins que l'autorité de certification n'ait inclus ou incorporé par référence dans le certificat une déclaration indiquant que l'exactitude de certaines informations spécifiées n'est pas confirmée; et

*e)* qu'elle n'a connaissance d'aucun fait essentiel qui, s'il avait été inclus dans le certificat, porterait atteinte à la fiabilité des déclarations visées aux alinéas *a* à *d*.

3) Lorsqu'existe une déclaration applicable relative aux pratiques de certification, qui a été incorporée par référence dans le certificat ou dont la personne se fiant au certificat a été avisée, le paragraphe 2 s'applique dans la mesure où les déclarations ne sont pas incompatibles avec la déclaration relative aux pratiques de certification.

*Suspension d'un certificat*

31. Sauf convention contraire entre l'autorité de certification et le titulaire, l'autorité de certification qui a émis un certificat suspend ce dernier dès que possible après en avoir reçu la demande d'une personne dont elle peut raisonnablement penser qu'elle est:

*a)* le titulaire mentionné dans le certificat;

*b)* une personne dûment autorisée à agir au nom du titulaire; ou

*c)* une personne agissant au nom du titulaire qui n'est pas disponible.

*Annulation d'un certificat*

32. Une autorité de certification annule un certificat qu'elle a émis:

*a)* après avoir reçu une demande d'annulation du titulaire nommé dans le certificat; et avoir eu confirmation que la personne demandant l'annulation est bien le titulaire ou un agent de ce dernier habilité à demander l'annulation;

*b)* après avoir reçu une copie certifiée conforme de l'acte de décès du titulaire, ou avoir eu la confirmation par d'autres éléments de preuve que le titulaire était décédé; ou

*c)* sur présentation de documents donnant effet à une dissolution du titulaire, ou après confirmation par d'autres éléments de preuve que le titulaire a été dissous ou a cessé d'exister.

*Annulation sans le consentement du titulaire*

33. 1) Une autorité de certification annule un certificat, avec ou sans le consentement du titulaire mentionné dans ledit certificat, si elle a confirmation:

*a)* qu'un fait pertinent mentionné dans le certificat est faux;

*b)* qu'il n'a pas été satisfait à une exigence concernant l'émission du certificat;

*c)* que sa clef privée ou son système fiable ont été compromis d'une manière qui porte gravement atteinte à la fiabilité du certificat;

*d)* que le titulaire est décédé; ou

*e)* que le titulaire a été dissous, mis en liquidation ou a cessé d'exister pour d'autres raisons.

2) Lorsqu'elle procède à une telle annulation, pour des motifs autres que ceux exposés aux alinéas *d* ou *e* du paragraphe 1, elle en avise immédiatement le titulaire mentionné dans le certificat annulé.

*Avis de suspension*

34. 1) En cas de suspension d'un certificat par une autorité de certification, celle-ci publie immédiatement un avis de suspension signé dans le registre à cet effet mentionné dans le certificat.

2) Lorsqu'un ou plusieurs registres sont indiqués, l'autorité de certification publie des avis signés de la suspension dans chacun d'entre eux.

*Avis d'annulation*

35. 1) En cas d'annulation d'un certificat par une autorité de certification, celle-ci publie immédiatement un avis signé d'annulation dans le registre à cet effet mentionné dans le certificat.

2) Lorsqu'un ou plusieurs registres sont indiqués, l'autorité de certification publie des avis signés de l'annulation dans chacun d'entre eux.

*Paragraphes 4 et 5 — responsabilité*

**Principes directeurs de l'American Bar Association**

*3.14. Responsabilité de l'autorité de certification se conformant aux présents principes directeurs*

Toute autorité de certification qui se conforme aux présents principes directeurs et à toute loi ou contrat applicable n'est pas responsable du préjudice:

1) subi par le titulaire d'un certificat qu'elle a émis, ou par toute autre personne, ou

2) causé par la confiance accordée à un certificat qu'elle a émis, à une signature numérique vérifiable par référence à une clef publique mentionnée dans un certificat, ou à des informations figurant dans ledit certificat ou un registre.

**Directive de la Communauté européenne**

***Article 6. Responsabilité***

1. Les États membres veillent au moins à ce qu'un prestataire de services de certification qui délivre à l'intention du public un certificat présenté comme agréé ou qui garantit au public un tel certificat soit responsable du préjudice causé à toute entité ou personne physique ou morale qui se fie raisonnablement à ce certificat pour ce qui est de:

*a)* l'exactitude de toutes informations contenues dans le certificat qualifié à la date où il a été délivré;

*b)* l'assurance que, au moment de la délivrance du certificat, le signataire identifié dans le certificat qualifié détenait les données afférentes à la création de signature correspondant aux données afférentes à la vérification de signature fournies ou identifiées dans le certificat;

*c)* l'assurance que les données afférentes à la création de signature et celles afférentes à la vérification de signature puissent être utilisées de façon complémentaire, dans le cas où le prestataire de services de certification génère ces deux types de données,

sauf si le prestataire de services de certification prouve qu'il n'a commis aucune négligence.

2. Les États membres veillent au moins à ce qu'un prestataire de services de certification qui a délivré à l'intention du public un certificat présenté comme agréé soit responsable du préjudice causé à une entité ou personne physique ou morale qui se prévaut raisonnablement du certificat, pour avoir omis de faire enregistrer la révocation du certificat, sauf si le prestataire de services de certification prouve qu'il n'a commis aucune négligence.

3. Les États membres veillent à ce qu'un prestataire de services de certification puisse indiquer, dans un certificat qualifié, les limites fixées à son utilisation, à condition que ces limites soient discernables par des tiers. Le prestataire de services de certification ne doit pas être tenu responsable du préjudice résultant de l'usage abusif d'un certificat qualifié qui dépasse les limites fixées à son utilisation.

4. Les États membres veillent à ce qu'un prestataire de services de certification puisse indiquer, dans un certificat qualifié, la valeur limite des transactions pour lesquelles le certificat peut être utilisé, à condition que cette limite soit discernable par des tiers.

5. Les dispositions des paragraphes 1 à 4 s'appliquent sans préjudice de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

**Missouri**

*Article 17.1*

En précisant une limite de confiance recommandée dans un certificat, l'autorité de certification qui l'émet et le titulaire qui l'accepte recommandent que les personnes ne se fient au certificat que dans la mesure où le montant total en jeu ne dépasse pas la limite de confiance recommandée.

*Article 17.2*

Sauf dérogation à la présente disposition, une autorité de certification agréée:

1) N'est responsable d'aucun préjudice subi du fait de la confiance accordée à la signature numérique fausse ou falsifiée d'un titulaire, si, s'agissant de la signature numérique fausse ou falsifiée, elle s'est conformée à toutes les exigences pertinentes des articles 1 à 27 de la présente loi;

2) N'est pas responsable au-delà du montant indiqué dans le certificat comme étant la limite de confiance recommandée:

*a)* d'un préjudice subi du fait de la confiance accordée à la présentation erronée, dans le certificat, de tout fait que l'autorité de certification agréée est tenue de confirmer; ou

*b)* du non-respect des dispositions de l'article 10 de la présente loi dans l'émission du certificat.

3) Est tenue uniquement, en cas d'action en dommages-intérêts pour préjudice imputable à la confiance accordée au certificat, de verser des dommages-intérêts compensatoires directs ne comprenant pas:

*a)* des dommages-intérêts à titre de sanction ou des dommages-intérêts exemplaires;

*b)* des dommages pour manque à gagner, économies non réalisées ou occasions perdues; ou

*c)* un *pretium doloris*.

**Singapour**

*Limites de la responsabilité des autorités de certification agréées*

45. Sauf dérogation au présent article, une autorité de certification agréée:

*a)* n'est responsable d'aucun préjudice subi du fait de la confiance accordée à la signature numérique fausse ou falsifiée d'un titulaire, si, s'agissant de la signature numérique fausse ou falsifiée, l'autorité de certification agréée s'est conformée aux dispositions de la présente loi;

*b)* n'est pas responsable au-delà du montant indiqué dans le certificat comme étant la limite de confiance recommandée:

i) d'un préjudice subi du fait de la confiance accordée à la présentation erronée, dans le certificat, de tout fait que l'autorité de certification agréée est tenue de confirmer; ou

ii) du non-respect des dispositions des articles 29 et 30 dans l'émission du certificat.

Article 11. *Foi accordée aux signatures électroniques*

1. Une personne n'est pas fondée à se fier à *une signature électronique* dans la mesure où il n'est pas raisonnable de le faire.

2. [Pour déterminer s'il n'est pas raisonnable de se fier à la signature électronique,] *[Pour déterminer s'il était raisonnable qu'une personne se soit fiée à la signature électronique,]* il est tenu compte, s'il y a lieu, des facteurs suivants:

*a)* nature de l'opération sous-jacente que la signature électronique est censée étayer;

*b)* adoption ou non par la partie se fiant à la signature électronique de mesures appropriées pour en déterminer la fiabilité;

c) *adoption ou non par la partie se fiant à la signature électronique de mesures visant à vérifier que celle-ci était étayée par un certificat;*

*d)* fait que la partie se fiant à la signature savait ou aurait dû savoir que le *dispositif* de signature électronique avait été compromis ou annulé;

*e)* toute convention ou toute pratique existant entre la partie se fiant à la signature et le titulaire ou tout usage commercial pouvant s'appliquer;

*f)* tout autre facteur pertinent.

Article 12. *Foi accordée aux certificats*

1. Une personne n'est pas fondée à se fier *aux informations contenues dans* un certificat dans la mesure où il n'est pas raisonnable de le faire.

2. [Pour déterminer s'il n'est pas raisonnable de se fier aux informations contenues dans le certificat] *[Pour déterminer s'il était raisonnable qu'une personne se soit fiée aux informations contenues dans le certificat]*, il est tenu compte, s'il y a lieu, des facteurs suivants:

*a)* toutes restrictions dont le certificat peut faire l'objet;

*b)* adoption ou non par la partie se fiant au certificat de mesures appropriées pour en déterminer la fiabilité, y compris la consultation d'une liste d'annulations *ou de suspensions* de certificats, le cas échéant;

*c)* toute convention ou toute pratique existant *ou ayant existé au moment pertinent* entre la partie se fiant au certificat et le prestataire de services de certification ou le titulaire ou tout usage commercial pouvant s'appliquer;

*d)* tout autre facteur pertinent.

*Variante A*

*3. S'il n'est pas raisonnable de se fier à la signature électronique au vu des circonstances compte tenu des facteurs énoncés au paragraphe 1, une partie se fiant au certificat assume le risque que la signature ne soit pas une signature valable.*

*Variante B*

*3. S'il n'est pas raisonnable de se fier à la signature au vu des circonstances compte tenu des facteurs énoncés au paragraphe 1, une partie se fiant au certificat ne peut se retourner contre le détenteur du dispositif de signature ou le prestataire de services de certification.*

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/465, par. 109 à 122 (projets d'articles 10 et 11);
A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 56 à 58 (projets d'articles 10 et 11);
A/CN.9/457, par. 99 à 107;
A/CN.9/WG.IV/WP.80, par. 20 et 21.

*Remarques*

61. Les projets d'articles 11 et 12, qui traitent respectivement du caractère raisonnable de la foi accordée aux signatures électroniques et aux certificats, ont fait l'objet de légères modifications de forme compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa trente-cinquième session. Selon l'avis qui avait prévalu au sein du Groupe de travail à la trente-quatrième session, les Règles uniformes devraient contenir des dispositions relatives aux obligations de la partie qui entend se fier à un certificat, mais des doutes ont été émis à la trente-cinquième session quant à l'utilité de la notion de confiance, se rapportant à la fois au message et à la signature et qui pourrait soulever des difficultés au regard du droit des obligations et de la répartition nécessaire des risques (voir A/CN.9/465, par. 111). Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer, à titre de principe général, si les Règles uniformes devraient imposer expressément des obligations aux parties se fiant aux signatures. Si l'on estime que les articles 11 et 12 énoncent de telles obligations, il pourrait être nécessaire d'examiner de façon plus approfondie les conséquences de

l'inexécution de ces obligations. Si l'on estime, par contre, que les articles 11 et 12 établissent uniquement un "code de conduite", sans traiter les conséquences de la non-application dudit code (voir A/CN.9/465, par. 113), il serait peut-être plus approprié d'inclure un tel texte dans un document explicatif tel qu'un guide pour l'incorporation des Règles uniformes.

62. Les variantes A et B, qui sont toutes deux fondées sur le principe que les Règles uniformes devraient traiter les conséquences juridiques pouvant découler du non-exercice, par une partie se fiant à la signature, de la diligence voulue pour évaluer la fiabilité d'une signature électronique (que celle-ci soit ou non étayée par un certificat), visent à tenir compte des deux propositions formulées à cet égard à la trente-cinquième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/465, par. 117).

63. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant la relation entre les projets d'articles 11 et 12, d'une part, et le projet d'article 6, d'autre part.

RÉFÉRENCE À DES LOIS NATIONALES ET À D'AUTRES TEXTES

**Principes directeurs de l'American Bar Association**

*5.3. Signatures numériques non fiables*

1) [...]

2) Sauf disposition contraire de la loi ou du contrat, une partie se fiant à une signature numérique assume le risque que cette signature ne soit pas valable en tant que signature ou authentification du message signé, s'il n'est pas raisonnable de s'y fier compte tenu des circonstances, conformément aux facteurs énumérés dans le principe directeur 5.4 (caractère raisonnable de la foi accordée à la signature).

*5.4. Caractère raisonnable de la foi accordée à la signature*

Les facteurs énumérés ci-après, notamment, sont importants pour déterminer s'il est raisonnable pour un destinataire de se fier à un certificat et à des signatures numériques vérifiables par référence à la clef publique mentionnée dans le certificat:

1) les faits dont la partie se fiant à la signature a connaissance ou dont elle a été informée, y compris tous les faits énumérés dans le certificat ou y étant incorporés par référence;

2) la valeur ou l'importance du message portant la signature numérique, si celle-ci est connue;

3) la pratique existant entre la personne se fiant à la signature et le titulaire ainsi que les indices de fiabilité ou de non-fiabilité disponibles en dehors de la signature numérique;

4) l'usage commercial, en particulier les transactions effectuées à l'aide de systèmes fiables ou d'autres moyens informatiques.

*2.3. Caractère prévisible de la foi accordée à un certificat*

On peut prévoir que les personnes se fiant à une signature numérique se fieront également à un certificat valable contenant la clef publique à l'aide de laquelle la signature numérique peut être vérifiée.

**GUIDEC**

***VIII. Certification***

*1. Effet d'un certificat valable*

Une personne est fondée à penser qu'un certificat valable représente fidèlement le ou les faits qui y sont énoncés et à s'y fier, si elle n'a pas été avisée que le certificateur n'a pas rempli une des conditions essentielles requises dans la pratique en matière de messages sécurisés.

**Singapour**

***Partie VI. Effet des signatures numériques***

*Signatures numériques non fiables*

22. Sauf disposition contraire de la loi ou du contrat, une personne se fiant à un enregistrement électronique portant une signature numérique assume le risque que la signature numérique ne soit pas valable en tant que signature ou authentification de l'enregistrement électronique signé, s'il n'est pas raisonnable, en l'occurrence, de se fier à la signature numérique, compte tenu des facteurs suivants:

*a)* les faits dont la personne se fiant à l'enregistrement électronique portant la signature numérique a connaissance ou dont elle a été informée, y compris tous les faits énumérés dans le certificat ou incorporés dans celui-ci par référence;

*b)* la valeur ou l'importance de l'enregistrement électronique portant la signature numérique, si celle-ci est connue;

*c)* la pratique existant entre la personne se fiant à l'enregistrement électronique portant la signature numérique et le titulaire ainsi que les indices de fiabilité ou de non-fiabilité disponibles en dehors de la signature numérique; et

*d)* tout usage commercial, en particulier les transactions effectuées à l'aide de systèmes fiables ou d'autres moyens électroniques.

Article 13. *Reconnaissance des certificats et signatures électroniques étrangers*

[1. Pour déterminer si, ou dans quelle mesure, un certificat *[ou une signature électronique]* produit légalement ses effets, il n'est pas tenu compte du lieu où le certificat [ou la signature *électronique*] a été émis, ni de l'État dans lequel l'émetteur a son établissement.]

2. Les certificats émis par un *prestataire de services de certification* sont reconnus comme équivalant juridiquement aux certificats émis par les *prestataires de services de certification* soumis à... *[la loi de l'État adoptant]* si les pratiques des *prestataires de services de certification* étrangers offrent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui qui est requis des *prestataires de services de certification* en vertu 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 entre les États concernés.]

3. Les signatures conformes aux lois d'un autre État relatives aux signatures électroniques sont reconnues comme équivalant juridiquement aux signatures conformes à... *[la loi de l'État adoptant]* si les lois de l'autre État exigent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui qui est exigé pour ces signatures en vertu 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.]

4. Pour déterminer l'équivalence, il est tenu compte, *s'il y a lieu*, *[des facteurs énoncés au paragraphe 2 de l'article 10]* [des facteurs 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 certificats et la conservation des enregistrements;

*d)* possibilités d'accès à l'information pour les [signataires] [sujets] identifiés 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 au comportement de l'autorité de certification et la loi de l'État adoptant].

5. Nonobstant les paragraphes 2 et 3, les parties à des transactions commerciales et autres peuvent spécifier qu'il est nécessaire de recourir à un *prestataire de services de certification*, une catégorie de *prestataires de services de certification* ou une catégorie de certificats particuliers pour les messages ou signatures qui leur sont soumis.

6. *Lorsque, nonobstant les paragraphes 2 et 3, les parties conviennent, s'agissant de leurs relations, d'utiliser certains types de signatures électroniques et de certificats, [cette convention est jugée suffisante aux fins de la reconnaissance internationale]. [Pour déterminer si, ou dans quelle mesure, une signature électronique ou un certificat produit légalement ses effets, il est tenu compte de toute convention entre les parties à la transaction dans laquelle cette signature ou ce certificat est utilisé.]*

*Références aux documents de la CNUDCI*

A/CN.9/465, par. 21 à 35;
A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 69 à 71;
A/CN.9/454, par. 173;
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*

64. Le principe de non-discrimination énoncé au paragraphe 1 a bénéficié d'un appui général à la trente-cinquième session du Groupe de travail, mais on s'est demandé s'il était approprié de faire référence au pays d'origine. Selon un avis, cette référence rendait la disposition sur la non-discrimination trop étroite et laissait la porte ouverte à des discriminations fondées sur un certain nombre d'autres motifs, ce qui n'était pas souhaitable. Selon une autre opinion, il pourrait en fait y avoir des cas où le pays d'origine de la signature ou du certificat était essentiel pour la question de la reconnaissance. Toutefois, aucun appui n'a été exprimé en faveur d'une proposition tendant à remplacer le libellé actuel, selon lequel "il n'est pas tenu compte" du pays d'origine, par un libellé selon lequel la détermination de l'effet juridique d'une signature électronique ne devrait pas être basée "uniquement" sur le pays d'origine (voir A/CN.9/465, par. 23 et 24). Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer, à titre de principe général, si un énoncé précis incorporant le principe de non-discrimination devrait être inclus au projet d'article 13 ou si ce principe devrait être exprimé de manière plus générale dans un préambule ou dans un guide pour l'incorporation des Règles uniformes.

65. Les membres du Groupe de travail se sont largement accordés, à la précédente session, sur les paragraphes 2, 3, 4 et 5, qui énoncent une règle appropriée sur la reconnaissance des certificats et signatures étrangers (ibid., par. 34). S'agissant des facteurs énumérés au paragraphe 4, un renvoi au projet d'article 10 pourrait être suffisant si l'on retient les mêmes facteurs pour déterminer la fiabilité des systèmes utilisés par les prestataires nationaux de services de certification. Le paragraphe 5 reflète un avis généralement exprimé dans le Groupe de travail, selon lequel les parties à des transactions commerciales et autres devraient avoir le droit de choisir le prestataire de services de certification, la catégorie de prestataires de services de certification ou la catégorie de certificats qu'ils souhaitent utiliser pour les messages ou les signatures qu'ils reçoivent. La référence aux parties à des transactions commerciales et autres vise à englober les organismes publics agissant en leur qualité d'entité commerciale.

66. Le libellé du paragraphe 6 vise à traduire la décision prise par le Groupe de travail à sa trente-cinquième session selon laquelle le projet d'article 13 devrait prévoir que la reconnaissance des conventions entre les parties intéressées concernant l'utilisation de certains types de signatures électroniques ou de certificats est un motif suffisant pour la reconnaissance nationale (entre ces parties) de telles signatures ou certificats convenus (A/CN.9/465, par. 34).

67. Le Groupe de travail pourrait souhaiter déterminer, à titre de principe général, si le projet d'article 13 devrait porter à la fois sur les certificats et sur les signatures.

RÉFÉRENCES À DES LOIS NATIONALES ET À D'AUTRES TEXTES

**Directive de la Communauté européenne**

***Article 7. Aspects internationaux***

1. Les États membres veillent à ce que les certificats délivrés à titre de certificats agréés à l'intention du public par un prestataire de services de certification établi dans un pays tiers soient reconnus équivalents, sur le plan juridique, aux certificats délivrés par un prestataire de services de certification établi dans la Communauté:

*a)* si le prestataire de services de certification remplit les conditions visées dans la présente directive et a été accrédité dans le cadre d'un régime volontaire d'accréditation établi dans un État membre; ou

*b)* si un prestataire de services de certification établi dans la Communauté, qui satisfait aux exigences visées dans la présente directive, garantit le certificat; ou

*c)* si le certificat ou le prestataire de services de certification est reconnu en application d'un accord bilatéral ou multilatéral entre la Communauté et des pays tiers ou des organisations internationales.

2. Afin de faciliter les services de certification internationaux avec des pays tiers et la reconnaissance juridique des signatures électroniques avancées émanant de pays tiers, la Commission fait, le cas échéant, des propositions visant à la mise en œuvre effective de normes et d'accords internationaux applicables aux services de certification. En particulier et si besoin est, elle soumet des propositions au Conseil concernant des mandats appropriés de négociation d'accords bilatéraux et multilatéraux avec des pays tiers et des organisations internationales. Le Conseil statue à la majorité qualifiée.

**Allemagne**

***§15 Certificats étrangers***

1) Les signatures numériques qui peuvent être vérifiées à l'aide d'une clef publique pour laquelle il existe un certificat étranger provenant d'un autre État membre de l'Union européenne ou d'un autre État Partie à l'Accord portant création de l'Espace économique européen sont équivalentes aux signatures numériques conformes à la présente loi, à condition d'offrir un niveau de sûreté équivalent.

2) Le paragraphe 1 s'applique également à d'autres États, à condition que des accords supranationaux ou internationaux relatifs à la reconnaissance des certificats aient été conclus.

**Illinois**

***Article 25. Utilisation de signatures et d'enregistrements électroniques par les organismes publics***

*Chapitre 25-115. Interopérabilité*

Dans la mesure où cela est raisonnable compte tenu des circonstances, les règles adoptées par le Département des services centraux de gestion ou par un organisme public concernant l'utilisation d'enregistrements ou de signatures électroniques doivent être formulées de manière à encourager et à favoriser la cohérence et l'interopérabilité avec les règles analogues adoptées par des organismes publics d'autres États et par le Gouvernement fédéral.

**Singapour**

**Partie X. Réglementation relative aux autorités de certification**

*Reconnaissance des autorités de certification étrangères*

43. Le Ministre peut, par règlement, disposer que le contrôleur peut reconnaître des autorités de certification établies hors de Singapour lorsqu'elles satisfont aux exigences réglementaires relatives à l'un des points suivants:

*a)* la limite de confiance recommandée, le cas échéant, figurant sur un certificat émis par l'autorité de certification;

*b)* la présomption énoncée à l'article 20 *b* ii [signature numérique pouvant être considérée comme une signature électronique sécurisée dans certaines circonstances] et à l'article 21 [présomption d'exactitude du certificat s'il est accepté par le titulaire].

## ANNEXE I. PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

*(Récapitulatif des projets d'articles 1 à 13, tels qu'examinés dans la deuxième partie de la présente note)*

### Article premier. *Champ d'application*

Les présentes Règles s'appliquent *lorsque* des signatures électroniques *sont* utilisées dans le contexte* *d'activités* commerciales**. *Elles* ne se substituent à aucune *règle de droit* visant à protéger les consommateurs.

**La Commission propose le texte suivant aux États qui souhaiteraient étendre l'applicabilité des présentes Règles:*

*"Les présentes Règles s'appliquent lorsque des signatures électroniques sont utilisées, sauf dans les situations suivantes: [...]."*

**Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, comme désignant toute relation d'ordre commercial, qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle. Les relations d'ordre commercial comprennent, sans s'y limiter, les transactions suivantes: fourniture ou échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licence; investissement; financement; opération bancaire; assurance; accord d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de voyageurs par voie aérienne ou maritime, par chemin de fer ou par route.

### Article 2. *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] *[toute méthode dans le cadre d'un message de données]* pouvant être utilisée[s] 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 dont on peut démontrer par l'application d'une [procédure de sécurité] [méthode]:*

i) qu'elle est particulière au détenteur de la signature [aux fins pour lesquelles] [dans le contexte où] elle est utilisée;

ii) qu'elle 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 *[et par nulle autre personne]*;

[*iii) qu'elle a été créée et est liée au message de données auquel elle se rapporte d'une manière qui offre une garantie fiable quant à l'intégrité du message";]*]

*c)* Le terme "certificat" désigne un message de données ou un autre enregistrement émis par un certificateur d'informations et supposé *établir* l'identité d'une personne ou d'une entité détenant [une paire de clefs particulière] *[un dispositif de signature particulier]*;

*d)* Le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie;

*e)* Le terme "détenteur de la signature" *[détenteur du dispositif] [détenteur de la clef] [titulaire] [détenteur du dispositif de signature] [signataire]* désigne une personne par qui, ou au nom de qui, une signature électronique renforcée peut être créée et apposée à un message de données.

*f)* Le terme "certificateur d'informations" désigne une personne ou une entité qui, dans le cours de ses affaires, [fournit des services d'identification] [certifie les informations] qui servent à faciliter l'utilisation de signatures électroniques [renforcées]."

### Article 3. [*Neutralité technique] [Égalité de traitement des signatures]*

Aucune des dispositions des présentes Règles n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effet juridique toute méthode [de signature *électronique*] [satisfaisant aux exigences *mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 des présentes Règles*] *[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] [ou satisfaisant autrement aux exigences de la loi applicable].*

### Article 4. *Interprétation*

1. Pour l'interprétation des présentes Règles uniformes, il est tenu compte de leur origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de leur application et le respect de la bonne foi.

2. Les questions concernant les matières régies par les présentes Règles uniformes qui ne sont pas expressément réglées par elles sont tranchées selon les principes généraux dont elles s'inspirent.

### Article 5. *[Dérogation conventionnelle] [Autonomie des parties] [Liberté contractuelle]*

*Il est possible de déroger aux présentes Règles ou [de les modifier] [d'en modifier l'effet] par convention, à moins que lesdites Règles ou la loi de l'État adoptant n'en disposent autrement.*

### Article 6. *[Respect des exigences concernant la signature] [Présomption de 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 méthode] [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. 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.

*Variante A*

3. *[Une méthode] [Une signature électronique] est présumée fiable en ce qu'elle satisfait à l'exigence indiquée au paragraphe 1 lorsqu'elle garantit*:

a) *que les données utilisées pour la création d'une signature électronique sont particulières au détenteur du dispositif de [création de] signature dans le contexte dans lequel elles sont utilisées*;

b) *que le détenteur du dispositif de [création de] signature [a] [a eu au moment pertinent] seul le contrôle de ce dispositif;*

c) *que la signature électronique est liée [aux informations] [au message de données ou à la partie de ce message] [auxquelles] [auquel] elle se rapporte [d'une manière qui garantit l'intégrité de ces informations];*

d) *que le détenteur du dispositif de [création de] signature est objectivement identifié dans le contexte [dans lequel le dispositif est utilisé] [du message de données].*

*Variante B*

3. *En l'absence de preuve du contraire, il est présumé que l'utilisation d'une signature électronique prouve*:

a) *la conformité de la signature électronique à la norme de fiabilité énoncée au paragraphe 1*;

b) *l'identité du signataire présumé; et*

c) *l'approbation par le signataire présumé des informations auxquelles se rapporte la signature électronique*.

*4. La présomption établie au paragraphe 3 s'applique uniquement si:*

bbb) *la personne qui entend se fier à la signature électronique avise le signataire présumé qu'il se fie à cette signature [en tant qu'équivalent de la signature manuscrite du signataire présumé] [comme preuve des éléments énumérés au paragraphe 3)]; et*

ccc) *le signataire présumé n'avise pas promptement la personne qui adresse une notification en vertu de l'alinéa* a *des raisons pour lesquelles il ne faut pas se fier à la signature électronique [comme équivalent de sa signature manuscrite] [comme preuve des éléments énumérés au paragraphe 3].*

*Variante C*

3. *En l'absence de preuve du contraire, il est présumé que l'utilisation d'une signature électronique prouve*:

a) *la conformité de la signature électronique à la norme de fiabilité énoncée au paragraphe 1;*

b) *l'identité du signataire présumé; et*

c) *l'approbation par le signataire présumé des informations auxquelles se rapporte la signature électronique*.

[(4)][(5)] Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes: [...].

[Article 7. *Présomption d'original*

1. *Un message de données est présumé être sous sa forme originale lorsqu*'il est fait usage, *pour ce* message de données, [d'une méthode] *[d'une signature électronique] [dans le contexte de l'Article 6]* qui:

*a)* 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; et

b) *lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée;*

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

Article 8. *Satisfaction des exigences des articles 6 et 7*

*Variante A*

1. *[L'Organe ou l'autorité indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière]* peut déterminer quelles méthodes satisfont aux exigences des articles 6 et 7.

2. Toute détermination en vertu du paragraphe 1 *est* conforme aux normes internationales reconnues.

*Variante B*

*1. Il peut être déterminé qu'une ou que plusieurs méthodes de signature électronique satisfont aux exigences des articles 6 et 7.*

2. Toute détermination en vertu du paragraphe 1 *est* conforme aux normes internationales reconnues.

Article 9. *Responsabilités du détenteur du dispositif de signature*

1. *Chaque* détenteur d'un *dispositif* de signature:

a) *Prend des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de son dispositif de signature*;

b) *Avise les personnes voulues sans retard excessif si:*

*i) il sait que le dispositif de signature a été compromis; ou si*

*ii) au vu des circonstances connues de lui, il y a un risque important que le dispositif de signature ait été compromis;*

c) *[Lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer le dispositif de signature,] [Lorsque le dispositif de signature implique l'utilisation d'un certificat,] prend des dispositions raisonnables* pour veiller à ce que toutes les déclarations faites par lui qui concernent le *[cycle de vie du]* certificat ou qui *doivent figurer* dans le certificat soient exactes et complètes.

2. Le détenteur d'un dispositif de signature est responsable de la non-satisfaction des exigences énoncées au paragraphe 1.

Article 10. *Responsabilités d'un prestataire de services de certification*

1. *Un prestataire de services de certification*:

*a)* agit conformément aux déclarations qu'il fait concernant ses pratiques;

b) *fait preuve de la diligence voulue afin de veiller à ce que toutes les déclarations faites par lui qui concernent le cycle de vie du certificat ou qui figurent dans le certificat soient exactes et complètes*;

*c)* fournit des moyens raisonnablement accessibles qui permettent à une partie se fiant au certificat de s'assurer:

i) de l'identité du prestataire de services de certification;

ii) du fait que la personne qui est identifiée dans le certificat détient au moment pertinent le dispositif de signature indiqué dans le certificat;

iii) de la méthode employée pour identifier le détenteur du *dispositif* de signature;

iv) de toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles la signature peut être utilisée; et

v) du fait que le dispositif de signature est valable et n'a pas été compromis;

*d)* fournit un moyen permettant au détenteur du *dispositif* de signature d'avertir qu'un *dispositif de signature* a été compromis et assure un service prompt d'annulation;

*e)* utilise des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables pour la prestation de ses services.

5. *Pour déterminer si, et dans quelle mesure, tous systèmes, procédures et ressources humaines sont fiables aux fins de l'alinéa* e *du paragraphe 1, il est tenu compte des facteurs 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 certificats et la conservation des enregistrements;*

d) *possibilités d'accès à l'information pour les [signataires] [sujets] identifiés 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 du prestataire de services 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 au comportement du prestataire de services de certification et la loi de l'État adoptant*.

3. Un certificat énonce les éléments suivants:

*a)* l'identité du prestataire de services de certification;

*b)* le fait que la personne qui est identifiée dans le certificat détient, au moment pertinent, le dispositif de signature indiqué dans le certificat;

*c)* le fait que le dispositif de signature était valide à la date ou avant la date à laquelle le certificat a été émis;

*d)* toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles le certificat peut être utilisé; et

*e)* toute restriction quant à la portée ou à l'étendue de la responsabilité que le certificateur accepte envers toute personne.

*Variante X*

4. Un prestataire de services de certification est responsable de la non-satisfaction des exigences énoncées au paragraphe 1.

5. La responsabilité du prestataire de services de certification ne peut être supérieure à la perte qu'il prévoyait ou aurait dû prévoir au moment de l'inexécution à la lumière des faits ou problèmes dont il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance comme étant des conséquences possibles de son non-respect des [obligations] [devoirs] [exigences] énoncé[e]s au paragraphe 1.

*Variante Y*

4. Un prestataire de services de certification est responsable de la non-satisfaction des exigences énoncées au paragraphe 1.

5. *Pour l'évaluation du préjudice, il est tenu compte des facteurs suivants*:

a) *coût de l'obtention du certificat;*

b) *nature de l'information certifiée;*

c) *existence et portée de toute restriction quant à l'objet pour lequel le certificat peut être utilisé;*

d) *existence de toute déclaration limitant la portée ou l'étendue de la responsabilité du prestataire de services de certification; et*

e) *toute faute concurrente de la partie se fiant au certificat*.

*Variante Z*

4. Si le préjudice a été causé parce que le certificat était incorrect ou défectueux, un prestataire de services de certification est tenu responsable du préjudice subi:

*a)* soit par une partie qui a passé un contrat avec le prestataire de services de certification pour la délivrance d'un certificat; ou

*b)* soit par une personne qui se fie raisonnablement à un certificat émis par le prestataire de services de certification.

5. Un prestataire de services de certification n'est pas tenu responsable en vertu du paragraphe 2:

*a)* si, et dans la mesure où, il a inclus dans le certificat une déclaration limitant la portée ou l'étendue de sa responsabilité envers toute personne pertinente; ou

*b)* s'il prouve qu'il [n'a pas été négligent] [a pris toutes les mesures raisonnables pour prévenir le préjudice].

### Article 11. *Foi accordée aux signatures électroniques*

1. Une personne n'est pas fondée à se fier à *une signature électronique* dans la mesure où il n'est pas raisonnable de le faire.

6. [Pour déterminer s'il n'est pas raisonnable de se fier à la signature électronique,] *[Pour déterminer s'il était raisonnable qu'une personne se soit fiée à la signature électronique,]* il est tenu compte, s'il y a lieu, des facteurs suivants:

*a)* nature de l'opération sous-jacente que la signature électronique est censée étayer;

*b)* adoption ou non par la partie se fiant à la signature électronique de mesures appropriées pour en déterminer la fiabilité;

c) *adoption ou non par la partie se fiant à la signature électronique de mesures visant à vérifier que celle-ci était étayée par un certificat*;

*d)* fait que la partie se fiant à la signature savait ou aurait dû savoir que le *dispositif* de signature électronique avait été compromis ou annulé;

*e)* toute convention ou toute pratique existant entre la partie se fiant à la signature et le titulaire ou tout usage commercial pouvant s'appliquer;

*f)* tout autre facteur pertinent.

### Article 12. *Foi accordée aux certificats*

1. Une personne n'est pas fondée à se fier *aux informations contenues dans* un certificat dans la mesure où il n'est pas raisonnable de le faire.

2. Pour déterminer s'il n'est pas raisonnable de se fier aux informations contenues dans le certificat *[Pour déterminer s'il était raisonnable qu'une personne se soit fiée aux informations contenues dans le certificat]*, il est tenu compte, s'il y a lieu, des facteurs suivants:

*a)* toutes restrictions dont le certificat peut faire l'objet;

*b)* adoption ou non par la partie se fiant au certificat de mesures appropriées pour en déterminer la fiabilité, y compris la consultation d'une liste d'annulations *ou de suspensions* de certificats, le cas échéant;

*c)* toute convention ou toute pratique existant *ou ayant existé au moment pertinent* entre la partie se fiant au certificat et le prestataire de services de certification ou le titulaire ou tout usage commercial pouvant s'appliquer;

*d)* tout autre facteur pertinent.

*Variante A*

*3. S'il n'est pas raisonnable de se fier à la signature électronique au vu des circonstances compte tenu des facteurs énoncés au paragraphe 1, une partie se fiant au certificat assume le risque que la signature ne soit pas une signature valable*.

*Variante B*

3. *S'il n'est pas raisonnable de se fier à la signature au vu des circonstances compte tenu des facteurs énoncés au paragraphe 1, une partie se fiant au certificat ne peut se retourner contre le détenteur du dispositif de signature ou le prestataire de services de certification*.

Article 13. *Reconnaissance des certificats et signatures électroniques étrangers*

[1. Pour déterminer si, ou dans quelle mesure, un certificat [*ou une* signature *électronique*] produit légalement ses effets, il n'est pas tenu compte du lieu où le certificat [*ou la* signature *électronique*] a été émis, ni de l'État dans lequel l'émetteur a son établissement.]

2. Les certificats émis par un *prestataire de services de certification* sont reconnus comme équivalant juridiquement aux certificats émis par les *prestataires de services de certification* soumis à... *[la loi de l'État adoptant]* si les pratiques des *prestataires de services de certification* étrangers offrent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui qui est requis des *prestataires de services de certification* en vertu 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 entre les États concernés.]

3. Les signatures conformes aux lois d'un autre État relatives aux signatures électroniques sont reconnues comme équivalant juridiquement aux signatures conformes à... *[la loi de l'État adoptant]* si les lois de l'autre État exigent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui qui est exigé pour ces signatures en vertu 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.]

4. Pour déterminer l'équivalence, il est tenu compte, *s'il y a lieu*, *[des facteurs énoncés au paragraphe 2 de l'Article 10]* [des facteurs 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 certificats et la conservation des enregistrements;

*d)* possibilités d'accès à l'information pour les [signataires] [sujets] identifiés 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 au comportement de l'autorité de certification et la loi de l'État adoptant].

5. Nonobstant les paragraphes 2 et 3, les parties à des transactions commerciales et autres peuvent spécifier qu'il est nécessaire de recourir à un *prestataire de services de certification*, une catégorie de *prestataires de services de certification* ou une catégorie de certificats particuliers pour les messages ou signatures qui leur sont soumis.

6. *Lorsque, nonobstant les paragraphes 2 et 3, les parties conviennent, s'agissant de leurs relations, d'utiliser certains types de signatures électroniques et de certificats, [cette convention est jugée suffisante aux fins de la reconnaissance internationale]. [Pour déterminer si, ou dans quelle mesure, une signature électronique ou un certificat produit légalement ses effets, il est tenu compte de toute convention entre les parties à la transaction dans laquelle cette signature ou ce certificat est utilisé.]*

**كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة**

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

**如何购取联合国出版物**

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。 请向书店查询或写信到纽约或日内瓦的联合国出版组。

**HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS**

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

**COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES**

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

**КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ**

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

**CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS**

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Printed in Austria
V.01-81606—July 2003—455

Complete set: ISBN 92-1-233361-3
Volumes XXXI A and XXXI B
not to be sold separately

United Nations publication
Sales No. F.02.V.3
ISBN 92-1-233359-1
ISSN 0251-4257

**A/CN.9/SER.A/2000**
(Volume XXXI A)